



Қазақстан Республикасы
Заң шығару Институтының
Жаршысы
ғылыми-құқықтық журнал

№ 4 (8)
2007

МАЗМҰНЫ

**Меншік иесі
және баспагер:**

«Қазақстан
Республикасының Заң
шығару институты» ЖШС

2006 жылдан бастап
шығады

Редакциялық алқа:

**Редакциялық алқаның
төрағасы:**

Ғ.С. Сапарғалиев

Редакциялық алқа:

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

**Редакцияның
мекен-жайы:**

Қазақстан Республикасы,
010000, Астана қ.,
Министрліктер үйі,
№35-ші көше, 8 үй
тел. факс:
(7172) 74-10-51, 74-10-55
E-mail: instzak_kz@mail.ru

Конституциялық және әкімшілік құқық

М.Т. БАЙМАХАНОВ, Д.М. БАЙМАХАНОВА

Халықаралық-құқықтық реттеу рөлінің артуы – қазіргі кезеңдегі
адам құқығы жағдайының ерекшелігі..... 7
Р. КНИПЕР

Құқықтың талғауы, үйлесімі мен дамуы:

сот пен заң билігін әдепті шектеу..... 11

Л.Т. ЖАНҰЗАҚОВА, А.Ф. СУЛЕЙМАНОВ

Қазақстан Республикасының Президенті конституциялық
өндірістің қатысушысы ретінде..... 18

Э.Ә. НҰҒМАНОВА

Қамауға алуға рұхсат беру мәселелері конституциялық
өзгерістер аспектісінде..... 23

А.С. СМАН

Тарихқа экскурс: советтік құқықтық ғылым тұлғаның құқықтық
жағдайының қағидаттары туралы..... 27

М.С. БАШИМОВ

Қазақстандағы омбудсмен жайлы заң жобасын жетілдірудің
кейбір мәселелері..... 31

Е.В. МИЦКАЯ

Азаматтық қоғам институттары күш жинауда..... 51

Р.А. ПОДОПРИГОРА

Әкімшілік құқық бұзушылық туралы заңнаманы жетілдіру:
негізгі бағыттар..... 57

Халықаралық құқық

Ж.Ю. САЙЛЫБАЕВА

Қазақстан Республикасының халықаралық-құқықтық
ықпалдастығы жер қойнауын пайдалану саласындағы
заңнаманы жетілдіру шартының бірі ретінде..... 61

А.Ж. ҚАПАРОВА

Екіжақты халықаралық шарттар және Каспий теңізінің солтүстік
бөлігіндегі қорық аймағының тәртібі..... 68

Азаматтық құқық және азаматтық процесс

К.М. ЛЬЯСОВА

Азаматтық айналымдағы жер телімдері ұғымы мен теңестіруді
анықтау туралы мәселелеріне..... 75

С.П. МОРОЗ

Кәсіпкерлік шарттың құқықтық табиғаты туралы..... 86

С.В. СКРЯБИН

Қазақстан Республикасы концессиялар туралы заңнамасының
дамуы үлгісіндегі мемлекет пен бизнестің әріптестігі..... 90

Қылмыстық құқық және қылмыстық процесс

А.Ш. ЕЩАНОВ

Қылмысты алдын ала ескерту теориясының кейбір ұғымдары..... 97

З.Ф. ҚАЗИЕВ	
Қылмысты тексеру барысында шындыққа жетудің құралдары туралы.....	103
Р.Н. ЮРЧЕНКО	
Азаптауға қарсы күрестің проблемалық мәселелері.....	107
Қолданыстағы заңнаманы талдау	
К.М. ИЛЪЯСОВА	
«Атқарушылық іс жүргізу және сот орындаушыларының мәртебесі туралы»	
Қазақстан Республикасының 1998 жылғы 30 маусымдағы № 253 Заңына талдау анықтама.....	112
С.И. КЛИМКИН, Н.Г. СӘРСЕНОВ	
«Акционерлік қоғамдар туралы» Қазақстан Республикасының 2003 жылғы 13 мамырдағы	
Заңына талдау анықтама.....	123
А.С. МҮСІРӘЛИНОВ	
Қазақстан Республикасы нотариустың мұрағаттық өндіріс мәселелері бойынша заңнамасының	
қолданылу тәжірибесін талдау.....	129
Л.Қ. ТҮСПІОВА	
«Стратегиялық маңызы бар экономика саласындағы жеке меншіктің мемлекеттік мониторингі»	
Қазақстан Республикасының 2003 жылғы 04 қарашадағы № 490-ІІ Заңына талдау анықтама.....	133
Құқық қолдану тәжірибесі және прокурорлық қадағалау	
В.И. ОЛЕЙНИК	
Ұйымдастырылған қылмыстың алдын алу бойынша шараларды одан әрі жетілдіру мәселелері.....	144
Халықарлық ғылыми-практикалық конференциялар туралы ақпараттық хабарламалар	
А.К. ШАЙМҰРЫНОВА, А.С. МҮСІРӘЛИНОВ, А. АХМЕТОВА, Б. ОМАРОВА	
Халықарлық ғылыми-практикалық конференция туралы ақпараттық хабарлама	
«Норма шығармашылық қызметтің сапасын арттыру құралы ретіндегі құқықтық мониторинг»	
30 қазан 2007 жыл, Астана қаласы.....	149
А.К. ШАЙМҰРЫНОВА, О.В. САВЕЛЕНКО, А.З. ЗАХАРДИНОВА	
Халықарлық дөңгелек үстел туралы ақпараттық хабарлама «Конституция – Қазақстанның	
тұрақтылығы мен өркендеуінің негізі» 01 қараша 2007 жыл, Астана қаласы.....	156
Сіздер үшін, мамандар!	
Г.Н. ҚАНБАЕВА	
ҚР Заң шығару институты кітапханасының жаңа кітаптарына шолу.....	160

**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.



№ 4 (8)
2007

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

Издается с 2006 года

**Редакционная
коллегия:**

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

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

Адрес редакции:
Республика Казахстан,
010000, г. Астана,
Дом министерств,
ул. №35, д.8
тел. факс:
(7172) 74-10-51, 74-10-55
E-mail.: instzak_kz@mail.ru

Вестник Института законодательства Республики Казахстан научно-правовой журнал

СОДЕРЖАНИЕ

Конституционное и административное право

- М.Т. БАЙМАХАНОВ, Д.М. БАЙМАХАНОВА
Возрастающая роль международно-правового регулирования –
особенность современного состояния прав человека..... 7
Р. КНИПЕР
Интерпретация, аналогия и развитие права:
деликатное разграничение судебной и законодательной властей..... 11
Л.Т. ЖАНУЗАКОВА, А.Ф. СУЛЕЙМАНОВ
Президент Республики Казахстан
как участник конституционного производства..... 18
Э.А. НУГМАНОВА
Вопросы санкционирования ареста в аспекте
конституционных преобразований..... 23
А.С. СМАН
Экскурс в историю: советская правовая наука
о принципах правового положения личности..... 27
М.С. БАШИМОВ
Некоторые проблемы совершенствования законопроекта
об омбудсмене Казахстана 31
Е.В. МИЦКАЯ
Институты гражданского общества набирают силу..... 51
Р.А. ПОДОПРИГОРА
Совершенствование законодательства об административных
правонарушениях: основные направления..... 57

Международное право

- Ж.Ю. САЙЛИБАЕВА
Международно-правовое сотрудничество Республики Казахстан
как одно из условий совершенствования законодательства
в сфере недропользования..... 61
А.Ж. КАПАРОВА
Двусторонние международные договоры и режим
заповедной зоны в северной части Каспийского моря..... 68

Гражданское право и гражданский процесс

- К.М. ИЛЬЯСОВА
К вопросу об определении понятия и идентификации
земельного участка в гражданском обороте..... 75
С.П. МОРОЗ
О правовой природе предпринимательского договора..... 86
С.В. СКРЯБИН
Партнерство государства и бизнеса на примере развития
законодательства Республики Казахстан о концессиях..... 90

Уголовное право и уголовный процесс

- А.Ш. ЕЩАНОВ
О некоторых понятиях теории предупреждения преступности..... 97

З.Г. КАЗИЕВ	
О средствах достижения истины в ходе расследования преступлений.....	103
Р.Н. ЮРЧЕНКО	
Проблемные вопросы борьбы против пыток.....	107
<i>Анализ действующего законодательства</i>	
К.М. ИЛЬЯСОВА	
Аналитическая справка по Закону Республики Казахстан от 30 июня 1998 года № 253 «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей».....	112
С.И. КЛИМКИН, Н.Г. САРСЕНОВ	
Аналитическая справка по Закону Республики Казахстан от 13 мая 2003 г. «Об акционерных обществах».....	123
А.С. МУСРАЛИНОВ	
Анализ практики применения законодательства Республики Казахстан по вопросам архивного производства нотариуса.....	129
Л.К. ТУСУПОВА	
Аналитическая справка по Закону Республики Казахстан от 04 ноября 2003 года № 490-ІІ «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение».....	133
<i>Правоприменительная практика и прокурорский надзор</i>	
В.И. ОЛЕЙНИК	
Вопросы дальнейшего совершенствования мер по предупреждению организованной преступности.....	144
<i>Информационные сообщения о международных научно-практических конференциях</i>	
А.К. ШАЙМУРУНОВА, А.С. МУСРАЛИНОВ, А. АХМЕТОВА, Б. ОМАРОВА	
Информационное сообщение о международной научно-практической конференции «Правовой мониторинг как средство повышения качества нормотворческой деятельности» 30 октября 2007 года, г. Астана.....	149
А.К. ШАЙМУРУНОВА, О.В. САВЕЛЕНКО, А.З. ЗАХАРДИНОВА	
Информационное сообщение о международном круглом столе «Конституция – основа стабильности и процветания Казахстана» 01 ноября 2007 года, г. Астана.....	156
<i>Для Вас, специалисты!</i>	
Г.Н. КАНБАЕВА	
Обзор книжных новинок библиотеки Института законодательства РК.....	160

**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.

М.Т. БАЙМАХАНОВ*главный научный сотрудник Института законодательства РК,
академик НАН РК, доктор юридических наук, профессор***Д.М. БАЙМАХАНОВА***доцент кафедры конституционного права КазНУ им. аль-Фараби,
кандидат юридических наук*

ВОЗРАСТАЮЩАЯ РОЛЬ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ – ОСОБЕННОСТЬ СОВРЕМЕННОГО СОСТОЯНИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Оценивая нынешний уровень закрепления, обеспечения, гарантирования и защиты прав человека, обращаешь внимание на то, что эти вопросы подвержены влиянию как внутригосударственных (национальных), так и международно-правовых средств регулирования. Как отмечается в литературе, сегодня взаимодействие национального законодательства о правах человека с международным правом настолько расширено, что общепризнанные принципы и нормы последнего и международные договоры становятся составной частью действующего права, обладают прямым действием на территории Казахстана и приоритетом по отношению к национальным законам¹.

А ведь так было не всегда. В сравнительно недалеком прошлом в этой сфере безраздельно преобладало одностороннее усмотрение каждого государства. Абсолютизируя принцип суверенитета, оно считало ее (сферу прав и свобод человека) собственной «епархией», частью своей внутренней жизнедеятельности и не допускало никакого вмешательства в нее как со стороны международного сообщества и других государств, так и со стороны общественности². Господствовала теория «октроированных» прав человека – то есть прав, якобы дарованных ему государством, которое само решало, достаточно ли их для решения человеком стоящих перед ним жизненных проблем либо их у него слишком много и надо их в какой-то мере урезать. Представления о соотношении личности и государства базировались на идеях патернализма, накрепко увязывавшего судьбу всех людей с государством и предоставлявшего последнему всю инициативу в постановке и решении этих вопросов.

Сосредоточение в ведении отдельных государств вопросов о правах человека и связанное с этим отсутствие единообразного подхода к их решению имело ряд негативных последствий. Диктаторские режимы порой полностью игнорировали права личности, сводили к минимуму ее роль в жизни общества, часто допускали очевидный произвол по отношению к целым категориям граждан. И это было резким контрастом с практикой отдельных передовых государств, которые, понимая значимость личности, делали те или иные шаги в сторону облегчения ее положения.

Постепенно международное сообщество перестало занимать пассивную позицию по вопросам прав человека и мириться с имеющимися фактами беззакония многих государств. В то же время оно стало анализировать позитивный опыт решения проблем личности, закреплять его в актах международного права, предлагать его всем остальным странам для внедрения и использования.

Особенно это направление деятельности международного сообщества приобрело самостоятельный характер, разрослось и окрепло после того, как были созданы такие объединения и структуры, как ООН, Европейский Союз, ОБСЕ и др. Параллельно с этим развивалась и крепла та часть международного права, которая касалась статуса личности. Выдающуюся роль сыграли Устав ООН, Всеобщая декларация прав человека, Международный пакт о гражданских и политических правах, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах и др. Это акты общемирового значения. Они дополняются актами континентального и локального уровня (Европейская конвенция о защите прав

¹ Абдиканов Н. Общепризнанные принципы и нормы международного права и международных договоров как составная часть действующего права Республики Казахстан // Материалы международной научно-практической конференции «Закономерности становления и тенденции развития законодательства Республики Казахстан» 18 мая 2007 г. 1 часть. Астана, 2007. С. 25.

² Сочетание международно-правовых и внутригосударственных форм обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина.- Астана, 2007. С. 37-38.

человека и основных свобод, Американская декларация прав и обязанностей человека, Африканская хартия прав человека и народов, а также нормы двухсторонних и трехсторонних договоров).

Усиление взаимодействия и сочетания двух систем права (национального и международного) положительно сказалось и сказывается на юридическом статусе личности и ее благополучии, ибо каждая из них (названных систем права) воплощает в себе свою систему ценностей, ставит перед собой не совпадающие друг с другом задачи и цели, ориентируется на применение разных форм и методов их достижения. Свообразное наложение друг на друга и взаимодополнение этих двух правовых систем в конечном счете приводит к позитивным результатам, является полезным. Во многом благодаря действию международно-правовых принципов и норм постепенно утверждается в сфере прав человека некоторое единообразие подходов к их оценке, преодолеваются крайности регулирования (например, шаг за шагом утверждается мысль о недопустимости применения смертной казни в качестве наказания за многие преступления). И вообще есть большая доля заслуг международного права в том, что теперь интересы, права и свободы человека начинают ставиться в центр деятельности государства и общества, а также многих их институтов и структур.

А если взять такой присущий современному этапу развития фактор, как глобализация, то она стимулирует расширение сферы действия международного права и интенсификацию его регулирования; нарастают темпы развития международного права, которое становится исключительно сложной многоотраслевой системой¹.

В Казахстане в первые годы после обретения государственной независимости допускалась недооценка роли международно-правовых актов в обеспечении, гарантировании и защите прав человека. Под разными предлогами многие первостепенные акты международного права Казахстаном не ратифицировались, что вызывало недовольство правозащитных организаций и непонимание широкой общественности. И только с недавнего времени в этом вопросе наметился сдвиг в лучшую сторону и открылись возможности того, что отдельные международно-правовые

акты будут полнее использованы в деле укрепления статуса личности.

По мере сближения международного права с внутригосударственным законодательством развивались и обогащались конкретные формы их взаимодействия. В настоящее время они (эти формы) представляют собой широкий массив способов и средств, в какой-то мере стабильных, а частично - меняющихся, во многом прошедших испытание времени или еще нуждающихся в дополнительной проверке. С помощью обеспечивается «спайка», синхронное действие принципов и норм двух разнородных систем права. Сейчас эти формы охватывают основные сферы закрепления, гарантирования, защиты и осуществления прав и свобод личности. Значительную их часть в теории и практике обозначают понятием *имплементации* (под ней подразумевают осуществление норм международного права с помощью внутригосударственного законодательства, в котором они полностью или частично воспроизводятся). Часто парламенты, правительства и другие правотворческие органы в процессе создания законов и иных актов вводят в их состав предписания, являющиеся реализацией имплементационных полномочий. При этом процесс «внедрения» положений международного права во внутригосударственные акты принимает разные формы: трансформации, инкорпорации, отсылки. В свою очередь, внутригосударственное законодательство влияет на становление и развитие норм международного права, затрагивая как сущностно-содержательную, так и процессуальную стороны последних. Значит, влияние испытывают обе взаимодействующие системы права (и международное, и внутригосударственное)².

На практике в процессе обеспечения правильного взаимодействия норм международного права и внутригосударственного законодательства возникают нестандартные ситуации, требующие умелого творческого подхода и учета всех особенностей того или иного случая. Об этом в частности свидетельствует следующий совсем свежий факт. Одним из республиканских ведомств Казахстана подготовлен проект межведомственной Инструкции об уничтожении изъятых наркотических средств на досудебной стадии уголовного процесса. К слову сказать, действующий

¹ Абайдылинов Е.М. Соотношение международного и национального права Республики Казахстан (проблемы становления приоритетности). Издание второе, дополненное, переработанное. - Алматы, «Қазақ университеті», 2005. С. 276.

² См.: Мюллерсон Р.А. Соотношение международного и национального права. М., «Международные отношения», 1982. С. 74-75; Сарсембаев М.А. Международное право. Учебник, 3-е издание, - Алматы, «Данекер», 2001. С.101; Сочетание международно-правовых и внутригосударственных форм обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина, Астана, 2007. С. 41-44.

УПК РК (статья 121) требует, чтобы вещественные доказательства находились при деле до вступления в законную силу приговора или постановления о прекращении дела. При таких условиях принятие названной межведомственной Инструкции было бы невозможно, ибо закон (УПК) по своей юридической силе стоит намного выше межведомственного подзаконного акта. Но разработчик Инструкции ссылается на то, что Казахстан 29 июня 1998г. ратифицировал Конвенцию ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ, которая предусматривает возможность скорейшего уничтожения или законного использования наркотических средств. Кто же прав: разработчик или Генеральная прокуратура Республики Казахстан, которая возражает против скорейшего принятия упомянутой Инструкции до внесения изменений в УПК РК? На наш взгляд, Конвенция ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ с момента ратификации ее Казахстаном *уже имеет приоритет* перед противоречащими ей (или не согласующимися с ней) положениями УПК Республики Казахстан. Надо, чтобы правоохранительные, судебные и иные государственные органы придерживались именно той редакции Конвенции ООН, которая ратифицирована республикой. Но торопиться с принятием межведомственной Инструкции также не следует: ведь сама по себе ратификация Казахстаном Конвенции ООН не отменяет статью 121 УПК, и принятие Инструкции будет означать, что она претендует на большую юридическую силу, чем норма кодифицированного закона. Поэтому, на наш взгляд, *юридическая «чистота» наших действий* сохранится лишь тогда, когда сначала Парламент РК изменит статью 121 УПК, а затем будет введена в действие подробная межведомственная Инструкция по данному вопросу.

Жизнь преподносит многие сложные случаи взаимодействия положений международного права и внутригосударственного законодательства в сфере прав человека, в том числе факты прямых или косвенных коллизий между ними. Их разрешение предполагает хорошее знание как теоретических, так и практических основ соотношения рассматриваемых систем права.

Нельзя не отметить полезную роль института конституционализма в обеспечении слаженного взаимодействия национального и международного права в процессе закрепления и защиты прав

и свобод человека и гражданина: она (полезная роль) состоит в том, что конституционализм подключает к числу факторов, активно проявляющих заинтересованность в реализации прав человека не только свое основное звено – конституционные нормы и институты, но и все остальные свои компоненты – такие, как конституционное сознание и идеологию, конституционные отношения, конституционное принуждение и другие проявления конституционной инфраструктуры. Ставя в центр своего влияния и воздействия права человека, они в конечном счете открывают дополнительные каналы их опосредования, способствуют расширению перехода их потенциальных компонентов в реальность и тем самым приумножают результативность претворения их в систему общественного поведения. Если прежде опосредствующая роль конституционной идеологии и конституционного сознания в деле осуществления прав человека была минимальной, то теперь настала пора задействовать этот компонент в полную силу. Этому способствует заметный поворот внимания общественности к конституционной проблематике, ее более глубокое осмысление и массовое обсуждение. Следовало бы также поглубже исследовать особенности конституционных правоотношений под углом зрения того, как они подходят к постановке и решению проблемы прав и свобод человека и гражданина. В кругу этих проблем возрастает интерес и к тому, каково влияние общепризнанных принципов и норм международного права на все составные части института конституционализма и как такое влияние сказывается на реализуемости прав и свобод человека и гражданина.

Мы коснулись конституционализма, исходя из структурного критерия его конструирования. Но в трактовке данного понятия в науке нет единства взглядов, высказаны разные мнения. Анализ некоторых из них дан А.А. Черняковым в его новой монографии¹. На наш взгляд, понятие конституционализма является собирательным, учитывающим ряд критериев и признаков таких, как: а) сложная структура (с включением в него конституционных норм, принципов и институтов, конституционных взглядов, воззрений и представлений, конституционной идеологии, актов применения конституционных норм, актов их реализации, конституционных правоотношений, конституционного воздействия и принуждения), б) охват им государственных и общественных институтов, структур и отношений (в виде соответствующей *демократическому* Основ-

¹ Черняков А.А. Конституционное право: эволюция отраслевого содержания. Алматы, 2007. С. 74-76 и след.

ному закону системы государственности, обладающей совершенным политико-правовым режимом, подконтрольной народу формой правления и устройства власти, характеризующейся сбалансированным механизмом разделения властей, привлекающей к выполнению своих задач и функций широко разветвленную сеть политических партий, общественных организаций, неправительственных объединений), в) нацеленность на достижение прогрессивно-демократических результатов и целей, в первую очередь, на провозглашение, гарантирование, защиту и реализацию прав и свобод человека и гражданина, обеспечение стабильности в обществе и его поступательного развития. Необходимым атрибутом конституционализма является создание условий для формирования, развития и успешного функционирования гражданского общества, поддержание плодотворного и заинтересованного диалога его с властью. Ныне опосредствующее действие конституционализма на соотношение внутригосударственного законодательства и международного права в деле осуществления прав человека нуждается в дальнейшем усилении.

С учетом важности рассмотренных аспектов проблемы прав человека исследовательской группой КазГЮУ (М.Т. Баймаханов, Ж.Д. Бусурманов, Е.М. Абайдельдинов, Д.М. Баймаханова, К.А. Маханова, С.А. Шапинова, Ж.Ч. Са-

лимбаева, А.Р. Калимбекова) подготовлена монография «Сочетание международно-правовых и внутригосударственных форм обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина» (Астана, 2007 г., 368 стр.), в которой предпринята попытка комплексного рассмотрения основных аспектов темы. А один из авторов книги Ж.Д. Бусурманов два года назад опубликовал монографию «Евразийская концепция прав человека и гражданина» (Алматы, 2005), которая вызвала интерес: посольство Великобритании выступило с предложением перевести ее на английский язык и издать в Англии.

В качестве общего вывода из всего сказанного отметим: практика последних двух столетий неопровержимо свидетельствует о том, что возрастающая роль международного права в целом благотворно сказалась на сфере прав и свобод человека и гражданина. Аккумулируя в своих принципах и нормах наиболее передовые достижения в этих вопросах, оно сумело в той или иной мере подтянуть до своего уровня законодательство остальных стран, играет роль своеобразного маяка для легализации в текущем законодательстве многих стран естественных прав человека и гражданина, создает нетерпимые условия для тех режимов, которые не заботятся о своем населении. В этом его несомненная заслуга.

* * * * *

Мақала авторы адам құқын бекіту, қамтамасыз ету, кепілдендіру және қорғаудың қазіргі деңгейін бағалай отырып, осы мәселелердің мемлекетішілік те (ұлттық) халықаралық-құқықтық та реттеу құралдарының әсеріне бейімділігіне назар аударады.

The author of the article estimating a present level of fastening, maintenance, warranting and protecting the rights of human pays attention that these questions are subjects to influence both inter state (national) and international-legal means of regulation.

Р. КНИПЕР

профессор, доктор права

ИНТЕРПРЕТАЦИЯ, АНАЛОГИЯ И РАЗВИТИЕ ПРАВА: ДЕЛИКАТНОЕ РАЗГРАНИЧЕНИЕ СУДЕБНОЙ И ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ВЛАСТЕЙ*

1. История и актуальность проблем толкования и развития права

Со времен начала большой гражданско-правовой кодификации, вероятно, со времен прусского пандектного права 1794 года и уж, конечно, со времен французского Code Civil 1804 года и по сегодняшний день проблематика толкования законов, создания аналогий и развития права судами занимает центральное и все еще весьма оспариваемое место в юридической методологии и практике¹. Поэтому неудивительно, что с утратой коммунистическими партиями руководящей роли в общественной жизни и с повсеместным введением в тексты конституций принципа разделения властей дискуссия на эту проблематику развернулась и в постсоветских государствах. Этот принцип изначально определяет и место судов среди ветвей власти и границы их автономии и независимости.

С одной стороны спектра мнений была такая позиция: судьи должны ограничиваться строгим применением текста закона. Об этом гласит приказ прусского короля правительству от 1780 года: «Напротив, мы не будем позволять, чтобы судья интерпретировал, расширял или ограничивал наши законы и тем более создавал новые законы»². В ст. 46 введения в прусское пандектное право говорится: «При принятии решений по спорным правовым вопросам судья не может придавать законам никакой иной смысл, кроме того, который четко определен в словах и в их связи относительно оспариваемого предмета, или вытекает из неподдающейся сомнению сути закона». Первоначальная, впоследствии измененная статья 5 французского Code Civil также запрещала толкование³.

Законодатели-реформаторы знали, конечно, уже тогда, что не может быть кодекса без пробелов, что никакой закон не может предусмотреть решение всех проблем, возникающих в жизни, что человеческий язык неизбежно многозначен. Но в этом случае право должны были интерпретировать не судьи, а специальные комиссии, которые работали то при исполнительной, то при законодательной власти. Типична формулировка ст. 47 Введения в прусское пандектное право: «Если судья считает, что смысл закона вызывает сомнение, он должен заявить свои сомнения законодательной комиссии и запросить ее суждение, не называя стороны, ведущие процесс».

Теоретически эта позиция восходит к законодательству эпохи Просвещения, учению Монтескье о разделении властей, оказавшему чрезвычайно большое влияние на законодательство эпохи Просвещения. Его точка зрения: «В деспотических государствах закон не существует: судья сам себе руководящий принцип... В условиях республиканского правления в природу государственной формы входит правило: судьи следуют тексту закона. Тут нет граждан, во вред которым можно было бы толковать закон». «Судьи нации являются, как уже говорилось, только рупором, озвучивающим текст закона, это существа без души, которые не могут уменьшать ни силу, ни строгость закона»⁴.

Чтобы понять политико-правовой фон, мне кажется, можно прибегнуть к цитате Цезаре Беккариа, который считал – тоже накануне буржуазной революции – что лучше иметь абсолютного правителя в стране, чем быть во власти множества «маленьких тиранов и полувластителей» в лице интерпретирующих судей. Толковать неясные законы надлежит законодателю, а не судье⁵.

* Перевод с немецкого Лии Шатберашвили

¹ Следует заметить, что грузинский кодекс *Wachtang* 1723 года содержит побуждение к гибкому толкованию. Ср. введение в этот текст.

² Приказ правительству от 14.04.1780 года, цитируется по Hattenhauer(издатель), Пандектное право прусских государств 1794 года, 2-е изд., Neuwied 1994, С.43 и далее.

³ О французском праве подробно: R. David, *Lie Droit Francais*, том I, 1960, с. 135; о проблематике в общем R. Knieper, *Закон и история*, 1996, с. 139 и далее.

⁴ Монтескье, *О духе законов*, 1748, 6-я книга, глава 3 и 11-я книга, глава 6.

⁵ Цитируется по Gunter Hirsch, *Die Rechtsprechung - Ein Spiegel der Gesellschaft* (Судопроизводство – Зеркало общества), *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, 502

Эта цитата полна глубокого недоверия к профессии судьи, она обобщает в очень наглядной форме то, что думали или говорили французский император Наполеон, прусский король Фридрих II или вожди коммунистических партий. Однако думается, что нельзя подходить к политическому настаиванию на строгом законодательном позитивизме как к вневременной и абстрактной познавательной проблеме, а следует учитывать те исторические специфические условия, в которых этот принцип защищался.

Просвещенному прусскому законодателю конца XVIII века было очень важно воспрепятствовать тому, чтобы новое в то время прусское пандектное право подвергалось толкованию в духе традиционных прав, предписаний и обычаев. Провозглашенное намерение Code Civil заключалось в том, чтобы закрепить результаты буржуазной революции и подавить всякую попытку реанимации старых, феодальных отношений: обязательства должны возникать из договора, из других действий и актов волеизъявления или непосредственно из позитивного закона (об этом ст. 1370 Code Civil) и не из чего-либо другого – так мысленно можно продолжить ст. 1370 – то есть не из традиций, легитимированных естественным правом, не из церковных заповедей или оживления персональных зависимостей. Запрет на толкование был обращен, вероятно, скорее на защиту нового права от судопроизводства, ориентированного в противоположном направлении, чем на борьбу с слишком «бойкой» прогрессивностью судейского корпуса.

Не нужно было ждать опыта XX века и профессионально-социологических исследований, чтобы понять, что большинство судей всегда более привержено существующему устройству и его защите, чем итогам реформ или даже революций, нашедшим свое отражение в новом праве, и что в переходные периоды они с упорным пристрастием сохраняют верность уже практически преодоленным и ушедшим в прошлое отношениям. Не будучи в состоянии подтвердить это высказывание эмпирически, рискну утверждать, что и в постсоветских государствах найдутся доказательства такому выводу.

В эту аргументацию может быть включено и следующее: в периоды, когда экономические и

политические отношения прочно устоялись и существует прочное общественное согласие по основным принципиальным вопросам, законодатель относится к работе судей спокойнее, с меньшей недоверчивостью. Примерно такую позицию занимал немецкий законодатель в конце XIX века. Он без смущения констатировал то, что было известно и раньше, а именно «ни один закон не может быть полным в том смысле, что может дать в руки правило непосредственного применения для каждого мыслимого... отношения». Для изменений, постоянно свершающихся в потоке жизненных обстоятельств, он рекомендовал судейское толкование и даже аналогию, однако их результаты не должны находиться «вне позитивного права». Даже императивный или диспозитивный характер нормы должен со временем меняться¹.

Немецкие судьи восприняли эти ободряющие слова очень нерешительно. В первые десятилетия своего существования Верховный суд (= Имперский верховный суд) считался оплотом «верности закону», он «ступал на новый путь... с большой осторожностью»; а новый немецкий Верховный суд, Федеральный Верховный суд, открыто и осознанно признает судейскую задачу по развитию писаного правопорядка в соответствии с социальными запросами и моральными ценностями общества².

Это самосознание достигло в некоторых судебных решениях такого уровня, что я лично их критиковал в другом моем труде как проблему «открытого судейского неповиновения закону» и назвал это выражением «мальчишества», которое затрагивает «порой основы разделения властей, а это значит, основы демократического государственного строя»³. Более точно выразился Бернд Рютерс в своем новом сочинении, к которому в Германии отнеслись с большим вниманием, он говорит об «изменении менталитета правоприменителей – от слуги к победителю законов» и напоминает, что судьи являются «слугами закона, их обязанность – это мыслящее повиновение закону». У них должно быть четкое представление о том, «когда они применяют законы, когда они развивают законы для законодательства и когда они исправляют законы с целью собственных регулирующих намерений, то есть когда они хотя оказать неповиновение закону»⁴. Теперешний

¹ Эти цитаты из: Мотивы проекта гражданского кодекса для Германской империи, том I, 1888, с. 16.

² Эти цитаты из Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (История частного права нового времени), 2-е изд. 1967, с. 530.

³ См. Knieper, Закон и история, 1996, с. 147/142.

⁴ Ruthers, Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat? (Демократическое правовое государство или олигархическое государство судей?), Juristenzeitung 2002, с. 365 и далее.

президент Федерального Верховного суда Гюнтер Хирш, пользующийся большим авторитетом, говорил об опасности чересчур большого судебного самосознания и призывал судей в своей статье, вышедшей в Германии¹ и в докладе от 12 апреля 2002 года в Тбилиси, не упустить тот момент, когда «их легитимация исчезает по мере удаления от буквы закона». Одновременно он подчеркнул «долг судьи по толкованию закона» в качестве центральной задачи, покоящейся на прочном фундаменте, а также право на развитие права, «если он обнаруживает в законе пробелы, или если писанные правила больше не соответствуют реалиям жизни»².

II. Кодификации перехода

Временные рамки приведенных мною цитат охватывают период с 1748 до 2002 года, то есть более 250 лет; смысловые рамки охватывают спектр мнений от строгой привязки судьи к тексту закона до легитимации судебного праворазвития, которая в исключительных случаях должна легитимировать даже решение, противоречащее закону. Совершенно не удивляет, что в государствах, в которых только начинают утверждаться принципы демократии и разделения властей и еще идет поиск непротиворечивых решений, существует определенная нерешительность. Однако, при этом необходимо в ограниченной степени констатировать, что неуверенность только там воспринимается как реальная и может быть плодотворно использована для решений, где есть реальная борьба за разделение властей, а не просто пустая фраза в конституциях, которые не принимаются всерьез. Там, где, например, могущественная исполнительная власть господствует над законодательной, едва ли дойдет до конфликтов между законодательной и судебной ветвями власти: «телефонное право» вездесуще.

Проблемы и неуверенность имеются на многих уровнях и со многих точек зрения, причем постановка вопросов, спектр мнений и палитра решений в принципе почти не изменились за 250 лет, но зато менялся, само собой разумеется, соответствующий социальный и политический контекст. Как и прежде, так и сейчас, в особенности после потери партией ее руководящей роли, важ-

ны содержание, методы и объем допустимого толкования и развития права, а также определение инстанций, имеющих право на толкование.

Для понимания этой нерешительности мне было важно понять наследие советской правовой практики. Пункт 5 ст. 121 Конституции 1977 года в краткой форме определял, что Президиум Верховного Совета СССР толкует законы. Идентичные полномочия имели президиумы верховных советов республик. Хотя это специально не оговаривалось, результаты толкования имели официальное и обязательное действие. В комментариях этот аспект подчеркивается и противопоставляется работе судов, чья функция была значительно ограничена: они должны были, насколько это возможно, ограничиваться применением текста закона. Там, где избежать толкования было невозможно по причине неясной терминологии, оно не имело обязательной силы³.

Эта традиция продолжает существовать в некоторых странах СНГ, однако компетенции толкования подверглись за это время дифференциации.

Республика Казахстан являет собой в этом отношении интересный пример, поскольку здесь имел место эксперимент с различными моделями. Так, первая конституция, принятая после обретения независимости 28.01.1993 года, определяла, что Верховный Совет «официально толкует законы Республики»⁴. Это определение, с одной стороны, точнее, чем Конституция СССР, по крайней мере в той части, где оно указывает на официальный, то есть обязательный характер толкования; с другой стороны, оно отклоняется от образца, поскольку эту компетенцию получает весь Парламент. Определение содержало очень узкое понимание обращения с текстами и следовало логично появившемуся со времен Монтескье подходу, согласно которому инстанция, выпустившая закон, обязана его интерпретировать. Но это явно непрактичное наделение полномочиями было отменено в ходе основательной реформы Конституции 30 августа 1995 г. При определении полномочий созданных ею двух палат – Сената и Мажилиса (ст. 50), при определении их полномочий толкование законов не упоминается. Предписания по поводу компетенции органов юстиции противоречат друг другу и свидетельствуют об от-

¹ G. Hirsch, *Die Rechtsprechung - ein Spiegel der Gesellschaft* (Судопроизводство – зеркало общества), *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, с. 501

² G. Hirsch, см. там же, с. 503.

³ Ср. об этом Д.М. Генкин и др., *Советское гражданское право*, т. I, 1953, с. 107 и далее

⁴ G. Brunner (Изд.) *Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Staaten Ost-Europas*, Bd. I, 1995 (Конституционное и административное право в государствах Восточной Европы)

сутствии четких представлений. С одной стороны, статья 4 определяет, что «нормативные постановления» Конституционного Совета и Верховного Суда наряду с нормами Конституции являются «действующим правом», а с другой стороны, отсутствует правовая основа для принятия подобных «нормативных постановлений». Конституционный Совет имеет право интерпретировать Конституцию (ст. 72), а Верховный Суд дает разъяснения по вопросам судебной практики (ст. 81). Последнее предписание повторяется в подобных выражениях в ст. 17 Закона «О судебной системе и о статусе судей» от 25.12.2000: и здесь речь идет о «Разъяснениях проблем применения законодательства в судопроизводстве». О том, что имеется в виду не право толкования, а тем более не право обязательного толкования, свидетельствует совместный документ Верховного Суда РК и Союза судей РК 2001 года¹, в котором выдвигается требование ввести в лице Верховного Суда в гражданский процесс «Институт официального толкования законов».

В Кыргызстане компетенция по «официальному толкованию конституции и законов» находится в руках законодательного собрания Жогорку Кенеш (ст. 58, абз.2 п.3 Конституции), относительно практического применения мне ничего неизвестно.

Другие конституции – Российской Федерации, Грузии или Армении – не содержат определений об официальном или неофициальном толковании простых законов, в то время как третья группа конституций, например, конституции Узбекистана (ст. 109 п.3) и Азербайджана (ст. 130 абз. IV) наделяют полномочиями по интерпретации конституционных норм и законов Конституционный Суд.

На подконституционном уровне также обнаруживаются важные различия. Так, ст. 13 российского Закона об арбитраже от 14.06.1992 определяет, что пленум Верховного арбитражного суда компетентен издавать «Директивы по вопросам судебной практики» – в то время, как ст. 180 и далее того же закона консервирует абстрактный правовой надзор, согласно этим нормам Президиум Верховного арбитражного суда может проводить вне состязательного и надзорный процесс по вступившим в законную силу и ожидающим исполнения приговорам, чтобы проверить их на незаконность и необоснованность (ст. 188) и, в случае обнаружения таких нарушений, отменить решения и принять новые (ст. 187). Несмотря на то, что способ обязательной интерпретации не

четко сформулирован, этот надзорный процесс, чуждый западноевропейскому и англосаксонскому праву, имеет глубокие корни в советской традиции. Также и Верховный Суд может давать разъяснения и толкования вне состязательного процесса (ср. ст. 58 Закона о судебной системе в редакции от 02.01.2000 и ст. 19 Закона о судебной системе РФ от 23.10.1996). Вероятно, эти компетенции будут восприняты на практике очень экстенсивно.

Легко себе представить, насколько такие процедуры затягивают процессы, а также и то, что они едва ли смогут устоять перед лицом действующей в Российской Федерации ст. 6 Европейской конвенции по правам человека (ЕМРК), которая обосновывает право на честный, публичный и проведенный в положенные сроки процесс перед независимым и объективным судом.

Грузия, руководствуясь общими соображениями о разделении властей и осознавая функцию гражданской и хозяйственной подсудности при решении споров, первой среди стран СНГ полностью отменила надзорное производство.

Азербайджан на первом этапе реформы выбрал средний путь. С одной стороны, из завуалированного предписания Гражданского процессуального кодекса (ГПК) вытекает, что законодатель исходит из того, что не только Конституционный Суд имеет право интерпретировать законы, это право имеют и другие суды. В противном случае было бы бессмысленным положение ст. 386 ГПК, которая гласит, что решения судов первой инстанции отменяются в том случае, если они неверно применяют или толкуют законы. С другой стороны, Азербайджан оформил надзорное производство, отклонившись от теории и практики других стран, как состязательный процесс (ст. 422 и далее ГПК) и создал тем самым смесь между (советской) законной надзорностью и некой суперкассацией в Пленуме Верховного Суда. Такое оформление, однако, вызывает вопрос, почему эта форма обжалования вообще еще существует вне нормального инстанционного порядка движения дел. На мой взгляд, это типичный продукт компромисса переходного периода и от него следует отказаться.

III. Уроки и перспективы

Учитывая ситуацию в странах с переходной экономикой, и не только там, а также ввиду большого практического опыта и теоретичес-

¹ Концепция развития судебной системы РК; можно получить по адресу: jjdeppe@uni-bremen.de.

кой рефлексии, я считаю неизбежным, что суды во всех государствах, реально ориентирующихся на демократию, разделение властей и рыночную экономику, должны будут заниматься интерпретацией законов и нормативных актов в качестве их основной профессиональной задачи. В этом смысле Хирш, говоря о «долге толкования», точно определил центр тяжести судебской деятельности.

Для выполнения этого неизбежного долга мне представляется необходимым решительно признать его в качестве задачи, справиться с которой невозможно путем принятия инстинктивных, или, пусть даже осмысленных решений, а созданием солидного инструментария и теоретически обоснованных методических рамок. Методы толкования, обращение с текстом законов и включение его в систему, понимание законодательных намерений, требования изменившихся жизненных обстоятельств, принятие во внимание «уровня справедливости» норм относительно компромисса интересов и распределения рисков в конкретных жизненных обстоятельствах, по которым судья должен принять решение, и, наконец, самокритичное осознание собственной пристрастности – все это не приходит само собой. Это нужно разрабатывать в качестве методологии, сочетая при этом, по возможности, теорию и практический опыт.

Все это должно быть узнаваемо в судебных решениях. При всем уважении к сложности задачи, я должен признаться, что мне доводилось читать некоторые решения, где я не мог в полной мере проследить ход аргументации, приведшей к решению, то есть шаги от абстрактной нормы, содержащей, возможно, неясные и двусмысленные понятия до разрешения конкретного конфликта между спорящими сторонами. Даже в решениях Верховного Суда редко можно найти полемику с прежней судебной практикой, с публикациями отклоняющегося или поддерживающего характера, то есть разъяснения и мотивации, которые доводят до понимания сторон, почему было вынесено такое, а не иное решение. Но как раз это создает транспарентность и рациональность судебной деятельности; именно это способствует качеству метода вынесения решений; именно это ведет к признанию и доверию по отношению к юрисдикции и основывает правовую культуру. Вклад в правовую культуру – это, помимо прочего, обоснование собственного убеждения в споре с другими мнениями и аргументами, это уважение других мне-

ний, без открытого пренебрежения другими подходами, с чем мы подчас сталкиваемся, когда имеем дело с религиозными объединениями и политическими партиями, которые мнят себя обладателями абсолютной истины.

Насколько необходимо поддерживать и защищать независимость и автономию судов и судей, следуя конституционно-правовому принципу разделения властей, настолько же очевидным представляется мне тот факт, что в конечном итоге решающее значение имеет только качество судебской работы, закрепленное в государственном устройстве. Автономия и независимость – это ценности, которые нужно заслужить.

Но «местом» толкования является, как раз уже сказано, состязательный процесс в нормальном инстанционном движении дела. Именно в этом состоит благороднейшая задача кассационных судов, а не в издании общих разъяснений и рекомендаций и тем более не в законодательной инициативе, стремление к которой вновь обнаруживается в некоторых странах, например, в Казахстане.

Очевидно, что после снятия статьей 5 Code Civil на основе практического опыта – запрета на толкование, и того факта, что прусская законодательная комиссия, единственно полномочная заниматься толкованием, не справилась со своей задачей и долг толкования был передан в руки судьи, разрешающего спор, так же когда-нибудь будут ликвидированы и полномочия парламентских комиссий, конституционных судов, пленумов, президиумов и других учреждений на более или менее обязательное общее толкование законов, а также производство по надзору за законностью – в соответствии со ст. 6 EMRK. Это означает также, что институт обязательного или официального толкования изживет себя. Его корни лежат в идее о том, что сам законодатель должен толковать им же изданные законы, что оказалось неосуществимым, и перенесение этой функции на другие инстанции, которые, с одной стороны, не уполномочены издавать законы, а, с другой стороны, обязаны заниматься толкованием внесудебного процесса, не оправдало себя. Современная редакция ст. 5 Code Civil четко формулирует этот принцип, запрещая судье любого профиля и любой инстанции создавать общие правила на основании отдельного судебного дела. В большинстве стран СНГ пока не найдены окончательные ответы на эти вопросы. Многое находится еще в движении, что отражается в различиях законов в разных странах,

а также в частых изменениях законов внутри стран, об этом говорилось в разделе II.

Между прочим, причиной для перемещения компетенции толкования в состязательный процесс является, на мой взгляд, именно активное соучастие сторон и их профессиональных представителей. Хотя во многих странах все еще слышны жалобы на недостаточную квалификацию адвокатов, что, вероятно, отчасти связано с тем, что здесь институциональные реформы затягиваются дольше, чем в других звеньях юстиции, по причине существования мощного лобби, тем не менее развитие свободной адвокатуры невозможно надолго задержать. Адвокаты же в состязательном процессе будут предлагать толкования в интересах своих сторон, что поможет судье найти то толкование, которое ближе всего отвечает цели нормы и требуемому компромиссу. На утверждение о том, что обязательная интерпретация и надзор необходимы по причине недостаточной образованности судей, можно ответить так: нет лучшего надзора, чем контроль в инстанционном движении публичного состязательного процесса, который сопровождается профессиональной правовой консультацией.

Надеюсь, что из этой общей аргументации четко вытекает убеждение, что контроль за правомерностью судейской деятельности со стороны прокуратуры – это чужеродное тело в системе.

Сказанное о методике толкования подходит в принципе и для аналогии. В то время, как законодательство многих государств с переходной экономикой смотрит на толкование скорее с недоверием и отстраненностью, как это было показано выше, оно удивительно великодушно позволяет судьям заполнять пробелы в законе посредством аналогии закона и права, хотя это заполнение заходит гораздо дальше, чем толкование, и затрагивает более деликатные проблемы отграничения от законодательной власти.

Легитимация аналогии имеет место, например, в ст. 4 Code Civil или в ст. 4 грузинского ГК, где эксплицитно прописан долг судьи разрешать споры и в том случае, если нет нормы, регулирующей данное спорное отношение, или если нормы неясны и двусмысленны.

Несмотря на эту легитимацию и на законодательно выраженное благое побуждение, здесь начинается то, что Хирш назвал «заминированной пограничной зоной» между первой и третьей ветвями власти. Судья может, на мой взгляд, пе-

редвигаться в этой зоне успешно и невинно только в том случае, если он тщательно соблюдает методологию и прозрачнее раскрывает причины своего решения, чем в случае толкования неясных понятий. Нужно действительно установить пробел, чтобы оправдать аналогию, она может быть заполнена только при помощи методов, находящихся внутри систематики законов. Результаты не должны «лежать вне позитивного права», как это предписывают «Мотивы» к Германскому Гражданскому кодексу. Обращение к выражениям типа «природа вещи», «изменение ценностей», «принципы естественного права» служат, как правило, тому, чтобы субъективные ценностные представления некоторых судей (в состязательном процессе или в президиуме) ставились над субъективными ценностями представлений парламентского большинства, хотя только последние имеют право следовать своим субъективным убеждениям. Судья является, согласно убедившему меня высказыванию Рютерса, слугой закона, обязывающего его к мыслящему повиновению, слугой, который должен поставить развитие права на «службу законодательству».

Помимо вышесказанного, в пользу такого ограничения полномочий говорят, на мой взгляд, и следующие дополнительные причины. Во-первых, на решения суда, сформулированные в тексте, распространяется то же, что и на все, составленные людьми, тексты, то есть и на законы: им присуща неясность, и они нуждаются в толковании, таким образом, нельзя ожидать систематического выигрыша в смысле улучшения ясности. Во-вторых, ценностные представления судей обязательно должны быть более современными, чем законы, в том числе и старые. Разговоры об «изменении ценностей» или о «мире, становящемся более комплексным», часто таят в себе субъективные установки, и есть полное основание сомневаться в их преимуществах по отношению к законам. В другой работе я попытался представить подобные случаи из немецкой судебной практики¹. Я не хочу сказать, что мои аргументы были лучше, чем аргументы судов. Но я хочу сказать, что правильное выносить спорную правовую политическую практику в парламенты, а не в суды. И, наконец, что касается часто упоминаемой большей гибкости судопроизводства по отношению к законодательству: для юристов континентально-европейской школы интересно узнать, что в США критики государственной судебной практики

¹ Knieper, там же, С. 141 и далее.

утверждают, что она вовсе не гибка, не ориентирована на экономическую реальность, носит доктринерский характер и что участники бизнеса подчас предпочитают частные третейские суды и посреднические услуги¹; кроме того, она удалена от общественной реальности и плохо справляется с осуществлением принципов материальной справедливости. Для выполнения

всех этих задач необходимо законодательство².

Тот, кто размышляет над всеми этими вопросами, понимает, что спасение не в той или иной системе, а в осознании деликатного разделения задач и взаимоотношений трех ветвей власти, которые необходимо снова и снова строить на принципах взаимоуважения, сдержанности и профессионального достоинства.

* * * * *

Мақала авторы өтпелі экономикалы елдердегі жағдайды ескере отырып, демократияға, биліктердің бөлінуіне және нарықтық экономикаға нақты бағыт алған барлық мемлекеттердегі соттар, заңдар мен нормативтік актілерді түсіндірумен айналысуы міндетті деп есептейді.

The author of the article considering a situation in countries with transitive economy supposes inevitable that Courts in all the States which are really oriented democracy, division of authorities and market economy should be engaged in interpreting of laws and normative acts.

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: Сапарғалиев Г., Шиллер С., Сакиева Р., Жанузакова Л., Ишмухамедова А., Онлашева Ж., Сулейменова Г., Сейдалиева Ж., Жалбуров 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 Сапарғалиева Г.С.

¹ Например: О.Е. Williamson, *Die ökonomische Institution des Kapitalismus* (Экономический институт капитализма), 1990, с.25.

² Сравни, н-р. W/Friedmann, *Recht und sozialer Wandel* (Право и социальные изменения), 1969, с.24 и далее \108 и далее.

Л.Т. ЖАНУЗАКОВА*ведущий научный сотрудник Института законодательства РК,
доктор юридических наук, профессор***А.Ф. СУЛЕЙМАНОВ***заведующий кафедрой юридических дисциплин Академии экономики и права,
кандидат юридических наук*

ПРЕЗИДЕНТ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН КАК УЧАСТНИК КОНСТИТУЦИОННОГО ПРОИЗВОДСТВА

В соответствии с п.1 ст.72 Конституции Республики Казахстан Президент обращается в Конституционный Совет по следующим вопросам:

1) о правильности проведения выборов Президента Республики, депутатов Парламента и республиканского референдума;

2) о соответствии принятых Парламентом законов Конституции;

3) о соответствии Конституции постановлений Парламента и его Палат;

4) о соответствии Конституции международных договоров Республики;

5) официального толкования норм Конституции;

6) дачи заключения о соблюдении установленных конституционных процедур в случаях, предусмотренных п.1 и 2 ст.47 Конституции.

Однако по последнему вопросу Глава государства – маловероятный субъект обращения, поскольку процедура досрочного прекращения его полномочий исходит и протекает в стенах Парламента, который не может окончательно решить вопрос до получения соответствующего заключения Конституционного Совета. Поэтому обращения в этот орган будут исходить, прежде всего, из стен законодательного органа власти.

Следует отметить, что ни Конституция, ни конституционные законы от 26 декабря 1995 г. «О Президенте Республики Казахстан» и от 29 декабря 1995 г. «О Конституционном Совете Республики Казахстан» не устанавливают конкретные формы обращений. В Конституционном законе «О Конституционном Совете Республики Казахстан» (ст.22)¹ определяются лишь письменная форма и содержание обращений.

В частности, в обращении Президента должны быть указаны: нормы Конституции Республики Казахстан, об официальном толковании которых ставится вопрос в обращении; сущность об-

ращения; иные факты, обстоятельства и доказательства, служащие основанием для обращения и подтверждающие его обоснованность и т.д.

Обращение должно быть подписано лицом, обращающимся в Совет, то есть Президентом. К обращению прилагаются: копии текстов актов, на которые ссылается Президент; документы о полномочиях представителя, кроме случаев, когда представительство осуществляется по должности; копии обращения и приложений к нему в количестве десяти экземпляров. К документам, изложенным не на языках конституционного производства, должен быть приложен их перевод на казахский или русский язык.

Несоблюдение требований к содержанию и оформлению обращений, даже если они поступили по вопросам, входящим в компетенцию Конституционного Совета, и от надлежащего субъекта, является основанием для их отклонения.

В случае возбуждения конституционного производства Президент становится его участником.

Конституционное производство – это порядок рассмотрения дел в Конституционном Совете, форма реализации его компетенции. Как отмечает Г.С. Сапаргалиев, - «это не судебное производство, а своеобразное государственное производство, отражающее особенности Конституционного Совета в системе государственных органов», который, «будучи частью государственного механизма», не относится и не тяготеет ни к одной ветви государственной власти.²

В отличие от конституционных судов, где рассмотрение вопросов о неконституционности актов происходит по правилам гражданского процесса, в Конституционном Совете процесс протекает по системе досье на базе исследования письменных материалов.³

¹ Ведомости Верховного Совета РК. - 1995. - № 24. - Ст.173

² Сапаргалиев Г.С. Конституционное право Республики Казахстан. Учебник. – Алматы: Жеті жарғы, 1998. – С.273

³ Шопин В., Раисова Ж. Сравнительный анализ статуса и компетенции органов конституционного контроля России и Казахстана //Правовая реформа в Казахстане. – 2005. - № 1. – С.38

Наряду с Главой государства, участниками конституционного производства признаются другие должностные лица и органы, по обращениям которых возбуждено конституционное производство (председатели Палат Парламента; депутаты Парламента численностью не менее одной пятой от их общего числа; Премьер-Министр и суды Республики), а также государственные органы и должностные лица, конституционность актов которых проверяется.

Если акты Главы государства рассматриваются Конституционным Советом на предмет ущемления в них конституционных прав и свобод человека и гражданина по обращению судов, то он также становится участником конституционного производства, но уже с другой стороны – со стороны государственных органов и должностных лиц, конституционность актов которых проверяется. Этот процесс протекает в форме последующего конституционного контроля.

В соответствии с п.2 ст.20 Конституционного закона от 29 декабря 1995 г. в случае необходимости участники конституционного производства могут иметь своих представителей в Конституционном Совете, полномочия которых оформляются в порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством.

В связи с большой загруженностью Главы государства, естественно, что его личное участие в рассмотрении дел проблематично и от его имени в Конституционном Совете выступают его представители – обычно руководители структурных подразделений его Администрации, в основном, государственно-правового управления.

Некоторые исследователи акцентируют внимание на установлении сроков обращения в Конституционный Совет по данной группе вопросов.¹ В частности, Пхон Б. предлагает установить двухнедельный срок по вопросу о правильности проведения референдума. Сообщение о его итогах, по его мнению, должны передаваться в средства массовой информации не ранее обозначенного срока и только при отсутствии обращения со стороны уполномоченных субъектов.²

В соответствии с Конституционным законом «О выборах в Республике Казахстан» Центральная избирательная комиссия на основании протоколов территориальных избирательных комис-

сий не позднее чем в семидневный срок после выборов устанавливает итоги выборов Президента, принимает соответствующее постановление и регистрирует избранного Президента. Итоги выборов депутатов Сената и Мажилиса в целом по Республике также устанавливаются не позднее, чем в семидневный срок со дня проведения выборов. Но сроки регистрации депутатов в Конституционном законе не закреплены. Обращения в Конституционный Совет, согласно ст.68, 84 и 100 данного Конституционного закона могут быть направлены в Конституционный Совет в течение десяти дней после подведения итогов выборов. В этом случае вступление в должность Президента, регистрация избранных депутатов Сената и Мажилиса приостанавливаются.³

Однако поскольку сроки для регистрации народных избранников законодательством не установлены, теоретически возможна ситуация, что они могут быть зарегистрированы сразу же после подведения итогов выборов или на второй-третий день, но до истечения десяти дней, предусмотренных для внесения обращения в орган конституционного контроля. Особенно вероятна эта ситуация, когда проводятся выборы не всего состава Сената или Мажилиса, а отдельных депутатов вместо выбывших. Кроме того, опротестование итогов выборов Президента на стадии вступления в должность вновь избранного Главы государства может вызвать политический кризис, особенно в случае признания выборов несоответствующими Конституции. Поэтому было бы целесообразно определить более поздние сроки для регистрации избранного Президента, по крайней мере, по истечении десятидневного срока для внесения обращений в Конституционный Совет по этому вопросу. Это значит, что итоги выборов Президента могут быть опротестованы в Конституционном Совете не на стадии вступления в должность, а на стадии регистрации.

Вообще, как нам представляется, более целесообразно, чтобы правильность проведения выборов проверялась Конституционным Советом на предварительной стадии, то есть еще до окончательного подведения итогов.

Что касается обращений в орган конституционной юстиции по поводу правильности проведения республиканского референдума, то сроки

¹ Пильников А.И. Органы конституционной юстиции в обеспечении прав человека: исторический и современный опыт. Автореф. дис...канд. юрид. наук. - Алматы, 2002. - С.17-18; Пхон Б. Организационно-правовые проблемы республиканского референдума. Автореф. дис...канд. юрид. наук. - Алматы, 1998. - С.17

² Пхон Б. Указ. соч. - С.17

³ Конституционный закон РК от 28 сентября 1995 г. «О выборах в Республике Казахстан» //Ведомости Верховного Совета РК. - 1995. - № 17-18. - Ст.114

для их внесения вообще не установлены. Сами итоги референдума должны быть обнародованы в средствах массовой информации не позднее семи дней после его проведения.¹ Но использование слова «не позднее» не равнозначно словосочетанию «не ранее». Следовательно, Центральная избирательная комиссия референдума может подвести итоги референдума и опубликовать их и **до истечения семи дней**, например, через три дня после проведения голосования. Опубликование итогов всенародного голосования равнозначно приданию обязательной юридической силы закону или иному решению, принятому на референдуме.

Субъекты, указанные в п. 1 ст. 72 Конституции, тем более Президент страны, как гарант Конституции, действительно, должны иметь какой-то запас времени для того, чтобы обосновать свою позицию при обращении в Конституционный Совет, не завися при этом от действий Центральной комиссии референдума, давления государственных органов или высших должностных лиц, СМИ, политических партий или международной общественности. В то же время двухнедельный срок для внесения такого обращения может предельно затянуть процесс подведения окончательных итогов общенационального голосования и негативно сказаться на общеполитическом имидже страны. Поэтому необходимо установить более краткие сроки для внесения обращения, не более трех-пяти дней. Это означает, что Центральная избирательная комиссия сообщение об итогах республиканского референдума может огласить не ранее названного срока после дня их проведения.

Полномочия Президента, как участника конституционного производства, а, следовательно, и его представителей, можно подразделить на три группы. Первая группа охватывает общие полномочия всех участников конституционного производства:

1) знакомиться с материалами производства, производить из них выписки и снимать копии;

2) представлять доказательства, участвовать в их исследовании и доказывать те обстоятельства, на которые они ссылаются как на основание своих обращений и возражений;

3) высказывать Конституционному Совету свои доводы и соображения по всем вопросам, возникающим в ходе конституционного производства;

4) заявлять ходатайства и высказывать свое мнение по заявленным ходатайствам;

5) давать устные и письменные объяснения Конституционному Совету.

Вторая группа включает специальные полномочия Президента, как инициатора конституционного производства: право до начала совещания Конституционного Совета, на котором принимается итоговое решение, изменить основание обращения, увеличить или уменьшить его объем, отказаться от обращения.

Третья группа объединяет специальные полномочия Главы государства, если по поводу его актов возбуждено конституционное производство: право признать заявленные в обращении требования полностью или частично, либо возражать против них. Поскольку проверке на конституционность акты Президента допускаются только в порядке последующего контроля, эти полномочия вступают в силу лишь при наличии обращения суда, столкнувшегося в процессе правоприменения с ущемлением конституционных прав и свобод человека и гражданина.

Обязанности для всех участников конституционного производства общие:

1) добросовестно пользоваться своими правами. Сообщение ими Конституционному Совету заведомо ложных сведений или непредставление затребованных Конституционным Советом документов, материалов и иной информации расценивается как неуважение к Конституционному Совету и влечет ответственность по закону;

2) уважительно относиться к Конституции Республики, к Конституционному Совету, его требованиям и принятым в Конституционном Совете процедурам;

3) подчиняться распоряжениям председательствующего о соблюдении порядка заседания.

Сама процедура рассмотрения вопросов закреплена не только Конституционным законом от 29 декабря 1995 г., но и Регламентом Конституционного Совета.²

Поступившее обращение вносится Председателем Конституционного Совета на рассмотрение Конституционного Совета, заседание которого проводится в трехдневный срок со дня его поступления. Конституционный Совет, проверив обращение, отказывает в принятии обращения к производству и возвращает его, если, наряду уже с называвшимися обстоятельствами:

¹ Конституционный закон РК от 2 ноября 1995 г. «О республиканском референдуме» // Вестник Верховного Совета РК. - 1995. - № 22. - Ст. 131

² Регламент Конституционного Совета Республики Казахстан. Утвержден постановлением Конституционного Совета РК от 19 апреля 2002 г. № 1 // Юридическая газета. - 2002. 15 мая

- конституционность указанного в обращении вопроса уже проверялась Конституционным Советом и имеется сохраняющее юридическую силу решение Конституционного Совета;

- указанный в обращении вопрос не получил разрешения в Конституции;

- акт, конституционность которого оспаривается, отменен или утратил силу.

Материалы по принятому к производству обращению, по распоряжению Председателя Конституционного Совета, подготавливаются одним из членов или несколькими членами Конституционного Совета. Для этого он наделяется комплексом полномочий: определяет участников конституционного производства, разъясняет им их права и обязанности; истребует относящиеся к предмету обращения необходимые документы и иную информацию; при необходимости опрашивает соответствующих должностных лиц, привлекает ученых, практических работников в качестве специалистов, экспертов и поручает производство проверок, исследований, экспертиз; готовит проект решения Конституционного Совета и т.д.

Рассмотрение обращений Конституционным Советом производится в заседании под председательством его Председателя в назначенное время. Заседание состоит из трех частей:

- вступительной, в процессе которой проверяется кворум членов Совета и явка участников конституционного производства, им разъясняются права и обязанности, определяются их ходатайства и пр.;

- основной, в процессе которой осуществляется рассмотрение вопроса;

- заключительной, на которой принимается решение Конституционного Совета.

Президент либо его представители, в случае необходимости, по собственному желанию либо по требованию Конституционного Совета могут участвовать в заседании Конституционного Совета, на котором рассматривается принятое к производству обращение. Но, как показывает практика, практически при рассмотрении любого обращения Главы государства его представители присутствуют на заседании. При необходимости могут быть заслушаны объяснения и выступления участников конституционного производства, экспертов, специалистов и других приглашенных лиц.

Конституционное производство может быть прекращено на любой стадии, но до вынесения итогового решения в случаях:

1) отказа субъекта от заявленного им обращения;

2) отмены или утраты юридической силы акта, конституционность которого оспаривается;

3) неподведомственности заявленного обращения Конституционному Совету.

Решение Конституционного Совета о прекращении конституционного производства по заявленному обращению лишает субъекта обращения возможности повторно обратиться в Конституционный Совет по тем же основаниям.

Конституция и Конституционный закон от 29 декабря 1995 г. закрепляют общий и специальный сроки для рассмотрения обращений и вынесения решений Конституционного Совета. Общий срок для вынесения итогового решения - в течение месяца со дня поступления обращения. Специальный срок предполагает ускоренную процедуру рассмотрения вопроса и составляет 10 дней. Введение сокращенного срока допускается лишь по требованию Президента, изложенному в письменной форме, а также, если вопрос не терпит отлагательства.

Однако ни Конституция, ни Конституционный закон от 29 декабря 1995 г., ни Регламент Конституционного Совета не предусматривают последствий нарушения органом конституционного контроля сроков рассмотрения обращений и вынесения окончательного (итогового) решения. К примеру, Конституционный Совет превысил месячный срок для вынесения решения по обращению группы депутатов Мажилиса об официальном толковании п.1 и 3 ст.41 и п.1 ст.94 Конституции. Постановление Совета было принято 19 августа 2005 г. и опубликовано в официальных изданиях (газетах «Казахстанская правда» и «Егемен Қазақстан» 25 августа 2005 г.¹

В этой связи встает проблема легитимности решений Совета, принятых с нарушением сроков, предусмотренных Конституцией.

Что касается обнародования решения, то в Конституционном законе от 29 декабря 1995 г. «О Конституционном Совете Республики Казахстан» и его Регламенте сроки опубликования решений Конституционного Совета не установлены. В то же время законодательно предусмотрены сроки (в течение двух дней) направления принятых решений субъектам обращения или их представителям, Президенту, Палатам Парламента, Верховному Суду, Генеральному Прокурору, Министру юстиции (ст.41). На наш взгляд,

¹ Постановление Конституционного Совета РК от 19 августа 2005 г. № 5 «Об официальном толковании пунктов 1 и 3 статьи 41 пункта 1 статьи 94 Конституции Республики Казахстан» //Казахстанская правда. – 2005. - 25 августа

эти же сроки должны быть закреплены и для официального опубликования итоговых решений Совета. Ведь политическая составляющая многих постановлений органа по защите Конституции настолько высока, что необоснованное затягивание с обнародованием принятых решений излишне будоражит общественное мнение.

Необходимо заметить, что Конституция не оговаривает, при рассмотрении каких обращений высшее должностное лицо страны вправе потребовать сокращенного срока для вынесения решения Конституционным Советом. В частности, касается ли это требование при производстве дел по обращениям других субъектов, в том числе судов?

Представляется, что поскольку Конституция или Конституционный закон устанавливают общие предельные сроки (не более одного месяца) для рассмотрения любых категорий дел, возбужденных по инициативе разных субъектов, то и специальный срок может быть только один. Поэтому Президент вправе требовать сокращения срока не только, если он обращался лично, но и по обращениям других субъектов.

В то же время логично возникает вопрос: как Глава государства будет определять степень неотложности вопроса, если обращение исходит не от него?

Здесь необходимо, во-первых, закрепить механизм обращений к Президенту от субъектов, указанных в ст.72 Конституции. Председатели Палат и депутаты Парламента, Премьер-Министр и суды должны получить право обращаться к Президенту с ходатайством о сокращении срока вынесения итогового решения Конституционного Совета по их обращениям. При этом свое ходатайство данные субъекты должны мотивировать. Данный механизм, на наш взгляд, следует отразить в Регламентах Конституционного Сове-

та, Парламента и Правительства, актах, определяющих внутреннюю деятельность судов, либо в Положении об Администрации Президента.

Во-первых, нужно выявить критерии для понятия «вопрос не терпит отлагательства». В данном случае, конечно, можно называть разные обстоятельства. Но, по-видимому, основными будут те из них, которые связаны с правами и свободами граждан и нормальным функционированием органов власти. Иными словами, критериями срочности будут выступать такие обстоятельства, которые могут вызывать существенные нарушения прав человека с необратимыми последствиями, а также способные привести к нарушению порядка работы соответствующего органа и конфликтам между ветвями власти.

Полагаем, что Президент, используя свое конституционное право, мог бы обратиться в Конституционный Совет с ходатайством дать официальное толкование п.3 ст.73 Конституции в части разъяснения данного положения.

Кроме того, ст.11 Конституционного закона «О Президенте Республики Казахстан» целесообразно дополнить нормой о праве Президента потребовать сокращения срока рассмотрения и вынесения решений Конституционным Советом. Указанная статья исчерпывающе закрепляет другие конституционные полномочия Главы государства в отношении органа, обеспечивающего верховенство Конституции, но почему-то указанная норма не была включена в Конституционный закон.

Необходимо также определить форму (название) акта, с которым Президент обращается в Конституционный Совет о сокращении срока: «требо-вание», «письмо», «предписание» или иное название. Пока этот вопрос никак не урегулирован и остается на усмотрение самого Президента.

* * * * *

Бұл мақалада Президенттің конституциялық кеңесінің іс жүргізу процесіне қатысуы қарастырылған және де конституциялық заң жинағының нығайту деректері ұсынылған.

The president participation in the decision process of constitutional council are being considered in this article, also the recommendations for improve of the constitutional legislation are offered.

Э.А. НУГМАНОВА*заместитель директора Института
законодательства Республики Казахстан,
кандидат юридических наук***ВОПРОСЫ САНКЦИОНИРОВАНИЯ АРЕСТА В АСПЕКТЕ
КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРЕОБРАЗОВАНИЙ**

С момента обретения независимости Казахстан, провозгласив демократические принципы общественного развития, проводит последовательную политику, направленную на соблюдение и защиту прав и свобод граждан в соответствии с международными стандартами.

Одним из фундаментальных прав, возникающих в силу естественной природы самого человека, является абсолютное и неотъемлемое право личной свободы. Каждый имеет право на личную свободу, что означает право человека полностью располагать собой, не подвергаться произвольным задержаниям. Реализация данного права является критерием развития демократии в обществе.

Обеспечение права личной свободы гарантируется таким основополагающим документом в области международных стандартов прав человека, как Международный Билль о правах человека. Важным шагом в дальнейшей демократизации общества и реализации международной нормы о судебном санкционировании ареста явилась ратификация Казахстаном одного из его составляющих документов, имеющих юрисдикционное значение, Международного Пакта о гражданских и политических правах.

В связи с чем, согласно пункту 5 статьи 1 Закона РК «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» от 21 мая 2007 года внесены изменения в пункт 2 статьи 16 Конституции: «Арест и содержание под стражей допускаются только в предусмотренных законом случаях и лишь с санкции суда с предоставлением арестованному права обжалования. Без санкции суда лицо может быть подвергнуто задержанию на срок не более семидесяти двух часов».

Данные изменения предусматривают одну из важнейших гарантий судебной защиты – возложение на суд решения вопросов об аресте и содержания под стражей. Данная конституционная норма соответствует пункту 4 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, принадле-

жит право на разбирательство его дела в суде, чтобы суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно¹. Именно суд должен проверить законность задержания.

Признание суда в качестве субъекта, уполномоченного санкционировать арест, определяется и документами ОБСЕ, руководство которыми имеет свою актуальность в рамках заявленной Казахстаном инициативы председательствования в ОБСЕ в 2009 году. Копенгагенский документ ОБСЕ от 29 июня 1990 года устанавливает: «каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо имеет право, с тем чтобы можно было вынести решение относительно законности его ареста или задержания, быть в срочном порядке доставленным к судье или другому должностному лицу, уполномоченному законом осуществлять такую функцию».

К тому же справочные документы ОБСЕ, посвященные проблемам предварительного заключения в регионе ОБСЕ, прямо предписывают государствам требование о том, что принятие решения о предварительном заключении должно осуществляться таким органом власти, который удовлетворяет требованиям международных стандартов в области независимости и непредвзятости. Этим требованиям, говорится в них, отвечает только суд.

Предоставление же права суду принимать решение об аресте коренным образом меняет саму процедуру санкционирования ареста. Это предполагает обязательное участие лица, которое должно предстать перед судом, прежде чем суд вынесет решение об аресте. Лицу предоставляется возможность дать свои объяснения суду, ответить на вопросы суда. Европейский суд по правам человека отметил, что судья или иное лицо, уполномоченное законом осуществлять судебные функции, должно действительно выслушать задержанное лицо. В судебном заседании обязательно участие прокурора и защитника обвиняемого (подозреваемого).

¹ Права человека: Сборник международных договоров. Нью-Йорк, Женева, 1989. С. 26

Суд должен разъяснять права лицам, участвующим в ходе решения вопроса об аресте, что наделает суды новыми обязанностями и также должно способствовать соблюдению международно-правовых положений, согласно которым любой арестованный (задержанный) должен быть срочно информирован на понимаемом языке о его правах, причине ареста и любых обвинениях, выдвигаемых против него. Данное требование предусмотрено в пункте 2 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах¹.

Согласно пункту 3 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, согласно которому «каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье или другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение».²

В конституциях ряда стран Европейского Союза предусмотрены определенные права и обязанности суда, связанные с арестом и содержанием под стражей, что выступает важной гарантией обеспечения прав и свобод личности.

Так, согласно статьи 12 Конституции Бельгии кроме случаев задержания с поличным на месте преступления, никто не может быть арестован иначе как в силу мотивированного постановления судьи, предъявленного в момент ареста или не позднее двадцати четырех часов³. В соответствии с пунктом 2 статьи 104 Основного закона Федеративной Республики Германии только судья решает вопрос о допустимости и продолжении содержания под арестом. При всяком содержании под арестом, не основывающемся на распоряжении судьи, безотлагательно должно быть получено его решение. Полиция на основе собственных полномочий никого не может содержать под стражей дольше, чем до конца дня, следующего за задержанием⁴. Согласно пункту 1 статьи 6 Конституции Греции никто не может быть подвергнут аресту либо тюремному заключению без обоснованного судебного ордера, который должен вручаться в момент или задержания. Исключение составляет арест на месте преступления⁵. В соответствии статьи 71 (3) Конституции Королев-

ства Дании «любое лицо, взятое под стражу, должно предстать перед судьей в течение двадцати четырех часов. Если лицо, взятое под стражу, не может быть незамедлительно освобождено, судья должен дать мотивированное заключение в судебном приказе, который должен быть принят как можно быстрее, но не позже трех дней, о том, что лицо подвергается тюремному заключению либо освобождается от тюремного заключения под залог на условиях и в размере, установленных в судебном приказе»⁶. Как видно, сроки задержания в разных государствах различны. В Республике Казахстан они составляют не более семидесяти двух часов.

Важной гарантией восстановления нарушенных прав и свобод граждан является норма пункта 5 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, которая гарантирует жертвам незаконного ареста или содержания под стражей права на компенсацию, с учетом истоквой давности⁷.

Принятие и реализация данной конституционной нормы должны способствовать расширению гарантий прав и свобод человека, усилению ответственности судебных органов за законность и обоснованность принимаемых им решений.

Арест, как мера пресечения, может быть применен только по решению суда.

Материалы, подтверждающие необходимость санкционирования ареста как меры пресечения, должны быть рассмотрены судом в течение шести часов с момента поступления в суд. Постановление об избрании меры пресечения в виде ареста рассматривается судьей единолично по месту производства предварительного расследования либо по месту задержания подозреваемого в закрытом судебном заседании с обязательным участием прокурора, подозреваемого, обвиняемого и защитника. В судебном заседании вправе также участвовать законный представитель несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, следователь, дознаватель, неявка которых без уважительных причин, своевременно и надлежащим образом извещенных судом о времени судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения постановления.

¹ Права человека: Сборник международных договоров. Нью-Йорк, Женева, 1989. С. 26

² Там же

³ Конституции государств Европейского Союза. М., 1997. С. 110.

⁴ Там же

⁵ Там же

⁶ Там же

⁷ Права человека: Сборник международных договоров. Нью-Йорк, Женева, 1989. С. 26

В начале заседания судья делает объявление о том, какое ходатайство подлежит рассмотрению, после чего разъясняет явившимся в судебное заседание лицам их права и обязанности. Далее, прокурор приводит обоснования необходимости применения к обвиняемому (подозреваемому) меры пресечения в виде ареста, после чего заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица. По окончании рассмотрения постановления об избрании меры пресечения в виде ареста обвиняемого (подозреваемого) судья должен вынести одно из следующих постановлений:

1) о санкционировании ареста подозреваемого, обвиняемого;

2) об отказе в даче санкции на арест подозреваемого, обвиняемого и отмене либо изменении избранной следователем, органом дознания меры пресечения на менее строгую.

Повторное обращение в суд с ходатайством о применении меры пресечения в виде ареста в отношении одного и того же лица по тому же уголовному делу после вынесения судьей постановления об отказе в применении этой меры пресечения невозможно, за исключением случаев, когда возникли новые обстоятельства, обосновывающие необходимость ареста данного лица.

Подозреваемый, обвиняемый, их защитник, законный представитель, потерпевший, его законный представитель, представитель вправе обжаловать, а прокурор опротестовать постановление суда о санкционировании меры пресечения в виде ареста и продление срока ареста, об отказе даче санкции на арест или отказе в продлении срока ареста, в течение трех суток с момента его оглашения в областной или приравненный к нему суд через суд, судья которого вынес постановление, причем подача жалобы или принесение протеста не приостанавливает исполнение постановления суда о санкционировании меры пресечения в виде ареста и не влечет освобождение лица из-под стражи, если это не найдет нужным сделать орган дознания, следователь или прокурор.

По истечении срока для обжалования дело с жалобой протестом незамедлительно направляется в апелляционную инстанцию областного и приравненного к нему суда с извещением об этом подозреваемого, обвиняемого, защитника, законного представителя, потерпевшего и прокурора.

В срок не позднее трех суток с момента поступления уголовного дела в областной или приравненный к нему суд, состав из не менее, чем трех судей проверяют законность и обоснованность решения суда о применении к подозревае-

мому, обвиняемому меры пресечения в виде ареста или продление срока ареста.

В заседании по рассмотрению апелляционной жалобы обязательно участвует прокурор и защитник подозреваемого, обвиняемого. Кроме этого, в заседании могут участвовать законный представитель подозреваемого, обвиняемого, потерпевший, его законный представитель и представитель, следователь, дознаватель. Неявка вышеуказанных лиц без уважительных причин при условии их своевременного извещения о дне рассмотрения жалобы, не препятствует ее судебному рассмотрению. В случае необходимости судьей обеспечивается участие в заседании подозреваемого, обвиняемого.

После рассмотрения материалов дела и выступления сторон, судом выносится одно из нижеприведенных мотивированных решений:

1) об оставлении постановления судьи районного (городского) или приравненного к нему суда в силе;

2) об отмене постановления судьи районного (городского) или приравненного к нему суда с отменой либо изменением избранной им меры пресечения на менее строгую;

3) об отмене постановления районного (городского) или приравненного к нему суда и продлении срока ареста обвиняемого;

4) об отмене постановления районного (городского) или приравненного к нему суда и отказе в продлении срока ареста обвиняемого.

Постановление судьи областного или приравненного к нему суда является окончательным, обжалованию и опротестованию не подлежит.

В настоящее время судебная система нашего государства повсеместно переходит на автоматическое распределение дел, что позволяет рационально распределить материалы, подлежащие рассмотрению, между судьями, уменьшая тем самым их нагрузку. Кроме того, в некоторых районных судах штатная численность судей довольно мала. Таким образом, при рассмотрении районными (городскими) и приравненными к ним судами, дел о даче санкций на арест, существует вероятность того, что один и тот же судья будет принимать решение о санкционировании ареста и рассматривать это же уголовное дело.

Более логичным видится наделение данными полномочиями судей специализированных административных судов, а в местах, где подобные специализированные суды отсутствуют, дача санкции на арест может осуществляться специализированными составами судей.

При передаче санкционирования ареста специализированному административному суду, можно уверенно говорить о том, что судья, избравший меру пресечения в виде ареста, не будет рассматривать по существу данное уголовное дело, в силу того, что специализированные суды не находятся во взаимозависимости с районными судами, а следовательно, не будет даже косвенно заинтересован в исходе дела. И такой подход достаточно рационален.

Новый порядок рассмотрения дел о даче

санкции на арест предусматривает открытое судебное заседание, в котором будет присутствовать следователь, ходатайствующий о санкции, адвокат и подозреваемый, обвиняемый, при чем каждый из них будет приводить свои доводы. Суд, учитывая мнения лиц, участвующих в судебном заседании, должен будет принять решение: санкционировать арест либо нет. Но для того чтобы санкция на арест являлась обоснованной, необходимо, чтобы ее давал специализированный административный суд.

* * * * *

Автордың статьясында қамауға алуға рұқсат беруді тек сотқа беруге қатысты конституциялық новеллаларды жүзеге асыру тетіктері атап көрсетілді.

The mechanisms of realization of the constitutional novels conceding delegation of arrest sanctioning only by the court.

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Иоффе О.С.

Гражданское законодательство Республики Казахстан. Размышления о праве. Научное издание. — Астана: Институт законодательства Республики Казахстан, 2002 г. - 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.

А.С. СМАН*ведущий научный сотрудник
Института законодательства РК
кандидат юридических наук, доцент*

ЭКСКУРС В ИСТОРИЮ: СОВЕТСКАЯ ПРАВОВАЯ НАУКА О ПРИНЦИПАХ ПРАВОВОГО ПОЛОЖЕНИЯ ЛИЧНОСТИ

Принципы – это идеи, выработанные в ходе общественного развития и положенные в основу формирования и реализации конституционного статуса¹.

Под принципами правового статуса личности следует понимать лежащие в основе правового статуса и выражающие его сущность руководящие начала, основополагающие идеи, исходя из которых осуществляется использование прав и свобод личности, выполнение им обязанностей². Сущность принципов правового статуса личности состоит в том, что они отражают коренные отношения между личностью и государством. В определении правового статуса человека и гражданина существенное значение имеет не только закрепленный за ними фактический объем прав и свобод, но и те основополагающие начала, на основе которых осуществляется их реализация. Уровень и мера реализации прав и свобод человека в решающей степени зависят от сущности и характера этих начал, характеризующихся как принципы правового статуса личности. Исходя из содержания принципов, как руководящих начал правового статуса, в стране могут ограничиваться обладание и пользование правами и свободами или, наоборот, обеспечиваться все необходимые условия для их реализации. Принципы правового статуса личности имеют универсальное значение, так как определяют основные черты правового положения всех членов общества, распространяются на все без исключения права, свободы и обязанности, независимо от того, какой отраслью действующего права они закреплены.

В Конституции Республики Казахстан все всестороннее закрепление нашли основные принципы правового статуса личности, непосредственно связанные с фундаментальными началами утверждаемой в республике Концепции прав человека.

Академик НАН РК, видный казахстанский ученый С.С.Сартаев отмечает, что «конституционному статусу личности в Основном законе РК посвящается отдельный раздел 2, где провозглашается, что высшей ценностью в Республике Казахстан является человек, его жизнь, права и свободы (пункт 1 статья 1), права и свободы человека являются абсолютными, неотчуждаемыми и прирожденными (пункт 2 статья 12), права и свободы человека определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов (пункт 2 статья 12). Этим подтверждается обязательство нашей Республики соблюдать международные стандарты в сфере прав и свобод человека»³.

Развивая эту мысль, можно заметить, что этой точки зрения придерживаются ученые-конституционалисты А.Т.Ащевулов, К.К.Айтхожин и они особо подчеркивают роль конституционного права. По их мнению «... первостепенная роль международного права в сфере обеспечения прав и свобод человека ставит особые задачи перед конституционным правом Республики Казахстан, как ведущей отраслью действующего права, призванной, прежде всего, обеспечить гарантии свободы личности в государстве, воплощении в реальную жизнь конституционного принципа: «Человек, его жизнь, права и свободы – высшая ценность государства»⁴.

В этом отношении показателен опыт Советского Союза по соблюдению принципов правового статуса личности. В связи с этим предлагается рассмотреть принципы правового статуса личности социалистической системы права.

Правовой статус личности при социализме формировался под воздействием основополагающих идей, принципов, выражающих социалистический идеал. К числу основных принципов

¹ Сагиндыкова А.Н. Конституционное право Республики Казахстан. Алматы. 1999. С. 134.

² Конституционное право Республики Казахстан. Учебник. /Сост. д.ю.н., проф. А.Т.Ащевулов. Алматы. 2001. С. 231.

³ Сартаев С.С., Назаркулова Л.Т. Становление Конституции Республики Казахстан: проблемы и перспективы. Алматы. 2002. С. 151.

⁴ См.: Ащевулов А.Т. Айтхожин К.К. Конституция Республики Казахстан и международные стандарты в области прав человека. //Вестник КазГУ. Серия юридическая. № 1 (18). С.32.

правового статуса относился: полнота прав и свобод; равенство прав и обязанностей; сочетание общественных и личных интересов (и основанное на нем единство прав и обязанностей граждан); реальность, гарантированность прав и обязанностей; динамизм правового статуса; максимальное уравнивание прав и обязанностей иностранных граждан и лиц без гражданства с советскими гражданами¹.

Принцип полноты прав и свобод личности означал то, что в социалистическом обществе гарантировались государством права и свободы во всех областях жизнедеятельности человека: социально-экономической, духовной, политической и в сфере личной свободы. Социализм в силу своей сущности и природы обеспечивал социально-экономические и культурные права и свободы в их неразрывном единстве с политическими и личными правами и свободами. Принцип полноты прав и свободы означал также, что социалистическое государство закрепляло те права и свободы, которые с социальной точки зрения могут быть реализованы, соответствовали достигнутому уровню развития социалистического общества, отвечали социалистическим и коммунистическим идеалам, положениям международно-правовых документов о правах человека.

Марксизм-ленинизм связывал требование равенства в первую очередь с уничтожением частной собственности, ликвидацией эксплуататорских классов, в конечном счете и классов вообще. Всякое требование равенства, идущее дальше этого, неизбежно приводило к нелепости. «...Когда социалисты говорят о равенстве, - подчеркивал В.И. Ленин, - они понимают под ним всегда общественное равенство, равенство общественного положения, а никоим образом не равенство физических и душевных способностей отдельных личностей»².

Видами общественного равенства служили юридическое, социальное, фактическое равенство. Юридическое равенство есть не что иное, как равенство общественного положения людей по закону. Оно означало отсутствие каких-либо ограничений прав и свобод граждан либо привилегий по признаку происхождения, социального и имущественного положения, расовой и национальной принадлежности, пола, образования, языка, отношения к религии, рода и характера занятий, места

жительства и других обстоятельств. Законодательно закрепленный принцип равенства есть равенство граждан перед законом, и включало в себя равенство прав и свобод, то есть равноправие граждан, равенство обязанностей для всех граждан, равные основания их юридической ответственности, равенство перед судом и т.п.

Подлинное равенство граждан перед законом, в том числе равенство в правах и свободах (равноправие), по мнению Н.В. Витрука, основывалось на достигнутом в социалистическом обществе социальном равенстве, то есть одинаковом отношении всех к средствам производства. А это означало, что «все граждане имеют одинаковый доступ к работе на всех общественных средствах производства, на общественной земле, на общественных фабриках и так далее»³, равное освобождение от эксплуатации, равную возможность трудиться по принципу: «от каждого – по способностям, каждому – по труду». Благодаря этому конституционный принцип равенства граждан СССР перед законом обеспечивал реальное (а не только формальное, юридическое) устранение препятствий для свободного развития личности⁴. Конституция СССР 1977 года предусматривала, что граждане СССР равны перед Законом независимо от происхождения, социального и имущественного положения, расовой и национальной принадлежности, пола, образования, языка, отношения к религии, рода и характера занятий, места жительства и других обстоятельств (статья 34).

Однако социализм не смог обеспечить полного фактического равенства людей, то есть полного равенства общественного положения. Новая общественная система не смогла внести сразу распределение по потребностям, чтобы сделать всех равными в смысле личного материального достатка и обеспеченности. Для этого при социализме нет необходимых социально-экономических предпосылок. К. Маркс писал, что при распределении и условиях социализма «равенство состоит в том, что измерение производится равной мерой – трудом»⁵. Основным критерием общественного положения каждого и способом реализации равенства социализм сделал труд человека, закрепив этот принцип в конституции. Фактическое неравенство людей в социалистическом обществе было обусловлено существованием различных классов, базирующихся на разных фор-

¹ Витрук Н.В. Правовой статус личности в СССР. М., 1985. С. 23

² Ленин В.И. ПСС. Т.24. С.364

³ Там же

⁴ Витрук Н.В. Правовой статус личности в СССР. М., 1985. С. 25

⁵ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 19. С. 19

мах общественной собственности, наличием различных социальных групп, разницей в условиях труда и быта в городе и деревне, различием между умственным и физическим трудом и т.п.

Как отмечали идеологи коммунизма, лишь на высшей фазе коммунизма будет достигнуто фактическое равенство всех людей, потому что не останется никаких существенных различий в объективных условиях развития и проявления их способностей, осуществления их жизненных планов, стремлений и надежд.

Равенство граждан перед законом в социалистическом обществе означало не только равноправие граждан, но и равенство их обязанностей. Это было продиктовано новыми отношениями, принципом единства и сочетания общественных и личных интересов. Смысл установления принципа равенства обязанностей граждан заключался в недопустимости освобождения какого-либо гражданина от выполнения предусмотренных законами требований, если имелись фактические и юридические основания для признания данного гражданина субъектом тех или иных обязанностей¹.

Социалистическая система предусматривала, что социалистическое общество, вся его политическая система функционировала на прочном фундаменте, во-первых, единства общественных, государственных, коллективных, групповых, региональных, личных и иных специфических интересов, их совпадения в основном и главном, во-вторых, на основе доминирующего положения общественных, государственных интересов.

Принцип сочетания общественных и личных интересов в правовом статусе личности находил свою реализацию в нескольких направлениях: во-первых, в самом содержании прав, свобод и обязанностей, определяемых социалистическим государством, во-вторых, в единстве и сочетании прав и обязанностей, в-третьих, в реализации прав и обязанностей. Указанные формы юридического выражения принципа сочетания общественных и личных интересов в правах, свободах и обязанностях граждан были закреплены на конституционном уровне.

Возможность сочетания общественных и личных интересов была обусловлена ликвидацией при социализме социально-классовых и иных антагонизмов. Но социализм не ликвидировал неантагонистические противоречия.

Но опыт показывал, что нахождение оптимального сочетания интересов и прав каждого человека с интересами и правами коллектива, общества, государства – дело весьма непростое.

Было предусмотрено, что в социалистическом обществе выявление и сочетание общественных, коллективных, групповых и личных интересов, разрешение неантагонистических противоречий представляло собой сознательную, активную, творческую деятельность, осуществляемую рабочим классом, всем народом, его политической партией, социалистическим государством, другими звеньями политической системы общества.

В юридически закреплённых правах, свободах и обязанностях граждан воплощались общие интересы социальных групп, коллективов, трудящихся классов, всего народа (в условиях развитого социализма), то есть общенародные, государственные интересы, которые выражали одновременно совпадающие или сочетающиеся с ними личные интересы индивидов как представителей этих классов, всего народа. Таким образом, юридически закреплённые права, свободы, обязанности личности своим содержанием выражали и воплощали единство и сочетание общественных и личных интересов.

В содержании конкретных видов прав, свобод и обязанностей граждан находило выражение различная степень сочетания общественных и личных интересов на основе примата общественных интересов.

В социалистическом обществе в подавляющем большинстве политических, социально-экономических и культурных прав и свобод граждан находил наиболее полное и стабильное выражение приоритет интересов общества, народа. В то же время в зависимости от закономерностей и факторов общественного развития, от имеющихся в обществе материальных, финансовых, трудовых и иных ресурсов, уровня общественного сознания степень сочетания общественных, личных и иных интересов могла быть подвижной применительно к конкретным правам и свободам граждан. Так, конституционное право на труд – величайшее завоевание социализма – на основании ст.40 Конституции СССР включало в себя право на выбор профессии, рода занятий и работы в соответствии не только с призваниями, способностями, профессиональной подготовкой, образованием, но и с учетом общественных потребностей. Общественные потребности и интересы при социализме направлялись на выработку коллективистского сознания и поведения у каждого советского человека, гражданина.

При определении содержания прав и свобод граждан СССР учитывались не только общена-

¹ Витрук Н.В. Правовой статус личности в СССР. М., 1985. С. 32

родные, государственные и личные интересы, но и иные виды коллективных интересов – интересы трудовых коллективов, отраслей народного хозяйства, интересы общественных организаций и другие. К примеру, конкретизируя конституционное право на жилище советских граждан, Основы жилищного законодательства Союза ССР и союзных республик, жилищные кодексы союзных республик в целях создания устойчивых трудовых коллективов, закрепления кадров в важнейших отраслях народного хозяйства, повышения трудовой дисциплины устанавливали правила, которые были ориентированы на особую защиту интересов отдельных предприятий, организаций и учреждений, ряда отраслевых министерств и ведомств.

В ряде случаев законодательство, определяя содержание и порядок реализации прав, устанавливало приоритет общественных интересов, который означал по существу подчинение им личных интересов граждан. К примеру, согласно статьи 112 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, в тех случаях, когда изобретение имеет особо важное значение для государства, но с патентообладателем не достигнуто соглашение об уступке патента, последний может быть выкуплен принудительно.

Единство и сочетание общественных и личных интересов может быть рассмотрено в плане соотношения прав и обязанностей, во-первых, социальных общностей, их учреждений и личности, в частности, государства и личности, во-вторых, личности и других (кроме государства) субъектов права, в-третьих, с позиций самой личности.

В аспекте взаимоотношений государства и личности сочетание прав и обязанностей означало тот факт, что личность не только несет обязанности перед государством, но и имеет права по отношению к государству, равно как и государство имеет не только права по отношению к гражданину, но и несет перед ним обязанности¹.

Второй вид сочетания прав и обязанностей в плане взаимоотношений личности и других (кроме государства) субъектов права означало, что правам лица соответствовали обязанности других субъектов права, равно как обязанности личности соответствовали права других субъектов права. Реальность прав и обязанностей членов социалистического общества была обусловлена единством их осуществления. Без сочетания прав и обязанностей граждан невозможно было рассчитывать на эффективное использование и выполнение тех и других.

Сочетание прав и обязанностей с позиций самой личности означало не только возможность пользования личностью правами и свободами, но и необходимость выполнения ею возложенных на нее обязанностей. Здесь важна самодисциплина личности, ее гражданская ответственность.

Одним из принципов социалистического правового статуса личности являлась их реальность и гарантированность. По мнению советских ученых, правовой статус личности при социализме качественно отличался по своему содержанию и гарантированности. При господстве частной собственности, классовых и иных антагонизмов многие социально-экономические, культурные, политические и личные права и свободы, даже если они записаны в конституциях, других законах, оставались для трудящихся в значительной мере лишь формальными, пустыми декларациями. Это объяснялось тем, что в своей основе они не выражали экономических, политических и иных условий существования и развития трудящихся классов, то есть не обеспечивались соответствующими экономическими, социальными, политическими и другими гарантиями.

В условиях социализма правовой статус личности обеспечивался социально-экономическим и политическим строем, материальными условиями и средствами.

* * * * *

Адамның құқы мен бостандықтарын іске асырудың деңгейі мен мәлішері негізгі дәрежеде тұлғаның құқықтық мәртебесі қағидаттарымен сипатталатын осы бастауларға байланысты. Тұлғаның құқықтық мәртебесі қағидаттары универсалды мәнге ие, өйткені олар қоғамның барлық мүшелерінің құқықтық жағдайының негізгі шекарасын анықтап, қолданыстағы құқықта бекітілген қандай салада болғанына қарамастан, құқықтар, бостандықтар және міндеттемелердің барлығына тарайды.

Level both measure of realization of the rights and freedom of the man in a decisive degree depend on essence and character of these beginnings characterized as principles of the legal status of the person. The principles of the legal status of the person have universal meaning(importance), as define(determine) the basic features of a legal rule(situation) of all members of a society(community), freedom and duties are distributed to all without exception of the right,, irrespective of the fact which by branch of the working right they are fixed.

¹ Эта проблема получила ранее разработку в трудах ученых-юристов В.А.Масленникова, Г.В.Мальцева, Л.С.Мамута, В.С.Нерсисянца, В.А.Патюлина, М.С.Строговича, В.А.Туманова, С.Сабитенова, Н.П.Фарберова, В.М.Чхиквадзе и др.

М.С.БАШИМОВ*директор экспертного института европейского права,
кандидат исторических наук*

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОПРОЕКТА ОБ ОМБУДСМЕНЕ КАЗАХСТАНА

Конституция Республики Казахстан установила ряд незыблемых принципов, обеспечивающих правовую основу государственности – разделение властей, прямое действие норм и принципов Конституции, презумпцию невиновности, права человека как высшую ценность, а также соответствующую этим принципам систему государственной власти.

Конституция Республики Казахстан определяет особое место человека, его прав и свобод в системе конституционных отношений, выдвигает защиту его прав в качестве принципа действующего в обществе и государстве. В соответствии со статьей 1 Конституции Республики Казахстан «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства». Развитие этого конституционного положения должно быть подкреплено наличием действенных механизмов реализации и защиты гарантий прав личности.

Каждому человеку должна быть обеспечена возможность, пользоваться всеми основными правами и свободами. Государство же, в свою очередь, обязано гарантировать реальное осуществление этих прав и свобод всеми доступными ему средствами. Гарантированность прав и свобод – это своеобразный внешний механизм ограничения власти. В этой связи необходимо создавать новые и совершенствовать уже существующие механизмы правового характера против злоупотребления властью. Защита прав и свобод гражданина неотделимы от всего комплекса их взаимоотношений с властными структурами и в полной мере возможно лишь в контексте принципов правового государства. Конституция Республики Казахстан устанавливает: «Государственная защита прав и свобод человека и гражданина в Республике Казахстан гарантируются. Каждый в праве защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом».

В Республике Казахстан идет строительство правового государства, являющегося практическим инструментом обеспечения и защиты свободы, чести и достоинства человека, средством борьбы с негативными тенденциями в работе

властных структур. Прежде всего, необходимо сосредоточить усилия на восстановлении уважения к праву, на утверждении принципов законности, соблюдении прав личности. Достижение радикальных изменений в политической сфере возможно лишь при наличии демократического типа личности, осознающей свои законные интересы и нуждающейся в твердых политико-правовых гарантиях их реализации. Все современные демократии опираются на свободный индивид с его неотчуждаемыми правами и свободами. Отношение государства, его структур к правам человека – яркий показатель существующего политического строя. И пока права человека не на бумаге, а на деле не станут приоритетными, не приобретут высшую ценность, не будут выступать ограничителем всевластия государства, общество не может быть охарактеризовано как демократическое, а государство как правовое. Между декларируемыми правами, даже подкрепленными соответствующими законами и их реальным осуществлением – дистанция, включающая не только уяснение задач, но и организацию их решения.

Сегодня в постсоветских обществах массовым стал правовой нигилизм, неуважение к закону, пренебрежительное отношение к своим обязанностям. Это явствует из докладов омбудсменов стран СНГ и Балтии.

Наряду с демократизацией общества, небывалый размах приобрел рост преступности. Уполномоченные по правам человека обращают внимание на нарушение гражданских (личных) прав граждан, особенно касающиеся физической и психической неприкосновенности личности. Большинство граждан в ожидании лучших времен предпочитают пережить, если их права кем-то нарушаются. Воспиталось поколение молодых людей, предпочитающих профессии юриста, профессии бандита. Формированию криминального сознания, страха перед уголовным миром, мафией, к сожалению, способствовали средства массовой информации. Уголовные слова «крыша», «стрелка», специфические термины «контрольный выстрел» стали атрибутами сознания. Телевидение заполонило фильмы о криминале, с приемами и методами, пытками, истязаниями там ис-

пользуемыми. Если посмотреть некоторые российские каналы телевидения, то они психологически негативно воздействуют на людей. В средствах массовой информации продолжается реклама алкогольных напитков, скрытая пропаганда жестокости и насилия¹. Все это сказывается на психическом здоровье человека. У граждан появляется неверие в торжество законности и справедливости, обреченность и безысходность в случае нарушения их прав. При такой ситуации любые разговоры о «правах человека» воспринимаются обостренно. Вот почему, на наш взгляд, необходимо привлечь широкое внимание к проблеме правового просвещения. Начиная с детского сада, далее в школе, в институте, на работе, на государственной службе и т.д. необходимо проводить доступные уроки о конституционных правах граждан и методах их защиты. К сожалению, некоторые родители воспитывают детей в духе «агрессивного» насилия, считая, что в жизни, особенно в «наше время», они должны быть таковыми, ничуть не задумываясь, что насилие в любом государстве преследуется в уголовном порядке.

Как свидетельствует специальный доклад российского омбудсмена за 1999 год, состояние психического здоровья населения характеризуется отрицательными показателями². Неблагоприятная социально-экономическая обстановка, социальная незащищенность, безработица и другие факторы также порождают психические заболевания.

Демократические страны, такие, как США, государства Европы, вообще не показывают в таком объеме фильмы, пропагандирующие жестокость и насилие. Задача СМИ – информировать общество обо всем, что представляет для него интерес, однако СМИ вместе с тем выполняют и идеологическую или политическую задачу. Эта задача проявляется в способности СМИ охранять социальные ценности государства и общества, формировать в обществе определенные нравственные и политико-правовые позиции. Неслучайно в теории права и государства высказано мнение о том, что СМИ являются как бы четвертой властью в государстве³. Однако в странах СНГ некоторые представители средств массовой информации не в должной мере понимали, что такое права человека. Им казалось, что раз есть удостоверение журналиста, то можно снимать и писать о чем угодно и что угодно. Но незнание

теории прав человека, правовая неосведомленность приводили к тому, что они сами нарушали права человека. Перешедшее в наследство нетерпимость других мнений, следование принципу «если не с нами, то против нас», к сожалению, приводили к тому, что СМИ порой не хотели следовать законам, когда им это было не выгодно и старались дискредитировать своих оппонентов. На наш взгляд, журналистам, как и сотрудникам полиции, всем гражданам, в первую очередь, необходимо знать, что права человека 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. Такая норма есть в Конституции Республики Казахстан. И если в Гражданском кодексе есть норма, то ей и надо следовать.

Отвергая идею господства права, правовой нигилизм отрицает и саму возможность существования правового государства. Необходимо разработать проект Национальной программы правового просвещения и образования по вопросам прав и свобод человека, форм и методов их защиты. В Национальной программе должны быть сформулированы основные подходы по организации деятельности органов власти, гражданского общества в области правового просвещения по вопросам прав и свобод человека. Программа должна ставить целью выдвижение задач сохранения и расширения просветительских возможностей казахстанского образовательного комплекса, реализации в полной мере его потенциала и концентрации государственных ресурсов на интенсивном формировании организационно-методологической базы, способной перевести правовое просвещение к реализации государственной стратегии перспективного развития.

Основными принципами государственной политики в области правового просвещения по вопросам прав и свобод должны явиться всесторонняя государственная поддержка создания национальной системы правового просвещения и образования, интеграция академического, вузовского, общеобразовательного секторов образования; развитие научных исследований и разработок в этой сфере, совершенствование международного сотрудничества.

Усиление гарантирующей роли государства в области прав и свобод человека предполагает

¹ Доклад о деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации в 1999 году. – М., 2000. С. 238.

² Там же. С. 237.

³ Конституционное право стран СНГ. – М., 1999. С. 104

создание на основе государственной системы - правового прогнозирования, развитие программно-целевых методов реализации приоритетных направлений правового просвещения и образования граждан, прежде всего, в рамках республиканских целевых программ.

В более широком понимании проблемы может быть предложено принятие Концепции обеспечения и защиты прав и основных свобод в контексте Программы 2030.

В Концепции могут быть сформулированы важнейшие направления и принципы государственной политики по обеспечению гарантий защиты прав и свобод граждан, их соблюдения и уважения государственными и местными органами. Концепция может явиться основой для разработки конкретных программ и организационных документов в области обеспечения и защиты прав и свобод человека, форм и методов их защиты.

Конституционные нормы закрепляют также обязанность государства и его органов по охране прав личности. В то же время такое государственное участие не исключает самостоятельных активных действий индивида, что позволяет значительно расширить его возможности по отстаиванию своих интересов.

Важная роль в этом плане принадлежит закрепленному в Конституции праву граждан на подачу обращений. Используя это право, гражданин имеет возможность обратиться к широкому кругу органов всех ветвей власти. Однако несмотря на существование в нашей стране разнообразных способов охраны прав индивида, юридическая незащищенность личности перед различными чиновниками и государством вообще – факт очевидный. Права граждан, широко декларированные конституцией, не ограждают в должной степени от административного произвола и несправедливости. Это происходит несмотря на то, что имеются соответствующие правовые рычаги, чтобы противостоять бюрократической машине, которая по закону или на основании огромного числа подзаконных актов наделена очень большими полномочиями. Практика показала, что за короткий срок с момента принятия Конституции 1995 года просто невозможно создать стройную правовую систему, обеспеченную с одной стороны, качественными и не противоречащими друг другу нормативными актами, а с другой - эффективными правоохранительными институтами. Происходящие в настоящее время в стране перемены, связанные с активизацией демократических процессов, укрепления законности и правопорядка, усилением правового

положения личности, настоятельно требуют разрушить такую систему отношений между аппаратом и гражданином, при которой последний выступает в роли просителя, даже тогда, когда речь идет об удовлетворении его бесспорных прав и законных интересов. Для достижения этих целей необходимо модернизировать уже имеющиеся и внедрение новых правовых механизмов защиты прав личности.

В этой связи возникает потребность в создании новых механизмов на базе современного законодательства, а также в усовершенствовании уже действующих и оправдавших себя на практике способов, позволяющих человеку незамедлительно и эффективно защищать свои права и интересы, нарушенные различными властными структурами.

Совершенствование процедур и механизмов защиты прав и свобод индивида – важнейшая задача любого демократического государства. Размытость, противоречивость, а иногда и отсутствие юридических норм, обеспечивающих защиту прав граждан, свидетельствуют о том, что еще долгий путь к построению правового и демократического государства. Норма Конституции Республики Казахстан, как раз и указывает, что государство утверждает себя демократическим и правовым, то есть стремится быть таковою. Современное социально-экономическое положение страны, как и всех постсоветских государств, является препятствием на пути полномасштабного формирования демократических институтов. В то же время защита и обеспечение прав человека – это ключевой фактор эффективного решения задач переходного периода, создания гарантий демократического развития. Поэтому особый интерес представляет институт омбудсмана, успешно функционирующий во многих странах мира. Постсоветские государства, приступив к демонтажу тоталитарной системы, стали учреждать должность уполномоченного по правам человека. Этот институт, завоевавший признание в мире, привлек внимание нашего государства.

Обращение к модели омбудсмана обусловлено у создавших этот институт государств, желанием усилить защиту прав граждан от нарушения со стороны государственных органов, ослабить у граждан чувство незащитности перед системой бюрократии. Этот институт стал занимать важное место среди механизмов защиты прав и законных интересов граждан от произвола органов государственного управления и злоупотребления властью со стороны чиновников.

Интерес к человеку, проблеме достоинства личности становится одним из основных проявлений демократизма современного общества. Свое стремление к демократическим преобразованиям с момента обретения независимости проявляет и Республика Казахстан. Шагом в этом направлении стало подписание в 1998 году Правительством Республики Казахстан Меморандума о взаимопонимании с Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ, согласно которому в Казахстане должен осуществляться проект оказания технической помощи для учреждения офиса омбудсмена. Основные принципы деятельности национальных институтов по правам человека установлены в октябре 1991 г. в Париже на международной конференции.

Деятельность Уполномоченного ни в коем случае не должна подменять деятельность правоохранительных органов и тем более отменять ее. Нельзя рассматривать омбудсмена как альтернативу суду или прокуратуре. Уполномоченный по правам человека, правовой институт, который должен действовать дополнительно к существующим несудебным правозащитным институтам. На сегодняшний день в Республике Казахстан к ним относятся: Генеральная прокуратура, Конституционный Совет Республики Казахстан, Комиссия по правам человека при Президенте Республики Казахстан, Министерство юстиции и иные министерства, неправительственные правозащитные организации. Необходимо избежать конфликтов в части юрисдикции данных органов и Уполномоченного по правам человека.

Опыт стран, учредивших институт омбудсмена показывает, что он может выполнять важные функции, отличные от реализуемых, в первую очередь, судами и прокуратурой. Суды связаны целым рядом формально-юридических требований и выносят решение по принципу: законно - незаконно. Они не гибки в получении информации и формировании решений. Они связаны строгими процедурами в том, как свидетельские показания могут быть представлены и взвешены. После установления фактов решение выносится только на основе положений законов. Граждане устают от многочисленных формальных процедур и траты времени. Требуются расходы на ведение судебных тяжб. Такой формализм и негибкость становятся ценой компетенции суда в принятии решений, имеющие обязательную силу.

Действия омбудсмена менее формальны, он руководствуется не только соображениями закон-

ности, но и своими представлениями о справедливости. Обжалование в вышестоящие административные инстанции не всегда приводят к положительному решению вопроса. Узковедомственные соображения мешают справедливому рассмотрению жалоб вышестоящими государственными органами или должностными лицами.

Над органами прокуратуры, рассматривающими жалобы в сфере управления, довлеет «государственный интерес», и уходит в сторону «интерес частный», то есть человека и гражданина.

В странах СНГ в соответствии с Конституциями право на ограничение свободы и личной неприкосновенности за прокуратурой сохранено. Прокуратура остается важным инструментом, гарантирующим защиту этих прав и осуществляющим надзор за соблюдением закона в стране. Омбудсмены в СНГ не располагают императивными правовыми средствами воздействия на соответствующие государственные органы, кроме некоторых стран. Конструирование модели омбудсмена не было схожим, например, с польской или финской моделями. В этих странах омбудсмены могут в случае грубого нарушения прав человека вносить протесты, участвовать в гражданском процессе на правах прокурора (ст.14 Закона Республики Польша о Представителе по правам граждан от 15 июля 1987 года).

Одним из вариантов размежевания сферы полномочий Уполномоченного по правам человека и органов прокуратуры может быть их параллельное функционирование с предоставлением гражданину права самому выбирать, к кому обращаться. В этом случае данные органы должны действовать рука об руку, помогая друг другу в целях защиты прав граждан. Кроме того, это дало бы возможность получать информацию, касающуюся деятельности государственной администрации, объективно оценивать ее работу и влиять на ее функционирование, а также получать информацию о состоянии прав человека в нашей стране, что повлекло бы за собой совершенствование действующей правовой системы¹.

Институт омбудсмена гибок, демократичен и доступен, безотлагателен, бесплатен, что очень важно. Омбудсмен не связан строгими правилами и обладает широкими полномочиями в отношении способов, используемых в процессе разбирательства. Он может расследовать дела, используя письменную корреспонденцию, телефонную информацию и другие способы. Подобная гибкость проявляется в принятии решения, обусловленного отсут-

¹ Защита прав граждан в сфере исполнительной власти.- М., 1997. С 207.

ствием требований обязательного проведения процесса интерпретации и применения законов. Омбудсмен руководствуется скорее соображениями справедливости. Цена этой гибкости и неофициальности такова, что омбудсмены имеют право давать лишь рекомендации.

Омбудсмен является независимой, беспристрастной третьей стороной, которая проводит расследования по жалобам на действия органов в пределах своей компетенции.

Комиссия по правам человека при Президенте Республики Казахстан не является в полной мере национальным учреждением по защите прав и свобод человека в стране. По механизму создания и функционирования Комиссия представляет собой консультативно-совещательный орган, оценивающий состояние с правами человека в стране, негативных или позитивных тенденциях в развитии прав человека и информировании Президента о своих выводах. С точки зрения практической защиты конституционных прав и свобод человека деятельность такого учреждения менее эффективна, чем деятельность института омбудсмана. Таким образом, имеется различие между Комиссией по правам человека при Президенте (консультативно-совещательного органа с аналитическими, совещательными функциями, обеспечивающего высшее должностное лицо государства необходимой информацией и рекомендациями в сфере осуществления политики развития и поощрения прав и свобод человека) и институтом Уполномоченного по правам человека (национального учреждения, создаваемого в соответствии с Конституцией или законом, осуществляющего практические функции по защите конституционных прав и свобод граждан от нарушений публичной власти).

Идея создания такого органа государственной власти не имеет сильных оппонентов среди политиков, государственных служащих, ученых. Необходимость его создания является велением самого времени. Перед казахстанской общественностью стоит проблема формирования в гражданском обществе и во властных структурах такого уровня политической и правовой культуры, при которой Уполномоченный по правам человека сможет решать поставленные перед ним задачи.

Необходимо тщательно и всесторонне продумать механизм его действия в условиях унитарного государства с собственной системой судебных и прокурорских органов. Необходимо, чтобы казахстанский институт Уполномоченного по правам человека, вобрав позитивный опыт стран мира,

учредивших такой институт, учел культурные традиции, менталитет, национальный характер, отношение к праву и юридическим учреждениям.

Несмотря на то, что институт имеет государственные атрибуты, по своей сути это элемент гражданского общества. Он позволяет государству иметь отчетливое представление об индивидуальных интересах общества в их взаимоотношениях с государственными структурами.

ПРООН и ОБСЕ провели в 1999-2000 годах несколько международных конференций и не раз отмечали, что закон, представляемый Парламенту, должен соответствовать международным стандартам, а созданный институт омбудсмана эффективно действовал и пользовался достаточным доверием международного сообщества. Кроме того, ОБСЕ постоянно напоминало, что все это необходимо для привлечения технической помощи в целях финансирования расходов по его созданию и развитию. ПРООН и ОБСЕ считали, что если требуется внесение изменений в Конституцию, то Конституция должна быть изменена с тем, чтобы она предусматривала создание такого института. Это обеспечило бы ей независимость и способствовало бы тому, чтобы Уполномоченный по правам человека занял должное место в качестве стража прав человека. Закон об омбудсмене более детально раскрывал бы положения, содержащиеся в Конституции. ПРООН и ОБСЕ считали, что международные организации расценили бы изменения, вносимые в Конституцию с целью предусмотреть институт омбудсмана, как прогрессивные и демонстрирующие приверженность Казахстана к «укреплению и защите прав и свобод его населения».

Если вносить изменения в Конституцию, то вставал вопрос, наделять ли омбудсмана правом законодательной инициативы? Некоторые национальные законы наделяют его таким правом. Но большая часть таких законов этого не закрепляет. В то же время, ОБСЕ признало целесообразность создания института омбудсмана без внесения и без того частых изменений в Конституцию.

В литературе употребляются два термина «омбудсмен» и «омбудсман», но в научной литературе - преимущественно «омбудсмен». Поскольку проект закона предусматривал создание института омбудсмана с одним национальным омбудсменом, ОБСЕ предложило изменить русскую и английскую версии написания должности, используя «Национальный Омбудсман» вместо «национальный омбудсман» (в английском «The National Ombudsman» вместо «a national ombudsman»).

В соответствии с распоряжением Руководителя Администрации Президента Республики Казахстан в январе 2000 г. была создана рабочая группа, подготовившая законопроект «О Национальном Омбудсмане (Уполномоченном по правам человека) в Республике Казахстан».

Исходя из действующего права в Казахстане, разработчики стремились к тому, чтобы институт был максимально приближен к международным стандартам, в частности, Парижским принципам.

Парижские принципы служили критерием оценки эффективности функционирования создаваемых национальных учреждений по правам человека в государствах. Они определяли, что институт омбудсмана должен быть создан в соответствии с Конституцией или специальным законом, быть независимым, с четко отраженной юрисдикцией и полномочиями, доступным, сотрудничающим с другими органами, с неправительственными правозащитными организациями, оперативным и подотчетным. Независимость определялась и через финансовую автономность. В законодательстве должны быть четко отражены источники и природа финансирования, отдельная строка в бюджете.

В мае 2000 года законопроект был передан в Правительство, точнее в Министерство юстиции, где получил название «Об Уполномоченном по правам человека». После согласований с другими органами государственной власти к концу 2001 года Министерство юстиции оставило в законопроекте большинство норм, взятых из проекта закона «О Национальном Омбудсмане (Уполномоченном по правам человека) в Республике Казахстан», но часть принципиальных и важных норм не нашло в нем места.

В 2001 году в Парламенте Республики Казахстан прошли международные конференции, на которых выступил спикер Мажилиса Ж. Туякбай, подчеркнувший необходимость создания данного института.

В апреле 2002 года проект закона «Об Уполномоченном по правам человека» должен был внесен Правительством в Парламент. Но не был внесен. А институт омбудсмана введен Указом Президента РК. Законопроект определял статус, полномочия и основы организации правозащитной деятельности Уполномоченного по правам человека по защите прав и свобод человека и гражданина.

В соответствии с п.1 статьи 1 правительственного законопроекта: «Уполномоченный по правам человека - должностное лицо, осуществляющее контроль за соблюдением прав и свобод челове-

ка и гражданина, наделенное полномочиями проводить проверки по обращениям граждан и по собственной инициативе решений и действий (бездействия) государственных органов, иных организаций и их должностных лиц, а также принимать меры по восстановлению нарушенных прав и свобод человека и гражданина». В проекте закона рабочей группой, созданной руководителем Администрации Президента, предлагалась чуть иная формулировка: «Национальный Омбудсман – **независимое** должностное лицо, избранное (назначенное) для контроля за соблюдением прав и свобод человека и наделенное полномочиями проводить проверки по обращениям граждан на решения и действия государственных и **местных исполнительных органов**, должностных лиц **и государственных служащих**, а также принимать меры по восстановлению нарушенных прав и свобод человека». Казахстанское международное бюро по правам человека посчитало, что омбудсмен должен обеспечивать защиту прав человека и гражданина только во взаимоотношениях с государством, государственными органами и должностными лицами. Расширение этой компетенции путем наделения омбудсмана правом проверки «решений и действий иных организаций и их должностных лиц» представлялось, на их взгляд, излишним. Но в мире законодатели по разному подходили к этому вопросу. К примеру, законодатель Грузии в целях соблюдения прав и свобод человека наделил полномочиями Народного защитника осуществлять надзор и за деятельностью юридических лиц, оценивать принятые ими решения. Законодатель посчитал, что юридические лица часто нарушают права человека. Также поступили народные избранники Молдовы. Парламентские адвокаты рассматривают жалобы и на учреждения, организации и предприятия независимо от формы собственности, общественные объединения, а также на должностных лиц всех уровней. В Великобритании к субъектам расследования относят юридические лица и некорпоративные организации, действующие от имени Британской короны или были образованы в силу прерогативы Ее Королевского Величества, парламентского закона, правительственного декрета, приказа, изданного на основании парламентского закона либо изданного любым другим путем министра. Но оговаривается, что к субъектам расследования не относятся юридические лица, которые ведут исключительно коммерческую деятельность. Омбудсмен Македонии рассматривает жалобы на действия орга-

низаций, осуществляющих публичные задачи. Уполномоченный Олий Мажилиса (Парламента) Узбекистана по правам человека наделен полномочиями проводить проверки по жалобам на действия и бездействия любых организаций и должностных лиц. На наш взгляд, казахстанскому законодателю следует определиться, относить ли к субъектам расследования юридические лица, если их действиями нарушаются права человека, с учетом мнения широких слоев общественности. Эксперты ОБСЕ предложили еще дополнить полномочия омбудсмана предоставлением рекомендаций и вынесением определенных вопросов на рассмотрение суда.

Правительственный вариант (п.3 статьи 1) определил, что в Казахстане могут быть только два омбудсмана: Уполномоченный и его заместитель, который также является должностным лицом. Во время отсутствия Уполномоченного осуществление его полномочий возлагается на заместителя. Полномочия заместителя определяются Уполномоченным. В соответствии со статьей 7 законопроекта, Уполномоченный назначается на должность и освобождается от должности Президентом Республики Казахстан после консультаций с Комитетами Палат Парламента. Перечень Комитетов Палат Парламента, с которыми проводятся консультации, определяется Президентом. При рассмотрении кандидатур на должность омбудсмана депутатами Парламента учитываются рекомендации государственных органов и общественных объединений. Процедура рассмотрения кандидата на должность омбудсмана осуществляется не менее чем за два месяца до момента истечения срока полномочий действующего Уполномоченного. Назначение должно быть произведено не позднее одного месяца с момента освобождения данной должности. При досрочном освобождении, рассмотрение кандидата на должность и его назначение производится не позднее двух месяцев, с момента освобождения данной должности. Срок полномочий омбудсмана и его заместителя 5 лет с момента их назначения. Одно и то же лицо не может быть назначено более двух раз подряд. Заместитель Уполномоченного назначается на должность и освобождается от должности Президентом Казахстана по представлению Уполномоченного.

Механизм формирования института омбудсмана является одним из самых важных вопросов. Парижские принципы подчеркивают, что независимость национальных независимых учреждений определяется через процедуру назначения и

отстранения от должности: порядка назначения, критерия назначения, длительности пребывания в должности, возможности повторного назначения, причины и процедуры отстранения от должности, привилегий и иммунитетов. Парижские принципы предлагают парламентский механизм избрания омбудсмана.

Конституция Республики Казахстан не содержит норм об Уполномоченном по правам человека. Перечень полномочий Палат Парламента в Конституции исчерпывающий. Анализируя статью 58 Конституции Республики Казахстан, можно констатировать, что перечень полномочий Председателей Палат Парламента не является исчерпывающим. Но в Регламенте Палат Парламента предлагалось закрепить такую норму, как назначение омбудсмана. Спорным остается вопрос насколько такой способ формирования института омбудсмана можно назвать парламентским.

Рабочей группой, созданной Руководителем Администрации Президента, было предложено два варианта с тем, чтобы сохранить «парламентский дух» института Уполномоченного по правам человека:

1) Национальный Омбудсман и его заместители (не менее 4) назначаются и освобождаются от должности Президентом Республики Казахстан после консультаций с Комитетами Парламента. Кандидатура Национального Омбудсмана и его заместителей обсуждаются с учетом мнений и рекомендаций депутатов Парламента, политических партий и общественных движений, государственных и неправительственных общественных организаций.

2) Национальный Омбудсман и его заместители избирались на должность и освобождались от должности на совместном заседании Палат Парламента большинством голосов от общего числа депутатов. Парламент на альтернативной основе должен избирать Национального Омбудсмана и его заместителей (не менее 4) сроком на 5 лет.

Для обеспечения широкой базы поддержки омбудсмана и его заместителей, ОБСЕ предложило установить, что они могут быть избраны и освобождены большинством в 2/3 голосов членов Парламента. Одна треть от общего количества депутатов может инициировать освобождение от должности омбудсмана.

При принятии первого варианта эксперты предложили включить положение о комитете, производящем отбор кандидатов. Для осуществления отбора кандидатов создывается комитет, в состав которого должны входить лица, не задействован-

ные в политике, такие, как Председатель Конституционного Совета, представители образовательных учреждений, представители неправительственных организаций. Другими словами, Президенту предлагалось назначить омбудсмена из 3 или 4 кандидатов. Таким же образом, имена 12-16 кандидатов должны быть представлены ему для назначения на должность заместителей омбудсмена. Президент после консультаций с комитетами Парламента назначает одного омбудсмена и 4 его заместителей. Процедура единоличного назначения омбудсмена безо всяких консультаций с Парламентом вообще не соответствует международным стандартам. Более того, личность омбудсмена должна вызывать доверие лиц, обращающихся к нему. Это может быть достигнуто только в том случае, если широкие круги общественности Казахстана будут вовлечены в процесс, а также, если процедура выдвижения кандидатов будет прозрачна и открыта. В связи с этим важно, чтобы консультации с Парламентом были открыты для ознакомления общественности, и Президент учитывал мнение Парламента.

Наличие одного омбудсмена и как минимум четырех его заместителей, избираемых в том же порядке, что и омбудсмен, является признанным способом обеспечения в рамках института плюрализма и многообразия, считало ОБСЕ.

Для обеспечения независимости омбудсмена, ОБСЕ полагало важным установить, чтобы омбудсмен назначался Парламентом. Казахстанское международное бюро по правам человека в направленных ими рекомендациях, как мнения одного из известных правозащитных организаций, отдало предпочтение избранию омбудсмена Парламентом. Второй вариант назначения считается соответствующим стандарту Парижских принципов. Первый - не в должной мере. В то же время ОБСЕ отметило, что неперенным условием использования первого варианта при создании института омбудсмена является оговорка, что данная мера является переходной стадией до внесения соответствующих изменений в статью 12 Конституции, утверждающих второй способ назначения омбудсмена, как конституционный. В мире существуют страны, в которых омбудсмен назначается Президентом. К примеру, к ним относится Ирландская Республика. В соответствии со статьей 2 Закона об Омбудсмене от 14 июля 1980 года, омбудсмен назначается Президентом Ирландской Республики путем резолюции, ре-

комендующей какое-либо лицо на эту должность и принимаемой обеими Палатами Парламента. Президент может отозвать омбудсмена по долгу службы, но лишь в случае доказанного неправильного поведения, неспособности к исполнению должности либо несостоятельности лишь только путем резолюции, призывающей отозвать данное лицо и принимаемой обеими Палатами Парламента¹. Комиссара по вопросам администрации Кипра назначает Президент по представлению Совета Министров и с предварительного согласия Палаты представителей. В ходе исполнения своей должности Комиссар не может быть уволен, ни отозван с занимаемой должности, за исключением случаев его отъезда по тем же причинам и в таком же порядке, что и судьи Верховного Суда.

Ряд казахстанских ученых считают, что назначение и освобождение Президентом страны благотворно отразится на эффективности отправления полномочий главным правозащитником страны и на авторитете принимаемых им решений, а также на состоятельности и имидже нового для казахстанской действительности правозащитного органа. В обоснование приводится пример, что назначение судей Главой государства, а не избираемость их как в прежние годы, на сегодняшний день значительно повысило не только авторитет судей и всей судебной системы, но и обеспечило независимость отправления правосудия².

Другие полагают, что «поскольку основными формами осуществления парламентаризма являются непосредственная и представительская демократия, то осуществление парламентским уполномоченным по правам человека своей компетенции следует считать реализацией идеи представительской демократии. Более того, институт омбудсмена служит усилению парламентского контроля за исполнительной властью, что на сегодняшний день особенно актуально в странах с непомерным ростом бюрократических структур»³.

В законопроекте четко определено, что Уполномоченный своей деятельностью дополняет существующие национальные средства защиты прав и свобод человека, которая не влечет ограничения или пересмотра компетенции других государственных органов, осуществляющих защиту прав человека в соответствии с Конституцией и законодательством Республики Казахстан.

Правительственный вариант устанавливал, что законодательство об Уполномоченном осно-

¹ Национальные омбудсмены. Свод правовых положений. - Варшава. 1999. С. 146.

² Национальные независимые институты по защите прав человека в Республике Казахстан. - А., 2000. С. 19.

³ Правовая реформа в Казахстане. № 4. 2000. с. 4.

выдается на Конституции Республики Казахстан, состоит из этого закона, иных нормативных правовых актов. Если международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан, устанавливались иные нормы, чем те, что предусматривались законом, то применялись нормы международных договоров.

В проекте закона «О Национальном Омбудсмене ...» была редакция, в которой предлагалось, чтобы омбудсмен в своей деятельности руководствовался не только Конституцией, этим законом и законодательством, но и международными договорами и соглашениями Республики Казахстан, а также, что важно, общепризнанными принципами и нормами международного права. Современное мировое сообщество строит свои взаимоотношения на основе общепризнанных норм и принципов международного права, таких, как суверенитет, нерушимость границ, неприменение силы или угрозы силой и т.п. Они предусмотрены Уставом ООН, Уставом Совета Европы, Хельсинкским Заключительным актом, документами ОБСЕ и другими документами.

В статье 4 Конституции Республики Казахстан установлено, 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». То есть, для реализации норм международного права в Казахстане необходимо ратифицировать международный договор и принять соответствующий закон, реализующий нормы этого договора. Это дуалистический подход, но для самодостаточных норм международного права предусматривается только их ратификация, что соответствует монистическому подходу и дает возможность суду и другим лицам непосредственно опираться на нормы международного права. Таким образом, в Казахстане комплексно сочетаются оба подхода по имплементации договорных норм международного права.

В статье 8 Конституции говорится, что «Республика Казахстан уважает принципы и нормы международного права». Слово «уважать» не значит, что у Казахстана возникают какие-либо юридические обязательства в отношении принципов и норм обычного международного права, непризнанных Республикой Казахстан. Нормы обычного права зачастую являются неписанными и основываются на судебном прецеденте.

Республика Казахстан вынуждена выполнять и императивные нормы международного права,

развивающиеся из международного обычного права.. Целесообразно, статью 4 Конституции Республики Казахстан дополнить нормой о том, чтобы суды могли опираться на нормы международного обычного права при защите прав и свобод человека. На наш взгляд, необходимо изменить статью 8 Конституции Республики Казахстан, заменив слова «уважает принципы и нормы международного права» на «признает и соблюдает принципы и нормы международного права». Защита прав человека осуществлялась бы тогда не только на основании ратифицированных договорных норм международного права, национальном законодательстве, но также, в соответствии с общепризнанными принципами и нормами обычного международного права защиты прав человека, что, несомненно, значительно бы повысило уровень защищенности прав человека в Республике Казахстан.

Правительственный вариант определил правовые гарантии деятельности Уполномоченного: независимость при осуществлении своей деятельности. Никто не вправе вмешиваться в деятельность Уполномоченного и возлагать на него функции, не предусмотренные настоящим Законом. Какое-либо вмешательство в деятельность или воздействие в какой бы то ни было форме на Уполномоченного с целью воспрепятствования осуществлению им своих полномочий не допускается и влечет ответственность по закону. Омбудсмен в течение срока своих полномочий не может быть арестован, подвергнут приводу, мерам административного взыскания, налагаемым в судебном порядке, привлечен к уголовной ответственности без согласия Президента Республики Казахстан, кроме случаев задержания на месте преступления или совершения тяжкого или особо тяжкого преступления.

В проекте закона «О Национальном Омбудсмене...», чтобы подчеркнуть независимость данного института, разработчики внесли норму: «Уполномоченный по правам человека не связан никаким императивным мандатом и указанием какой-либо власти, государственного органа и должностного лица, а также политических партий и общественных объединений». Но она не попала в правительственный вариант. Казахстанское международное бюро по правам человека предлагало эту норму немного изменить. Согласно Гражданскому кодексу Республики Казахстан политическая партия – это один из видов общественных объединений, а общественные объединения, в свою очередь, один из видов некоммер-

ческих организаций, и формулировка «политические партии и гражданские объединения» не совсем корректна. Поэтому, считало Бюро, лучше использовать положения, закрепленные в Указе Президента РК, имеющего силу закона, от 20 декабря 1995 г. «О судах и статусе судей», где наложены определенные ограничения для судей, в части нахождения в политических партиях и профессиональных союзах. В этой части можно провести аналогию между судьей и Национальным Омбудсменом.

Также не оказалось нормы, провозглашавшей, что омбудсмен «в течение срока полномочий не смещаем. Его полномочия не могут быть прекращены или приостановлены, а также ограничены его компетенции за исключением случаев, предусмотренных настоящим Законом». Не оказалось и нормы о неприкосновенности омбудсмена, обладании им свидетельским иммунитетом по вопросам, ставшими известными ему в связи с исполнением им своих служебных обязанностей. Важным является распространение свидетельского иммунитета на его заместителей и сотрудников, а также экс-омбудсменов, экс-заместителей омбудсмена и экс-сотрудников по вопросам, ставшим известными им в связи с исполнением своих служебных обязанностей.

Если же омбудсмена назначает Парламент, то привлечение его к ответственности не должно происходить без согласия Парламента. Необходимо внести в Административный кодекс нормы об ответственности за незаконное вмешательство в деятельность омбудсмена. Кроме того, надо внести дополнения в Уголовно-процессуальный и Гражданско-процессуальный кодексы.

Деятельность Уполномоченного основывается на принципах:

- 1) законности;
- 2) приоритетности прав и свобод человека и гражданина;
- 3) объективности;
- 4) гласности.

На наш взгляд, следует дополнить важными для деятельности омбудсмена принципами:

конституционности, демократизма, независимости, справедливости, доступности, оперативности, сотрудничества с другими органами, с неправительственными правозащитными организациями.

Статья 5 правительственного законопроекта устанавливает:

«Лица, назначаемые на должность Уполномоченного, либо его заместителя, должны отвечать следующим требованиям:

1) обладать гражданством Республики Казахстан;

2) иметь высшее юридическое или политологическое образование;

3) обладать политическим опытом и стажем работы не менее трех лет по юридической специальности или в сфере защиты прав и свобод человека и гражданина».

В проекте закона «О Национальном омбудсмене...» рабочей группой предлагалось установить возрастной барьер для кандидатов (не меньше тридцати пяти лет, как в некоторых странах СНГ). Но эксперты ОБСЕ предложили исключить данную норму и включить требование о том, чтобы лицо обладало избирательным правом в Республике Казахстан. Подобные нормы часто встречаются в законодательстве других стран. Возраст не всегда является гарантией мудрости и опытности. Может случиться, что человек в возрасте 30 лет, обладает достаточными знаниями, квалификацией и опытом для выполнения возложенных на него обязанностей. Среди министров есть молодые люди, возраст которых, к примеру, еще не достиг 35 лет. Кроме того, статья 14 Конституции Казахстана провозглашает равенство всех перед законом и судом, запрещение дискриминации по любым мотивам.

В большинстве стран мира законодатели установили, что омбудсменами могут быть только юристы, вследствие того, что они хорошо знают юридические способы защиты прав человека. Они должны быть преимущественно специалистами в области конституционного права. Казахстанское международное бюро по правам человека также посчитало необходимым наличие высшего юридического образования. Весь опыт развития этого института во многих странах мира показывает, что для эффективной работы национального омбудсмена он должен обязательно иметь высшее юридическое образование. Его деятельность основывается не только на моральном авторитете и опыте, но и квалификации, а высшее юридическое образование является в этом случае необходимым условием.

Остается открытым вопрос, насколько верна и точна для установления критерия к кандидатам, норма о необходимости политологического образования и обладания политическим опытом. В большинстве государств омбудсменам запрещено заниматься политической деятельностью (Российская Федерация, Молдова, Грузия и т.д.). В теории прав человека первенство политических норм перед правовыми создает почву тоталитаризма.

литарным режимам. Тоталитаризм неизбежно возникает там, где политика, политические нормы не имеют правовой опоры, где права человека не являются ограничителем политической власти, не выступают в качестве средства контроля за ее осуществлением¹. Приоритет прав человека по отношению к политике, политической власти – непреложный принцип современной культуры. Исторический опыт свидетельствует, что он существует только в условиях демократических режимов, когда правовые нормы основаны на универсальном принципе формального равенства.

Следует дополнить статью 3 пунктом 5: «По вопросам оплаты труда, социальному, медицинскому и иному обеспечению омбудсмен и его заместители соответственно приравниваются к должностям Председателя и судей Верховного Суда». Эта норма была в проекте закона, разработанного рабочей группой, но почему-то не попала в правительственный вариант. Анализ законодательства стран мира показывает, что преимущественно должность Уполномоченного по правам человека приравнивается к должностям либо Председателя или членов Конституционного Суда, Председателя или судей Верховного Суда, либо к должности заместителя Председателя Правительства. В Российской Федерации обеспечение Уполномоченного по правам человека приравнено к обеспечению заместителя Председателя Правительства РФ. Если нет этой нормы в законе, у омбудсмена возникают большие проблемы. Эксперты ОБСЕ подчеркивали важность того, чтобы Уполномоченный по правам человека обладал очень высоким статусом, аналогичным статусу судьи Верховного Суда или Конституционного Суда. Омбудсмен дает рекомендации должностным лицам Правительства на самом высоком уровне и должен обладать таким же статусом, как они, чтобы его рекомендациям уделяли должное внимание. То же самое касается и высокого статуса аппарата.

Статья 6 правительственного варианта определила, что «Уполномоченный или его заместитель не вправе:

- 1) быть депутатом представительных органов и членом органов местного самоуправления;
- 2) заниматься другой оплачиваемой деятельностью, кроме преподавательской, научной и иной творческой деятельности;
- 3) осуществлять предпринимательскую деятельность, в том числе участвовать в управлении коммерческой организацией, независимо от

ее организационно-правовой формы;

- 4) в связи с исполнением должностных полномочий пользоваться в личных целях услугами граждан и юридических лиц.

На период осуществления своих полномочий Уполномоченный приостанавливает свое членство в политических партиях и иных общественных объединениях, преследующих политические цели».

Не вошла в правительственный законопроект норма о недопустимости вхождения омбудсмена в состав наблюдательного совета коммерческой организации.

Необходимым условием деятельности уполномоченного является его политическая нейтральность. Уполномоченный по правам человека не должен выступать за проведение какого-либо политического курса, той или иной политики в конкретной сфере, будь то сфера экономических, социальных и культурных, иных проблем. Политические взгляды могут воспрепятствовать справедливому рассмотрению жалоб. Но почему-то не попала в проект закона самая важная норма о том, что «омбудсмен не вправе заниматься политической деятельностью». На наш взгляд, учитывая международный опыт (России, Молдовы, Грузии и других стран), необходимо восстановить эту норму.

Эксперты ОБСЕ считают, что должности омбудсмена и его заместителей предусматривают полную занятость и любая преподавательская, исследовательская и иная творческая деятельность должна осуществляться в нерабочие часы.

В соответствии со статьей 8 правительственного законопроекта, Уполномоченный и его заместитель после назначения на должность в торжественной обстановке на совместном заседании Палат Парламента приводятся Президентом Республики к присяге следующего содержания: «Торжественно клянусь верно служить народу Казахстана, строго следовать Конституции и законам Республики Казахстан, добросовестно исполнять возложенные на меня высокие обязанности по защите прав и свобод человека и гражданина».

По правительственному законопроекту в соответствии со статьей 9, полномочия омбудсмена либо его заместителя прекращаются с момента окончания их срока, а также в случае досрочного освобождения или сложения ими своих полномочий. Досрочное освобождение от должности Уполномоченного либо его заместителя осуществляется по следующим основаниям:

- 1) утраты гражданства Республики Казахстан;

¹ Права человека. Учебник для вузов. – М., 1999. С. 237.

2) стойкого расстройства здоровья, препятствующего продолжению работы, установленно-го компетентной медицинской комиссией;

3) вступления в законную силу обвинительного приговора суда или признания недееспособным, а также признание безвестно отсутствующим по решению суда;

4) несоблюдения ограничений, предусмотренных статьями 6 настоящего Закона;

5) неисполнения либо ненадлежащего исполнения должностных обязанностей.

На наш взгляд, в законе необходимо более подробно раскрыть и изложить норму о «неисполнении либо ненадлежащем исполнении должностных обязанностей». Если четыре основания более понятны, то пятое - вызывает проблему ее толкования. Каковы основания ненадлежащего исполнения должностных обязанностей? На наш взгляд, возникает проблема соответствия такой нормы международным стандартам, в частности, Парижским принципам. Законодатели большинства стран не включают такое основание освобождения от должности. Но в некоторых странах, например, в Нидерландах, законодатель установил, что Национальный омбудсман может быть освобожден от должности, если по мнению Второй палаты Парламента в результате его действий или бездействия он допустил серьезное пренебрежение оказанным ему доверием. Защитник народа Испании, уполномоченный Генеральными Кортесами, слагает свои полномочия при систематических упущениях в исполнении обязательств и обязанностей, связанных с должностью.

Необходимо также детально определить порядок получения медицинского заключения, соответствующего принципу независимости, определить срок, в течение которого он может выполнять свои обязанности. Следует согласиться с мнением экспертов ОБСЕ, предложившим норму, что основанием «вступления в законную силу обвинительного приговора суда» предусматриваются обвинения только по серьезным уголовным преступлениям, а не по административным или прочим мелким правонарушениям. Что касается приговора суда, он должен вступить в законную силу и не подлежать дальнейшему обжалованию.

Порядок освобождения от должности обычно таков же, как и порядок назначения. Освобождение от должности омбудсмана осуществляется Президентом после консультаций с Комитетами Палат Парламента. Следует дополнить нормой, что основаниями прекращения полномочий омбудсмана также является «смерть». «Стойкое рас-

стройство здоровья», на наш взгляд, следует заменить на «стойкое нарушение состояния здоровья».

Омбудсмен и его заместители должны пребывать в должности в течение всего срока полномочий, на который они назначаются, независимо от того, совпадает ли этот срок со сроком полномочий Парламента или вводится чрезвычайное положение. После истечения срока их полномочий, омбудсмен и его заместители должны осуществлять функции до их назначения на второй срок или назначения новых лиц, поэтому статью 7 следует дополнить нормой: «По истечении срока полномочий Парламента Уполномоченный и его заместители продолжают выполнять свои обязанности до прекращения срока их полномочий и избрания нового Уполномоченного и его заместителей. Чрезвычайное положение в стране не влечет прекращения полномочий Уполномоченного и его заместителей».

Кроме того, необходимо предусмотреть в законе в каких случаях назначается исполняющий обязанности омбудсмана: «Уполномоченный назначает исполняющим обязанности Уполномоченного в случаях своей болезни, отсутствия, отпуска или неспособности выполнять им свои обязанности. Если он не назначает в письменной форме исполняющего обязанности Уполномоченного, то их осуществляет старший по возрасту его заместитель». Омбудсмен вправе делегировать в письменной форме свои обязанности, закрепленные за ним законом и иному сотруднику.

Уполномоченный по правам человека по правительственному законопроекту (статья 10) имеет право:

1) истребовать на безвозмездной основе от должностных лиц и организаций необходимые для рассмотрения жалобы сведения и другие материалы, которые должны быть направлены Уполномоченному в течение 10 рабочих дней после получения его запроса;

2) безотлагательного приема руководителями и другими должностными лицами государственных органов, иных организаций, получать объяснения от конкретных лиц по обращениям, находящимся у него в производстве;

3) привлекать на договорной основе организации и специалистов к выполнению экспертных и консультационных работ для подготовки заключений по подлежащим выяснению обстоятельствам, связанным с нарушением прав человека и гражданина. Срок исполнения таких поручений не должен превышать двух месяцев, если иной

срок не установлен сторонами;

4) обращаться в суд, правоохранительные органы за защитой нарушенных прав и свобод человека и гражданина. При обращении в суд Уполномоченный освобождается от уплаты государственной пошлины;

5) в любое время, в установленном законодательством порядке, по предъявлению удостоверения беспрепятственно входить и находиться на территории и в помещениях государственных органов и иных организаций, в том числе воинских частях и соединениях, а также посещать места лишения свободы, встречаться и беседовать с лицами, содержащимся в них, без участия и присутствия администрации учреждения;

6) знакомиться с окончанными производством уголовными, гражданскими делами и административными материалами, решениями судов, вступившими в законную силу;

7) вносить предложения в соответствующие органы о привлечении к установленной законом ответственности лиц, действия которых повлекли нарушение прав и свобод человека и гражданина, а также о принятии мер к возмещению материального и морального ущерба;

8) публиковать на безвозмездной основе заключения и иные документы по результатам проведенных проверок в периодических изданиях, одними из учредителей которых являются государственные органы и иные государственные организации.

С целью установления факта нарушения прав и свобод человека и гражданина, в соответствии с пунктом 1 этой статьи Уполномоченный проводит проверки, как на основании поступивших обращений, так и по своей инициативе, если из официальных источников или средств массовой информации ему стало известно об этих нарушениях.

Касательно п.1 данной статьи, рабочая группа закрепляла за омбудсменом право «требовать и получать все сведения, документы и иные материалы, необходимые для рассмотрения обращения». Секретность запрошенных им для ознакомления документов не могла служить основанием для отказа в их выдаче, кроме документов, относящихся к национальной обороне, государственной безопасности или внешней политике. Эксперты ОБСЕ отмечали, что зачастую омбудсмен является единственным лицом, которому бы доверяли заявители и которое имело бы доступ к конфиденциальным документам с целью обнаружения информации по обращению, позволяющей сделать вывод об обоснованности обращения. Эксперты

предложили норму, в соответствии с которой секретность запрошенных омбудсменом для ознакомления документов не может служить основанием для отказа в их выдаче. Омбудсмен не вправе раскрывать конфиденциальные документы, предоставляемые ему, и подлежит мерам наказания, предусмотренным за незаконное или несанкционированное раскрытие документов в отношении лица, ответственного за хранение документов.

Законы могут содержать исключения в отношении документов, с которыми омбудсмен не вправе знакомиться. Однако в законе должен быть определен порядок отнесения документа к категории «относящихся к национальной обороне, государственной безопасности или внешней политике.» В противном случае, считало ОБСЕ, настоящее положение может быть использовано с целью препятствовать Уполномоченному по правам в доступе к документам, запрашиваемым им на законных основаниях для рассмотрения обращения.

Одним из способов предотвращения незаконного использования данного исключения, когда запрашиваемый документ объявляется «относящимся к национальной обороне, государственной безопасности или внешней политике» является требование о направлении лицом, ответственным за хранение документов, письменного заключения Министру юстиции, который в случае своего согласия с таким заключением, выносит его на одобрение Правительства. При условии утверждения такого заключения, доступ омбудсмена к документу не разрешается. Уполномоченный по правам человека должен в своем докладе отражать утверждение подобных заключений с тем, чтобы население знало, что омбудсмену было отказано в доступе к документу с указанием основания. На наш взгляд, следует согласиться с предложениями экспертов ОБСЕ и изложить статью в следующей редакции:

«В случаях, когда лицо, ответственное за хранение документа, который запрашивается омбудсменом, направляет Министру юстиции и далее в Правительство письменное заключение о том, что документ относится к национальной обороне, государственной безопасности или внешней политике, омбудсмен не вправе требовать предоставления ему этого документа, если заключение было утверждено Правительством. О представлении такого заключения Министром юстиции и утверждении его Правительством омбудсмен докладывает Парламенту (если избирается Парламентом) не позднее сроков представления им очередного ежегодного отчета в Парламент».

По п. 3. данной статьи рабочей группой было предложено, чтобы выполнение «экспертных и консультационных работ происходило безвозмездно и не позднее двух месяцев»;

На наш взгляд, п. 5 этой статьи следует изложить в следующей редакции: «Уполномоченный по вопросам прав человека, по предъявлению служебного удостоверения, без предварительного уведомления, беспрепятственно имеет право входить на территорию и в помещения государственных органов, организаций и учреждений, включая войсковые части и соединения, а также посещать места принудительного содержания, где находятся задержанные, арестованные и осужденные лица, встречаться и беседовать с ними». Эксперты ОБСЕ предложили включить в заключение данной статьи следующую фразу: «в отсутствие любых должностных лиц или работников.» Как показывает анализ статей законов других стран, омбудсмен исходя из принципа оперативности, должен проходить везде, безо всякого предварительного уведомления. В п. 5 статьи 10, предлагаемой Правительством, в соответствии с законодательством определяется порядок входа и нахождения на территории и в помещениях государственных органов и иных организаций, в том числе воинских частей и соединений, а также посещение мест лишения свободы, встреча и беседа с лицами, содержащимися в них, без участия и присутствия администрации учреждения. Но в понятие законодательства входят в нашей стране и акты Правительства, в других странах, например, в Российской Федерации такие акты в понятие законодательства не входят. А Правительство может установить сложный порядок входа и нахождения, по которому омбудсмен не сможет реагировать оперативно.

На наш взгляд, п. 6 данной статьи следует изложить в следующей редакции, восстановив статью 29 законопроекта, разработанного рабочей группой: «Уполномоченный по правам человека вправе знакомиться с уголовными, гражданскими и административными делами, принятые решения по которым вступили в законную силу, а также делами, находящимися в производстве, с разрешения руководителя соответствующих органов». В данной статье необходимо также восстановить норму, дающую право омбудсмену «вносить надзорные жалобы по судебным делам, которые подлежат обязательному рассмотрению».

Рабочей группой по проекту закона «О Национальном омбудсмене...» предлагалось не рас-

сматривать обращения граждан на законы, постановления Парламента, Указы Президента Республики Казахстан, постановления и распоряжения Правительства. Правительственный вариант расширил круг субъектов: «Уполномоченный не рассматривает жалобы на действия и решения Президента, Парламента Республики Казахстан и его депутатов, Конституционного Совета, судов Республики Казахстан». В законах об омбудсменах Польши, Венгрии, Украины, Грузии и других стран, вообще нет никаких изъятий. В российском законе – омбудсмен не рассматривает жалобы на решения представительных органов федерации и ее субъектов. Казахстанскому законодателю следует определиться, на чьи действия и решения органов государственной власти будут распространяться изъятия.

По правительственному законопроекту (статья 12), при осуществлении своей деятельности Уполномоченный рассматривает обращения граждан Республики Казахстан, а также иностранцев, лиц без гражданства, на действия и решения должностных лиц и организаций, нарушающих их права и свободы, гарантированные Конституцией, законодательными актами и международными договорами Республики Казахстан. Действия и решения должностных лиц и организаций, нарушающие права и свободы граждан, могут быть обжалованы Уполномоченным в течение шести месяцев с момента предполагаемого нарушения, либо с момента, когда об этом нарушении стало известно лицу, чьи права и свободы были нарушены. Следует дополнить после слов «действия» словом «бездействие».

На наш взгляд, Правительство, учитывая опыт функционирования института в странах СНГ и Балтии, правильно включило норму об установлении срока обжалования. Если не указывать сроки, то омбудсмен просто будет завален жалобами на действия и решения 30-х, 40-х, 50-х годов.

Рабочей группой, была предложена статья, расширяющая круг субъектов, имеющих право обращения к Уполномоченному по правам человека: «омбудсмен рассматривает обращения граждан Республики Казахстан, а также находящихся на ее территории иностранных граждан и лиц без гражданства на действия или бездействия государственных органов, юридических лиц, должностных лиц и служащих, нарушающих их права, свободы и законные интересы. Некоторые омбудсмены обладают полномочиями принимать обращения о нарушении прав человека негосударственными учреждениями, юридическими лицами. Как по-

казывает практика, именно ими часто нарушаются нормы трудового законодательства, незаконные увольнения и т.д.

Обращения лиц, содержащихся в местах лишения свободы, адресованные Уполномоченному, не подлежат просмотру их администрацией и направляются омбудсмену в течение 24 часов. После принятия закона необходимо в органах исполнения наказаний ознакомить личный состав с Законом «Об Уполномоченном по правам человека». В России омбудсмен обратился к министру юстиции, после получения вскрытых администрацией писем от лиц, содержащихся в местах лишения свободы. После этого были приняты меры и личный состав ГУИНа (Главного управления исполнения наказаний) был ознакомлен с нормами закона.

В соответствии со статьей 13 правительственного законопроекта предусмотрены акты реагирования омбудсмена, которые называются рекомендациями. По результатам проверки обращений Уполномоченный вправе направить должностному лицу, действиями которого нарушены права и свободы заявителя, рекомендации относительно мер, которые надлежит принять для восстановления нарушенных прав. Должностное лицо, получившее рекомендации Уполномоченного, обязано в течение одного месяца с момента их поступления рассмотреть рекомендации и направить сообщение о результатах их рассмотрения. В случае отклонения рекомендации Уполномоченного должностное лицо обязано мотивировать свое решение по существу. Копия рекомендации Уполномоченного направляется заявителю. Уполномоченный должен быть при проведении проверки беспристрастным и справедливым.

В акте реагирования омбудсмен высказывает мнение и предложения о способе разрешения дела, он может рекомендовать органу изменить решение, пересмотреть существующую практику, компенсировать материальный ущерб гражданам. В научной литературе дискутируется вопрос о необходимости придания актам омбудсмена обязательного характера, что способствовало бы обеспечению большей эффективности его деятельности. Законодательство стран СНГ рассматривает необходимость направления представления в более категоричной форме, чем законы других стран, то есть не как право уполномоченного, а как его прямую обязанность. Такой акт называется заключением, содержащим рекомендации относительно возможных и необходимых мер восстановления нарушенных прав и свобод¹.

На наш взгляд, следует дополнить данную статью нормой, что в ходе рассмотрения обращения омбудсмен должен предоставить государственным органам и органам местного самоуправления, юридическим лицам, должностным лицам и служащим, чьи решения или действия (бездействия) явились причиной обращения, возможность предоставить объяснения по любым вопросам, требующим разъяснения в ходе рассмотрения обращения. До момента формального представления отчета, содержащего критику или неблагоприятную информацию об органе или лице, Уполномоченный проводит консультации с таким органом или лицом и предоставляет такому органу или лицу достаточное количество времени для подготовки ответа».

Эксперты ОБСЕ предложили внести положение, которое подчеркнуло бы требование об официальном ответе омбудсмену: «Президент, Премьер-Министр, министры или главы государственных органов, которые получают отчет или рекомендации от Национального Омбудсмана, должны в течение 30 дней или к началу следующей сессии Парламента в зависимости от того, которая из дат наступит позднее, представлять в Парламент доклады о мерах, принятых в ответ на отчет или рекомендации Омбудсмана. Омбудсман должен хранить информацию обо всех отчетах и рекомендациях, а также ответы на них и публиковать их в своих ежегодных отчетах».

Нижеследующая статья должна установить специфические полномочия омбудсмена по предоставлению рекомендаций и отчетов по ним Президенту, Парламенту и другим государственным органам:

«Основываясь на результатах исследования и ознакомления с информацией по нарушениям прав и свобод, омбудсмен может:

1) направлять в государственные органы, органы местного самоуправления и должностным лицам уведомления и общие рекомендации о защите прав и свобод и усовершенствованию административных процедур;

2) обращаться к лицам, обладающим правом законодательной инициативы в Республике Казахстан, и представлять рекомендации о внесении изменений в законодательство Республики Казахстан в случаях, когда у омбудсмена имеются основания полагать, что решения и действия (бездействие) государственных органов, органов местного самоуправления, должностных лиц и сотрудников, нарушающие права и свободы человека основываются и приводятся в исполнение

¹ Правовая реформа в Казахстане. № 4. 2000. с. 4.

в силу существующего в Республике Казахстан законодательства, или в случаях, когда нормы законодательства противоречит общепринятым принципам и нормам международного права и международных соглашений, участником которых является Республика Казахстан». Если бы существовал омбудсмен, то он, к примеру, обратил бы внимание общественности на некоторые законы, нормы которых грубо попирают права человека. К примеру, в январе 2002 года был принят Закон «О дипломатической службе Республики Казахстан». Пункт 6 статьи 9 гласит: «Не могут быть приняты на службу в органы дипломатической службы лица, ранее судимые, амнистированные по нереабилитирующим мотивам, уволенные по отрицательным мотивам». Эта норма закона ограничивает конституционные права граждан Республики Казахстан, противоречит Конституции, Закону «О государственной службе», Уголовному кодексу, Закону «Об оперативно-розыскной деятельности в Республике Казахстан». Пункт 7 статьи 77 Уголовного кодекса, однозначно устанавливает в Казахстане для всех без исключения, что «погашение или снятие судимости аннулирует все правовые последствия, связанные с судимостью». Уволить человека с работы в наше время несложно, особенно в сфере предпринимательства. В соответствии с нормами Конституции гражданин не должен два раза отвечать за одно и то же деяние. Кроме того, статья 14 Конституции Казахстана провозглашает равенство всех перед законом и судом, запрещение дискриминации по любым мотивам. Не могут сотрудники МИДа, быть исключительными, чем другие государственные служащие.

К сожалению, такая норма прошла в законе, хотя предлагалась норма: «Не могут быть приняты на службу в органы дипломатической службы лица, имеющие не погашенную и не снятую судимость в установленном законом порядке». Именно так она установлена в Законе «О государственной службе».

На наш взгляд, анализируя деятельность Уполномоченного по правам человека в других странах, следует согласиться с тем, что по случаям серьезного или массового нарушения прав и свобод омбудсмену должно быть предоставлено право выступить на очередной сессии Парламента. Он может обратиться в Парламент с рекомендацией по формированию комиссии Парламента по рассмотрению фактов нарушения прав и свобод и по проведению парламентских слушаний. Он должен также принять участие в работе та-

кой комиссии и в парламентских слушаниях. Ответ, направляемый заявителю, должен включать все ответы, полученные от органов, но не может включать информацию, в отношении которой такой орган или Уполномоченный должны сохранять конфиденциальность. Уполномоченный по правам человека вправе представлять заключение и рекомендации Президенту, в Парламент и Генеральному Прокурору Республики Казахстан, общественности. Омбудсмен должен представить специальный доклад в Парламент, если государственный орган продолжает препятствовать проведению проверки или отказывается выполнять его рекомендации, а также включать данную информацию в свой ежегодный отчет.

ОБСЕ настаивало на необходимости в будущем, при внесении изменений и дополнений в Конституцию, предоставления Уполномоченному по правам человека права законодательной инициативы.

Обращение по проекту закона должно быть подписано заявителем и содержать сведения о его фамилии, имени, отчестве и месте жительства или работы, изложение существа решений или действий (бездействия), нарушивших или нарушающих, по мнению заявителя, его права и свободы. К жалобе прилагаются документы и иные материалы, подтверждающие требования заявителя. В целях защиты прав заявителя необходимо законопроект дополнить нормой, что Уполномоченный по правам человека должен обеспечить конфиденциальность информации, касающихся жалоб и проверок, включая личности заявителей и материалы проверок, за исключением случаев, когда он считает такое разглашение необходимым для выполнения своих обязанностей, установленных настоящим законом, или для подготовки отчетов, предусмотренных настоящим законом.

Уполномоченный, приняв жалобу к рассмотрению, в соответствии со статьей 15 правительственного законопроекта вправе:

- 1) разъяснить способы и средства, которые заявитель вправе использовать для защиты своих прав и свобод;
- 2) передать обращение в надлежащие органы, к компетенции которых относится разрешение жалобы по существу;
- 3) организовать самостоятельную проверку и принять все меры для восстановления нарушенных прав и свобод заявителя.

На наш взгляд, анализ работы омбудсменов других стран показывает, что в целях организации эффективной работы Уполномоченного по

правам человека следует включить в проект закона следующие положения. Омбудсмен может по своему усмотрению принять решение не рассматривать или прекратить рассмотрение обращения в случаях, когда:

- 1) не определена личность заявителя;
- 2) заявитель знал о действиях, ставших причиной обращения, на протяжении более чем 6 месяцев и не может объяснить причин отсрочки обращения за восстановлением нарушенных прав;
- 3) существует иной эффективный способ восстановления нарушенного права или право обжалования, кроме обжалования через суд, который заявитель мог использовать вне зависимости от того, был ли этот способ фактически использован заявителем;
- 4) нарушение, явившееся причиной обращения незначительно или носит бюрократический характер;
- 5) средств Уполномоченного по правам человека недостаточно для проведения надлежащей проверки;
- 6) с учетом всех обстоятельств обращения, дальнейшее рассмотрение нецелесообразно или не может быть гарантировано;
- 7) рассмотрение обращения не приведет к ощутимым результатам;
- 8) такое обращение или аналогичное уже рассматривалось ранее;
- 9) рассмотрение иных обращений является более приоритетным;

Отказ в рассмотрении обращения не влияет на право омбудсмана по своему усмотрению инициировать проверку действий, явившихся основанием для обращения, или связанных с ним действий.

По проекту закона рабочей группы Администрации Президента:

«Национальный Омбудсман проводит анализ законодательства республики в области защиты прав человека и инициирует реформы, направленные на дальнейшее повышение их эффективности». Но в правительственный вариант эта норма также не попала.

Необходимо длительное время для того, чтобы не на словах, а на деле руководствоваться правами человека как высшей ценностью, чтобы эти права и свободы действительно определяли смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления. Уполномоченный в пределах своей компетенции способствует совершенствованию законодательства Республики

Казахстан, касающегося прав и свобод человека, форм и методов их защиты, приведению его в соответствие с общепризнанными принципами и нормами международного права, развитию международного сотрудничества в области прав человека путем внесения соответствующих предложений в государственные органы.

Уполномоченный содействует правовому просвещению в сфере прав и свобод человека, участвует в разработке образовательных программ и повышении уровня знания населения, национального законодательства и важнейших международных документов по правам человека.

В случае неисполнения либо ненадлежащего исполнения должностными лицами обязанностей, установленных настоящим Законом, а также любого воспрепятствования правомерным действиям Уполномоченного, должностное лицо привлекается к ответственности в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан. О мерах, принятых в отношении таких должностных лиц, информируется Уполномоченный.

При осуществлении своей деятельности Уполномоченный и его заместитель в соответствии со статьей 20 правительственного законопроекта обязаны:

- 1) соблюдать Конституцию и законодательство Республики Казахстан;
- 2) обеспечивать соблюдение и защиту прав, свобод и законных интересов граждан;
- 3) рассматривать в порядке и в сроки, установленные законодательством, обращения граждан на действия (бездействия), решения государственных органов, иных организаций и их должностных лиц и принимать по ним необходимые меры;
- 4) хранить государственные секреты и иную охраняемую законом тайну, не разглашать информацию конфиденциального характера, ставшую известной в результате рассмотрения обращения; Достоверность процесса расследования и конфиденциальность являются неотъемлемым критерием его успешной деятельности.

5) быть внимательным и корректным в отношениях с заявителем;

6) проявлять объективность и беспристрастность при рассмотрении обращений;

7) не совершать каких-либо действий против интересов лица, обратившегося за защитой, и не препятствовать осуществлению его прав;

8) предоставлять средствам массовой информации по их просьбе возможность ознакомления с результатами проведенных проверок по фактам нарушений прав и свобод человека и гражданина.

По правительственному законопроекту омбуд-

смен ежегодно представляет на рассмотрение Президенту и Парламенту Республики Казахстан доклад о состоянии прав и свобод человека и гражданина в Казахстане и своей деятельности. Доклад может также содержать оценки и рекомендации общего характера, направленные на совершенствование правоприменительной практики и национального законодательства о правах человека. Доклад публикуется в официальных изданиях. Доклады омбудсменов служат источником информации о состоянии прав и свобод человека в стране.

В правительственном варианте для обеспечения деятельности Уполномоченного создается Национальный Центр по правам человека, который является государственным учреждением, имеет печать и бланки с изображением Государственного герба Республики Казахстан и своим наименованием на государственном языке, а также соответствующие счета в банковских учреждениях. Руководителя Национального Центра назначает Уполномоченный. Деятельность Национального Центра осуществляется на основании Положения о Национальном Центре по правам человека, утверждаемого Президентом Республики Казахстан по представлению Уполномоченного. Национальный Центр осуществляет информационно-аналитическое, организационно-правовое и иное обеспечение деятельности Уполномоченного и его заместителя.

Сотрудники Национального центра являются государственными служащими, осуществляющими свою деятельность на основании законодательства о государственной службе.

При Уполномоченном может быть создан экспертный совет с консультативно-аналитическими функциями и состоящий из лиц, имеющих опыт работы в сфере защиты прав и свобод человека и гражданина.

Финансирование деятельности Уполномоченного и Национального центра осуществляется за счет средств республиканского бюджета. Предусматривается, что Национальный центр также может финансироваться за счет средств спонсорской и благотворительной помощи, грантов международных организаций. Парижские Принципы требуют надлежащее финансирование института омбудсмана с тем, чтобы последний имел собственный штат сотрудников и помещения, был независим от Правительства и не подвергался финансовому контролю, который мог бы отразиться на его независимости. Как правило, это обеспечивается отдельной статьей бюджета. Кроме

того, Уполномоченный должен самостоятельно разрабатывать и исполнять свою смету расходов. Поэтому, на наш взгляд, следует включить такую норму в проект закона об омбудсмене, а также внести соответствующие изменения и дополнения в Закон Республики Казахстан «О бюджетной системе».

По проекту закона, разработанного рабочей группой, «Национальный Омбудсман, его заместители совместно с рабочим аппаратом образуют самостоятельное учреждение - Национальный центр по правам человека. Национальный Омбудсман одновременно является Директором национального центра по правам человека. На заседании Национального центра по правам человека в соответствии со статьей 16 предлагалось ежегодно определять национальную политику в сфере защиты прав и свобод человека и приоритетные направления, в частности, по защите прав граждан, оказавшихся в орбите уголовной юстиции; в пенитенциарной системе; в социальной сфере; военнослужащих; женщин и детей; национальных меньшинств; свободы слова и свободы совести и т.д.

Директор Национального центра по правам человека утверждает структуру рабочего аппарата Национального центра по правам человека и непосредственно руководит его работой. Права, обязанности и ответственность работников рабочего аппарата регулируются действующими законодательными актами о государственной службе.

Национальный Омбудсман при осуществлении своей деятельности может использовать помощь неправительственных общественных организаций. При Национальном центре по правам человека в целях оказания научно-консультативной помощи может создаваться экспертный или иной совет из лиц, имеющих наибольший опыт в сфере защиты прав и свобод человека. Должность национального омбудсмана может также учреждаться в областях и городах Астане и Алматы, за счет средств местного бюджета. Национальные Омбудсмены областей и городов избираются и освобождаются соответствующими маслихатами».

На наш взгляд, исходя из опыта других стран и рекомендаций ОБСЕ, следует установить норму, аналогичную норме конституционного закона Российской Федерации (п.3. ст.37) с тем, чтобы статус института был определен на должном уровне, и изложить ее в следующей редакции: «Уполномоченный по правам человека и сотрудники Национального центра по правам человека являются государственным органом с правом

юридического лица, имеющий расчетный и иные счета, печать и бланки со своим наименованием и с изображением Государственного герба Республики Казахстан. Кроме того, следует определить в проекте закона, что работники аппарата (Национального центра) по уровню заработной платы, иным условиям материального, финансового и социально-бытового обеспечения были приравнены, как и в Российской Федерации, к соответствующим работникам аппарата Правительства, а у нас к Канцелярии Премьер-Министра Республики Казахстан. Например, в Конституционном законе «О Парламенте и статусе его депутатов» в статье 39 «Аппарат Парламента Республики» четко указано, что определение структуры и штатной численности аппаратов Сената и Мажилиса, их формирование осуществляются Бюро Палат в пределах бюджетных средств, выделенных на финансирование деятельности Парламента. Работники Аппарата Парламента по уровню заработной платы, иным условиям материального, финансового и социально-бытового обеспечения приравниваются к соответствующим работникам Канцелярии Премьер-Министра Республики Казахстан. Аналогичное следует установить и в отношении аппарата омбудсмана. Статус работников его аппарата будет определять и его место в иерархической системе государственных должностей. Омбудсмен расследует и дает рекомендации должностным лицам Правительства на самом высоком уровне и его аппарат должен обладать высоким статусом, чтобы при проведении расследования сотрудникам аппарата уделялось должное внимание.

На наш взгляд, следует согласиться с правительственным вариантом и не допускать совмещения должности Уполномоченного по правам человека и руководство им аппаратом. Руководство аппаратом требует много времени, а основное назначение омбудсмана – восстановление нарушенных прав граждан, рассмотрение жалоб и т.д. При том объеме жалоб, которые будут поступать ему, у него не будет хватать времени на административное руководство.

Эксперты ОБСЕ не согласились с разработчиками, что деятельность Национального Центра осуществляется на основании Положения о Национальном Центре по правам человека, утверждаемого Президентом Республики Казахстан. Правомочие разрабатывать и принимать положения, касающиеся деятельности омбудсмана является функцией, имеющей принципиальное значение для обеспечения независимости и соответ-

ствия международным стандартам независимости таких учреждений. Эта функция во всем принадлежит самому омбудсмену.

Для института омбудсмана очень важно, чтобы в такой большой стране, как Казахстан, были созданы региональные представительства. На наш взгляд, необходимо законопроект дополнить статьей: «Уполномоченный по правам человека может создавать и подбирать кадры для региональных представительств с учетом плотности населения и частотой получаемых обращений». Для этого предусмотреть в бюджете омбудсмана финансовые средства.

После международной конференции в г. Алматы в ноябре 1999 года рабочая группа с учетом замечаний экспертов ПРООН и ОБСЕ внесла новую статью 6, в соответствии с которой омбудсмен и его заместители по проекту закона наделялись следующими функциями и полномочиями:

- 1) содействовать правовому просвещению в сфере прав и свобод человека, участвовать в разработке образовательных программ и повышении уровня знания населения о важнейших международных документах по правам человека;

- 2) приглашать и принимать представителей общества по всем вопросам, касающимся ущемления прав человека;

- 3) консультировать и содействовать другим лицам и органам, занимающимся развитием и защитой прав человека;

- 4) изучать в общий аспект всех вопросов, касающихся исполнения закона, других процедур, или практических мер, предпринятых на правительственном или неправительственном уровне, в случаях, если омбудсмен усмотрит при этом нарушение прав человека;

- 5) давать рекомендации Правительству, на которые должен быть дан ответ, по поводу необходимости принятия законодательных, административных или иных мер, необходимых для обеспечения лучшей защиты прав человека;

- 6) развивать более полное соответствие стандартам, отраженным в международных инструментах по правам человека;

- 7) способствовать совершенствованию законодательства Республики Казахстан, касающегося прав и свобод человека, форм и методов их защиты, приведению его в соответствие с общепризнанными принципами и нормами международного права, развитию международного сотрудничества в области прав человека;

- оказывать консультационную поддержку

Правительству в подготовке отчетов об обязательствах, отраженных в международных договорах по правам человека, а также без вмешательства в первостепенную роль Правительства в подготовке этих отчетов делать рекомендации по существу содержания этих отчетов;

8) делать рекомендации по поводу последствий любого предложенного Акта или инструкций или любой предложенной политики Правительства, которые могут повлиять на соблюдение прав человека;

9) расследовать частные обвинения в нарушении прав человека, а также жалобы, сделанные частными лицами, группами или организациями от собственного имени или от имени других сторон, удовлетворять жалобы путем примирения, а также направлять неразрешенные жалобы на рассмотрение судов для вынесения решения;

10) делать рекомендации в отношении вопросов прав человека, представленных Правительством, с учетом ресурсов и приоритетов Омбудсмана;

11) опубликовывать основные направления по избежанию актов или практических мер, которые могут не соответствовать или противоречить принципам прав человека;

12) участвовать в международных встречах и других мероприятиях по вопросам прав человека, а также сотрудничать с другими государственными, региональными и международными органами, работающих в сфере прав человека;

13) являться субъектом обращения в суд по пересмотру вступившего в законную силу решения суда путем внесения надзорной жалобы;

14) иметь другие полномочия, предусмотренные законодательством Республики Казахстан и

ратифицированными международно-правовыми актами.

ОБСЕ предложило включить положение о предоставлении консультаций государству по ратификации международных документов по правам человека.

На наш взгляд, следует законопроект дополнить еще одной важной нормой для эффективной работы омбудсмана и реализации конституционных прав граждан на получение информации: «Средства массовой информации оказывают Уполномоченному по правам человека содействие в осуществлении им своих обязанностей. Уполномоченный по правам человека вправе потребовать, а средства массовой информации обязаны ему предоставить время на государственном теле и радиоканале, места на страницах газет и журналов, в которых государство имеет контрольный пакет акций, для сообщения о материалах и фактах, полученных в результате исполнения им своих служебных обязанностей. Официальные средства массовой печати публикуют материалы Уполномоченного по правам человека в первоочередном порядке».

Функционирование института Уполномоченного по правам человека будет способствовать формированию демократического правового государства, самодостаточного гражданского общества с его свободными гражданами, обладающими неотчуждаемыми правами, развитию правового сознания личности. Мировой опыт показывает, что демократичным считается государство, которое осознает, что необходимо использовать все доступные механизмы защиты прав человека, такие, как институт омбудсмана (Уполномоченного по правам человека).

* * * * *

Қазіргі заманғы қоғам демократиялығының негізгі көріністерінің бірі адамға, тұлға қасиетіне бет бұру. Осы мақалада автор Қазақстандағы омбудсмен туралы заңнамаға қандай өзгерістер енгізу ұсынылғандығы туралы жазады.

The interest to the human, problem of advantage of the person becomes one of the basic displays of democracy of a modern society. In this article the author writes about what changes were offered in the administration bill about ombudsmen of Kazakhstan.

Е.В. МИЦКАЯ

кандидат юридических наук, доцент

ИНСТИТУТЫ ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА НАБИРАЮТ СИЛУ

Основной функцией гражданского общества является наиболее полное удовлетворение материальных, социальных, духовных потребностей общества. В свое время Г.Гегель объяснял гражданское общество тремя его составляющими. По его мнению гражданское общество включает:

1) систему потребностей (как одного индивида, так и всех граждан), удовлетворение которых происходит посредством и в процессе труда; 2) правосудие, гарантирующее свободу и защиту собственности; 3) полицию, следящую за тем, чтобы благо отдельной личности «рассматривалось и осуществлялось как право»¹, и корпорации – объединения по тому или иному интересу, делу или умению, дарующие всем, входящим в нее, привилегии и честь, «представляя нравственный корень государства»². Современные исследователи дают определение гражданского общества, характеристику его функций с учетом наших реалий. Так, например, функции гражданского общества подробно могут быть представлены следующим образом:

- «социализация индивидов – включаясь в гражданские взаимоотношения, они обретают возможности для самовыражения и развития своих потенций в качестве социальных субъектов;

- самоорганизация и самоуправление в обширной мозаике частных интересов, для которых внешнее (государственное) регулирование создает лишь общие рамки упорядочения (гражданское право), а в них действуют устойчивые внутренние регуляторы – нравы, обычаи, традиции, моральные нормы и стереотипы поведения;

- интеграция общества через систему горизонтальных связей и каналов информации, функционирующих на базе данной социально-культурной общности, смысловых значений и символов, сложившихся веками форм социальной солидарности, основанной на многовековом опыте уровня компетентности, что в конечном счете обеспечивает целостность общественного организма, историческую преемственность в его развитии;

- создание базовых форм межличностной солидарности, основанной на общности или близости частных интересов и урегулирования конфликтов, развертывания широкого дискурса общественно-политических сил как средства достижения согласия и стабильности;

- стимулирование правового нормотворчества выдвижением требований юридического закрепления тех гражданских и политических прав и свобод, осознание необходимости которых вначале происходит в самом гражданском обществе»³.

Следовательно, гражданское общество будет жизнеспособным тогда, когда его члены будут иметь высокий уровень социального, интеллектуального, психологического развития, внутренне свободны и способны к самостоятельным действиям при включении в тот или иной институт общественной жизни. И как правильно отмечает В.Е.Чиркин, «каким бы «мудрым» ни было государственное руководство обществом, оно никогда не может вытеснить саморегулирование общества... Государственная «опека» не может охватить все сферы жизни общества и не должна стеснять его естественное саморазвитие»⁴. По его мнению, задача государственной власти «заключается не в том, чтобы регулировать все и вся, а в том, чтобы наилучшим образом соединить управление «сверху» с саморегулированием «снизу»⁵.

Негосударственные, некоммерческие и добровольческие объединения принято также называть организациями «третьего сектора». Сочетание в их деятельности трех признаков - независимость, добровольность и неприбыльный характер деятельности - образует то своеобразие, которое позволяет отличить их от некоторых похожих организаций, принадлежащих государственным и коммерческим институтам. Некоммерческий сектор выступает важным элементом демократического устройства общества, базирующегося на принципах рыночной экономики. Название «третий сектор» призвано подчеркнуть его значимость

¹ Гегель Г. Ф. В. *Философия права*//Философское наследие. М.: Мысль, 1990. С.256.

² Там же, 1990. С.277.

³ Галкин А.А., Красин Ю.А. *Россия на перепутье. Авторитаризм или демократия: варианты развития*. М.: Весь мир, 1998. С.123-124.

⁴ Чиркин В.Е. *Публичная власть*. М.: Юрист, 2005. С.84

⁵ Там же, С.84-85.

наряду с двумя другими, представляющими государство и чисто рыночные структуры. Поэтому с начала 90-х годов прошлого столетия в Казахстане стало уделяться пристальное внимание развитию «третьего сектора» в лице неправительственных организаций (НПО).

А.Сиксимбаева по этому поводу отмечает, что уже «законодательство начала 90-х годов дало мощный импульс развитию НПО в Казахстане, была создана общая организационно-правовая основа для деятельности самодеятельных организаций и окончательно легализована возможность участия казахстанских граждан в общественных организациях, создаваемых на добровольной и независимой основе. Достаточно упомянуть, что на 1 декабря 1993 г. число зарегистрированных общественных объединений составляло уже 2846, при этом значительно расширилась и сама сфера их деятельности»¹. Однако очень важные и значительные изменения в плане законодательного регулирования деятельности НПО в Казахстане произошли в конце 1994 г., когда был принят новый Гражданский кодекс РК. Этот правовой документ предусмотрел новое понятие «некоммерческая организация» и предусмотрел различные организационно-правовые формы для их создания. Наряду с общественными объединениями появилась возможность создавать НКО в форме: общественного фонда, учреждения, объединения юридических лиц в форме ассоциации (союза)². Позднее был принят Закон «О некоммерческих организациях»³.

Многообразие форм некоммерческих организаций позволило создавать не только массовые организации граждан, но и организации, основанные небольшими группами граждан или даже одним гражданином.

Знаковым событием в развитии неправительственного сектора является принятие Концепции государственной поддержки неправительственных организаций Республики Казахстан, одобренной постановлением Правительства РК от 23 января 2002 г. N 85⁴, в которой определены цели и приоритеты государственной поддержки неправительственных организаций, принципы, меха-

низмы и уровни ее реализации.

Анализ развития неправительственных организаций Казахстана показывает, что в настоящее время сложились довольно устойчивые группы неправительственных организаций по различным направлениям: экологические - 15%, детские и молодежные - 13,6%, женские - 13,3%, медицинские - 13,1%, в области культуры, искусства, науки, образования - 12,5%, правозащитные - 7,6%, по социальной защите - 6,8%, по поддержке общественных инициатив - 6%, многопрофильные - 4,7%, общества инвалидов - 4,4%, по реабилитации детей-инвалидов - 3%.

Вместе с тем слабым местом в развитии неправительственных организаций в настоящее время является неравномерность развития неправительственного сектора по регионам, особенно в сельской местности. Анализ показывает активизацию неправительственного сектора в основном в крупных областных центрах и городах Астане и Алматы. Всего 8 % неправительственных организаций представлены на районном уровне, что совершенно недостаточно для развития общественной инициативы. Во многом причиной этого являлось отсутствие до недавнего времени целенаправленной государственной поддержки неправительственного сектора. Кроме того, недостаточно отработаны механизмы взаимодействия и сотрудничества государственных органов и неправительственных организаций на принципах равноправного партнерства

Порядок регистрации НПО усложнен и имеет разрешительный характер, завышен размер регистрационного сбора, не урегулирован вопрос о статусе неформальных объединений граждан без образования юридического лица. Бизнес-структуры слабо участвуют в финансовой поддержке социально значимых инициатив таких организаций.

Помимо названных, самими представителями неправительственного сектора указывалось на такие проблемы в его деятельности, как: профессионализм; появилась новая специальность: профессиональный лидер общественного движения; с одной стороны, это показатель качества работы, с другой стороны, профессиональное отно-

¹ Сиксимбаева А. Некоторые вопросы взаимодействия неправительственных организаций с государственными органами // Укрепление государственности и развитие Казахстана как демократического правового государства. – Алматы: КазГЮУ, АЮА, 2006. – С. 111-112.

² Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 г. // Ведомости Верховного Совета РК. – 1994. - № 23-24 (приложение).

³ Закон РК от 16 января 2001 г. «О некоммерческих организациях» // Ведомости Парламента РК. – 2001. - № 1. – Ст. 8.

⁴ Постановление Правительства РК от 17 марта 2003 г. N 253 «О Программе государственной поддержки неправительственных организаций Республики Казахстан на 2003-2005 годы» // САПП РК. – 2003. - N 11. - Ст. 126.

шение к общественной жизни – показатель тяжкого недуга, поражающего все общество – безверия, апатии, цинизма; «эффект заказчика» – результаты деятельности зависят от донора, кто платит, тот и заказывает и музыку, идет грубое отрабатывание чужих денег; проблема членства – корни проблемы связаны с общей низкой социально-политической активностью населения; возникнув однажды волей десятка единомышленников, общественное объединение развивается в большинстве случаев в «вертикальном» направлении, но не в «горизонтальном», то есть не за счет привлечения новых членов, а за счет качественных показателей своей деятельности. Отмечалось, что проблемы НПО – это зеркальное отражение проблем всего населения¹.

Основной целью государственной поддержки неправительственных организаций является формирование новой модели отношений в проведении социальной политики в Республике Казахстан, оказание эффективного содействия социально ориентированным неправительственным организациям посредством активного сотрудничества с ними, вовлечения их в решение социально значимых проблем, оказание информационной, консультативной, методической, организационно-технической поддержки, а также содействие через государственный социальный заказ.

В соответствии с поставленной целью в Концепции определены следующие задачи:

- 1) совершенствование системы взаимодействия и сотрудничества государственных органов и неправительственных организаций;
- 2) создание условий для роста гражданской инициативы;
- 3) финансирование программ социально ориентированных неправительственных организаций через государственный социальный заказ;
- 4) создание Советов по взаимодействию государственных органов и общественных объединений;
- 5) совместное проведение мероприятий (конференции, круглые столы, семинары, тренинги по социально значимым проблемам, благотворительные, культурно-массовые акции и другие);
- 6) информационное обеспечение деятельности неправительственных организаций Казахстана;
- 7) смягчение условий регистрации неправительственных организаций.

Выработка подходов к вопросам формирования и реализации государственной поддержки неправительственных организаций должна основываться на принципах законности, партнерства, прозрачности, равноправия, согласованности, ответственности. Государственная поддержка неправительственных организаций может осуществляться в разных формах: информационной, консультативной, методической, организационно-технической, а также оказания содействия через государственный социальный заказ.

Другим важным шагом со стороны государства в укреплении деятельности НПО следует назвать принятие Правительством РК постановления от 17 марта 2003 г. № 253 «О Программе государственной поддержки НПО на 2003-2005 г.г.»².

Например, одним из направлений реализации данной Программы должно стать развитие неправительственного сектора в регионах, особенно в сельской местности. Вовлечение местными органами власти неправительственных организаций в решение социальных проблем снимет социальную напряженность, будет способствовать росту гражданской инициативы населения в организации самопомощи и самозанятости, повышению качества и объема социальных услуг.

Создание Советов с консультативно-совещательным статусом при органах местной исполнительной власти будет способствовать поиску оптимальных путей взаимодействия органов государственной власти с неправительственным сектором. В качестве основных направлений их деятельности видятся: укрепление и расширение взаимоотношений государственных и неправительственных организаций, придание им системного характера; координация совместных действий и выработка конкретных механизмов их реализации; разработка комплексной программы совместных мероприятий, направленных на решение социальных и экономических вопросов, укрепление казахстанской государственности, демократизацию общественных процессов; совместное обсуждение актуальных проблем общественного развития в поиске взаимоприемлемых решений.

Планируется широкое привлечение неправительственных организаций в процесс разработки социально важных законопроектов и программных документов центральными государственными органами.

¹ Ивановская И. Общественные организации в Казахстане: проблемы и перспективы// Ученые записки Академии экономики и права. – 2003. – №3. – С.33-34.

² Постановление Правительства РК от 17 марта 2003 г. N 253 «О Программе государственной поддержки неправительственных организаций Республики Казахстан на 2003-2005 годы» //САПП РК. – 2003. - N 11. - Ст. 126.

Существенную помощь в становлении неправительственных организаций окажет информационная, консультативная и методическая поддержка со стороны государства. Предусмотрено создание банка данных неправительственных организаций Республики Казахстан.

Согласно этому документу для практической реализации обозначенной Программы в 2005 г. на финансирование проектов, инициированных неправительственными организациями, было Министерству культуры, информации и спорта было выделено 59 миллионов тенге, максимальная сумма на один проект составляла 1 млн. тенге. При этом следует иметь в виду, что ранее в республиканском бюджете не предусматривалась такая статья расходов¹.

Важным этапом в деле укрепления диалога между государством и НПО стало проведение 14-15 октября 2003 г. первого в истории Казахстана Гражданского форума. В работе форума наряду с представителями органов власти приняли участие 180 делегатов от НПО из всех областей республики, которые были избраны на областных и городских конференциях НПО. Целями проведения форума были названы приоритеты государственной поддержки НПО, выработка мер по взаимодействию между ними и органами власти для достижения благоприятных условий для деятельности неправительственных организаций по решению социально значимых проблем.

По мнению В. Овчаренкова, экономическая поддержка социально-ориентированной деятельности организаций гражданского общества может осуществляться через: субсидии (гранты), в т.ч. натуральные субсидии; гранты, выдаваемые по процедуре государственных закупок; законодательство о государственных закупках; налоговые льготы. Вместе с тем им отмечаются, что в реальности НКО не могут в полной мере конкурировать с коммерческими организациями, так как не обладают достаточными основными и оборотными средствами, не могут выполнить требование об обязательном 3% обеспечении конкурсной заявки. Практикуется также проведение закрытых конкурсов при распределении бюджетных средств².

Наиболее эффективной и существенной должна стать государственная поддержка неправи-

тельственных организаций в форме социального заказа.

Предметом социального заказа может являться разработка и (или) реализация целевых социальных мероприятий (акций, программ), направленных на решение конкретных социально значимых проблем, а также участие на конкурсной основе в выполнении мероприятий республиканских и местных целевых программ.

В этих целях в Казахстане разработан и принят Закон от 12 апреля 2005 г. «О государственном социальном заказе»³, который призван регулировать общественные отношения, возникающие в процессе осуществления государственного социального заказа неправительственными организациями РК. С принятием этого нормативного правового акта государство создало эффективную систему привлечения НПО к участию и реализации масштабных программ государства.

Данный нормативный правовой акт содержит предписания о том, что государственные органы оказывают НПО информационную, консультативную, методическую и иную поддержку в пределах их компетенции. Кроме того, в нем закреплен порядок финансирования НПО на конкурсной основе, что открывает новые взаимоотношения между властью и НПО. Безусловно, отмеченные положения названного Закона выглядят весьма обнадеживающими, но при этом не следует забывать, что главными проблемами, этого правового документа могут стать вопросы процедуры конкурсного финансирования. Чтобы упредить отмеченный недостаток Закона, необходимо с точностью до мелочей отработать подзаконные акты, которые будут приняты в целях реализации данного нормативного правового акта. В частности, они должны обеспечить прозрачность проводимых тендеров, необходимых при рассмотрении конкурсных документов, предусмотреть широкое информирование общественности о проводимых конкурсах.

Необходимо отметить, что сегодня значительная часть неправительственных организаций существует на международные и иностранные гранты. По мнению властей, именно НПО, финансируемые из-за рубежа, явились катализаторами «цветных» революций в ряде стран СНГ. Опасаясь подобного, Парламентом РК были приняты

¹ Нурбатырова Р.Н. Проблемы формирования гражданского общества // Укрепление государственности и развитие Казахстана как демократического правового государства. – Алматы: КазГЮУ, АЮА, 2006. – С. 65.

² Овчаренков В. Гражданское общество. Краткий обзор механизмов взаимодействия и государственной поддержки гражданского общества в Казахстане // Человек и право. – 2004. – № 2. – С. 3-4.

³ Закон РК от 12 апреля 2005 г. «О государственном социальном заказе» // Ведомости Парламента РК. – 2005. – № 6. – Ст. 8.

законы «О деятельности международных и иностранных некоммерческих организаций в Республике Казахстан» и «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам некоммерческих организаций». Однако постановлением Конституционного Совета РК от 23 августа 2005 г. № 6 эти законы были признаны не соответствующими Конституции¹. В то же время государство все же не оставило попытки поставить под определенный контроль деятельность филиалов и представительств международных и иностранных НПО на территории нашей страны.

Так, в предлагаемой Концепции проекта Закона РК «О неправительственных организациях» в целях обеспечения прозрачности финансовой деятельности НПО, включая филиалы и представительства иностранных НПО, предлагается закрепить следующие положения:

- финансирование, включая добровольные имущественные взносы, пожертвования и любые другие виды безвозмездной материальной помощи некоммерческой организации Республики Казахстан, филиалу и (или) представительству иностранной некоммерческой организации, осуществляется через банковские счета банков второго уровня Республики Казахстан с указанием целей и характера его назначения;

- расходование денег иностранными некоммерческими организациями должно осуществляться только с банковских счетов, открытых в банках второго уровня Республики Казахстан. Не допускается расходование денег через банковские счета физических лиц, в том числе руководителей, членов и сотрудников указанных организаций;

- иностранные некоммерческие организации обязаны ежегодно публиковать в периодических печатных изданиях, распространяемых на всей территории Республики Казахстан, годовую финансовую отчетность за истекший год.

По мнению разработчиков, предлагаемые нововведения будут способствовать упорядочению финансовой деятельности иностранных некоммерческих организаций. В то же время указанные цели не могут быть реализованы в полном объеме в отрыве от организационных мероприятий по созданию соответствующего финансового органа

по мониторингу финансовых потоков из-за границы.

В целях достижения прозрачности в деятельности иностранных некоммерческих организаций предлагается предусмотреть обязанность иностранных НПО предоставлять местным исполнительным органам материалы о проводимых мероприятиях. Обосновывается это требование тем, что оно будет корреспондировать п.1 ст.39 Конституции РК, норма которой предусматривает, что при необходимости защиты конституционного строя, охраны общественного порядка государство оставляет за собой право пойти на законодательное ограничение как коллективных, так и индивидуальных прав и свобод человека и гражданина. При этом необходимо учитывать наличие обязанности сотрудников государственных органов сохранять в тайне получаемые при исполнении служебных обязанностей сведения, в т.ч. и после прекращения государственной службы.

Норма, обязывающая по запросу местных исполнительных органов представлять материалы о проводимых мероприятиях, опосредована особо охраняемыми интересами и ценностями государства и общества, поскольку под ними подразумевается защита конституционного строя, независимости и территориальной целостности государства Казахстан. Тем самым Конституция предоставляет законодателю возможность определения адекватного правового реагирования на возникающие вызовы конституционным устоям, суверенитету и независимости страны.

Одновременно разработан проект Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования деятельности неправительственных организаций». Проектом предполагается внесение изменений и дополнений в Кодекс РК об административных правонарушениях, Налоговый кодекс и законы РК «О некоммерческих организациях», «Об общественных объединениях», «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств» и «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан».

В то же время анализ Концепции и законопроекта показал, что в ней, как и в действующем законодательстве, отсутствует конкретизированное понятие неправительственной организации. В

¹ Постановление Конституционного Совета РК от 23 августа 2005 г. № 6 «О проверке законов Республики Казахстан «О деятельности международных и иностранных некоммерческих организаций в Республике Казахстан» и «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам некоммерческих организаций» на соответствие Конституции Республики Казахстан» //Казахстанская правда. – 2005. - 1 сентября.

предлагаемой Концепции оно идентично понятию общественного объединения, данного в Законе «О некоммерческих организациях». Но все же надо четко определиться с содержанием данного понятия. В частности, НПО подразумевает под собой любые виды общественных объединений либо это одна из его разновидностей? Если последнее, то в чем специфика НПО? Есть разные виды общественных объединений, и все они функционируют во имя достижения каких-то общих целей их членов. Однако НПО создаются не сугубо для реализации интересов только его членов, но и других социально значимых интересов (всего общества, отдельных социальных групп). Поэтому следует показать в определении неправительственной организации и регулировании ее статуса особенность ее целей, задач, полномочий и других вопросов ее правового статуса.

Необходимо также решить вопрос о том, будут ли предлагаемые преференции и налоговые льготы, связанные с меценатством, финансированием НПО, касаться и других некоммерческих организаций, по крайней мере, тех из них, которые носят социально-культурный характер. На политические партии, профсоюзы, религиозные объединения это, очевидно, не должно распространяться.

На наш взгляд, сфера действия данного Закона должна распространяться не только на иностранные НПО, но и отечественные. В противном случае лишаются смысла льготы и преференции в налоговом законодательстве, если они будут касаться лишь зарубежных юридических лиц, а отечественные бизнесмены по-прежнему не будут никак заинтересованы в развитии неправительственного сектора, его стимулировании. Фи-

нансирование НПО будет осуществляться все также через внешние источники.

Предполагается, чтобы иностранные НПО по запросу местных исполнительных органов представляли им материалы о проводимых мероприятиях. Возникает вопрос: будет ли это распространяться на отечественные НПО? Целесообразно также определить, в каких границах должна представляться подобная информация. Иначе это чревато незаконным вмешательством местных исполнительных органов в деятельность неправительственных организаций.

Не следует забывать и о том, что важной задачей НПО является установление контактов с Парламентом и Правительством, другими государственными органами и общественными объединениями и привлечение последних к участию в принятии важных государственных решений.

Таким образом, несмотря на длительное господство государства над обществом, все-таки еще слабость институтов гражданского общества на современном этапе развития, нельзя не отметить стремление государства гармонизировать отношения с развивающимися институтами гражданского общества. Дальнейшее развитие институтов гражданского общества все сильнее станет пробуждать активность, самосознание членов общества. Кроме того, расширит и усилит официально признанный контроль за государственной властью снизу, реализуемый организованно и целенаправленно в рамках действующей политической системы. При этом важно то, что дальнейшее совершенствование законодательства в этом направлении не должно усиливать государственный контроль в сфере реализации прав и свобод граждан.

* * * * *

Автор Қазақстандағы азаматтық қоғам институттарының дамуын саралайды және институттардың оңды жайларын айтуымен бірге оның кемшілік тұстарын да көрсетеді. Бұл кемшіліктерді түзетпей, демократиялық, құқықтық жүйе орнату мүмкін емес. Автор осы мәселеге қатысты өз дәлелдерін келтіреді.

The author analyses the development of the civil society institutions in Kazakhstan. Giving credit to some positive achievements in consolidating the civil society institutions, the author points out some problems which need the urgent solution. Without resolving them it's impossible to realize the constitutional provisions about turning Kazakhstan into a democratic legal state. The author gives her evidence and arguments to confirm it.

Р.А. ПОДОПРИГОРА

главный научный сотрудник

Института законодательства Республики Казахстан,

доктор юридических наук

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ: ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ

Современное законодательство об административных правонарушениях вызывает большой интерес не только среди юристов. Такой интерес выглядит несколько необычным по сравнению с советским или постсоветским периодом, когда названному законодательству не уделялось серьезного внимания в силу разных причин: небольших санкций за административные правонарушения, ограниченности субъектов административной ответственности, разбросанности административных правонарушений и соответствующих видов наказаний по различным отраслям законодательства и т.д.

Сегодняшний интерес обнаруживается и в научных исследованиях, и в практической плоскости. Только за последние годы учеными Республики защищены две докторские диссертации¹ и несколько десятков кандидатских диссертаций по вопросам административного принуждения и административной ответственности. Но еще больший интерес законодательство вызывает у практиков, прежде всего, судей и адвокатов. Повышенное внимание последних вызвано сложностями применения, многочисленными противоречиями основного акта законодательства об административных правонарушениях – Кодекса об административных правонарушениях (КоАП), принятого в Республике Казахстан 30 января 2001 г.

Причем противоречия и проблемы были очевидны сразу после опубликования акта и введения его в действие. Более того, о них говорили ученые, специалисты задолго до принятия Кодекса. Но условия, в которых готовился Кодекс, не позволяли сделать серьезную теоретическую проработку его концептуальных положений, исключить коллизии с другими нормативными правовыми

актами, внутреннюю несогласованность акта. Напомним, что работа над Кодексом велась долгое время² с участием различных рабочих групп (и некоторые варианты, заметим, были гораздо лучше итогового акта). Неслучайно Кодекс был принят позднее других основополагающих кодифицированных актов и не только в связи с распространенным мнением, что правильнее принимать сначала уголовный кодекс, а потом уже Кодекс об административных правонарушениях. Традиционно тяжело собрать воедино огромное количество правонарушений, не являющихся преступлениями, в публичной сфере охватить их едиными процедурами, согласовать санкции. Кстати, и кодекс Казахской ССР об административных правонарушениях был принят гораздо позднее других актов – 22 марта 1984 года, тогда как Уголовный кодекс Казахской ССР – 22 июля 1959 г., а Гражданский кодекс Казахской ССР – 28 декабря 1963 г.

Несмотря на длительное обсуждение КоАП, активность различных рабочих групп, итоговый вариант Кодекса принимался в спешке, без учета мнения многих ученых и практиков, что дало о себе знать уже вскоре после вступления его в силу.

О серьезных проблемах Кодекса свидетельствуют многочисленные поправки, вносимые в КоАП. С момента введения его в действие в 2001 году принято 69 законов, вносящих изменения и дополнения в рассматриваемый Кодекс. Понятно, что административное законодательство, включая законодательство об административных правонарушениях, очень динамично, но такое громадное количество изменений все равно трудно объяснимо³.

¹ Тузельбаев Е.О. Правовые основы управления общественной безопасностью в Республике Казахстан (проблемы теории и практики): Дис. докт. юрид. наук. – Бишкек, 2004; Жетписбаев Б.А. Теоретические проблемы административно-правового принуждения в Республике Казахстан: Дис. докт. юрид. наук. – Астана, 2007. Обе диссертации, несмотря на название, большое внимание уделяют вопросам административной ответственности.

² В 2001 году Юридическая газета писала: «Кодекс об административных правонарушениях рождался в муках: пять лет напряженной работы в недрах Минюста, почти восемь месяцев – в Нижней Палате Парламента и пять дней жесткого цейтнота в Сенате – срок, вполне позволивший всесторонне проработать и оспорить все 738 статей нового свода административного законодательства» // Юридическая газета. 2001, 10 января.

³ Бесконечное число изменений привело, к примеру, к тому, что в КоАП оказалось две статьи под одним и тем же номером (см. ст. 177-1).

В настоящей статье мы не ставим целью выявление и детальный анализ огромного числа противоречий, проблем действующего КоАП. Многие из них обсуждаются на страницах научных журналов и в других средствах массовой информации. Наша задача – обратить внимание на общие принципиальные вопросы законодательства и обозначить основные направления его совершенствования.

1. Название кодекса

По нашему мнению, имеется смысл задуматься над названием кодекса. Казахстанский законодатель пошел по советскому пути, сменив в названии Кодекса только название государства. По сути кодекс посвящен не столько административным правонарушениям, сколько вопросам административной ответственности за правонарушения: и для физического, и для юридического лица гораздо важнее, как оно будет наказано. Отсюда более корректное название, отражающее природу и предназначение этого акта: Кодекс об административной ответственности. Кстати, административные правонарушения очень часто перечисляются не в самом Кодексе, а в других актах: решениях маслихатов, актах центральных исполнительных органов. Тогда как ответственность за эти правонарушения предусмотрена только Кодексом. Интересно, что в отдельных статьях КоАП сам использует формулировки «законодательство об ответственности за административные правонарушения» (см. к примеру статьи 4, 5).

2. Законодательство об административных правонарушениях

В соответствии с Законом Республики Казахстан от 24 марта 1998 г. «О нормативных правовых актах» под законодательством понимается совокупность нормативных правовых актов, принятых в установленном порядке. Статья 1 КоАП утверждает, что законодательство Республики Казахстан об административных правонарушениях состоит из настоящего Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях. Такое утверждение не соответствует ни Закону о нормативных правовых актах, базовому закону, определяющему параметры нормотворчества, ни фактическому положению вещей (как мы выше уже указывали, административные правонарушения содержатся в других актах казахстанского законодательства). Поэтому данная статья нуждается в корректировке с точки зрения более расширенного толкования понятия законодательства об административных правонарушениях.

3. Действие законодательства об ответственности за административные правонарушения во времени

В соответствии с пунктом 1 статьи 5 КоАП, лицо, совершившее административное правонарушение, подлежит ответственности на основании законодательства, действовавшего во время совершения этого правонарушения.

Совершенно объяснимое положение ревизуется в статье о штрафе, наиболее распространенном виде административных взысканий. В соответствии с пунктом 1 статьи 48, административный штраф, налагаемый за административное правонарушение должен соответствовать определенному количеству месячного расчетного показателя, устанавливаемого в соответствии с законодательным актом, действующим на момент наложения административного взыскания. Очевидно явное несоответствие общей и специальной нормы КоАП.

4. Состав административного правонарушения. Вина как элемент состава

Одно из парадоксальных положений КоАП связано с понятием административного правонарушения. Дело в том, что если административным правонарушением физического лица признается виновное (умышленное или неосторожное) действие либо бездействие физического лица, то в отношении юридических лиц о вине вообще не говорится. Для объяснения такой несправедливости по отношению к юридическому лицу снова необходимо обратиться к истории. Кодекс Казахской ССР об административных правонарушениях в качестве субъекта административной ответственности определял только физическое лицо. Хотя и в советское время фактически существовала административная ответственность юридического лица в соответствии с другими актами административного законодательства. И вполне нормальным при разработке нового КоАП выглядело желание закрепить фактическое положение вещей в нормативном порядке. Но для этого требовалась серьезная теоретическая проработка вопроса, а не простое исключение важнейшего элемента состава правонарушения. На практике это привело к тому, что вину юридического лица доказывать не надо, что само по себе абсурдно. Поэтому одно из основных направлений развития законодательства об административных правонарушениях видится в разработке нормативных положений о вине юридического лица за совершение таких правонарушений.

Очень критикуемым уже во время обсуждения проекта действующего КоАП выглядело положение

ние пункта 2 статьи 28 о том, что наложение административного взыскания на физическое лицо не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо, равно как и привлечение к административной ответственности юридического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо. По сути речь идет о том, что за одно правонарушение может наступить двойная ответственность, что нарушает основополагающие принципы ответственности, не говоря уже о том, что подобное положение создает благодатную почву для совершения коррупционных правонарушений.

5. Субъекты административной ответственности

В числе лиц, подлежащих административной ответственности, указанных в статье 31, названы юридические лица. Однако сам Кодекс в различных других статьях в качестве субъектов административной ответственности называет филиалы казахстанских юридических лиц, а также структурные подразделения (филиалы и представительства) иностранных и международных некоммерческих неправительственных объединений. Вообще деление субъектов на физические и юридические лица, применяемое, прежде всего, в гражданском праве, в административном праве воспринимается неоднозначно, что показывает хотя бы КоАП.

6. Административные взыскания

Серьезные проблемы на практике вызвало применение отдельных видов административных взысканий.

Одна из таких проблем связана с определением порядка исчисления штрафа. В соответствии с пунктом 1 статьи 48 административный штраф налагается в размере, соответствующем определенному количеству месячного расчетного показателя. В отдельных случаях, предусмотренных в статьях особенной части КоАП, размер штрафа выражается в процентах от суммы неисполненного или исполненного ненадлежащим образом налогового обязательства, а также от суммы операции, проведенной с нарушением норм законодательства Республики Казахстан, либо в размере суммы нанесенного окружающей среде вреда, либо в процентах от суммы дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности.

Статьи особенной части КоАП, забывая про общие положения исчисления штрафов, нередко устанавливают свои размеры и правила исчисле-

ния штрафов. Особенно характерно такое положение для налоговых правонарушений. Штрафы связываются с суммами расчетов, стоимостью товаров, суммами убытков или налогов, которые на самом деле уплачены. В связи с этим требуется серьезная ревизия статей КоАП, которые предусматривают «сложный» порядок исчисления штрафов.

Не менее проблемной мерой является приостановление либо запрещение деятельности или отдельных видов деятельности индивидуального предпринимателя или юридического лица. В частности, речь идет о запрещении деятельности юридического лица. Вообще-то вопросы прекращения юридической личности в соответствии с современным казахстанским законодательством относятся к сфере гражданского права (см. статью 49 Гражданского кодекса Республики Казахстан, которая, кстати, в качестве одного из оснований для принудительной ликвидации юридического лица называет совершение правонарушения).

Мы допускаем, что для эффективного воздействия на юридическое лицо-правонарушителя возможно применение такой меры административного взыскания. Но, во-первых, эта мера должна носить временный характер, учитывая принципы правовой ответственности, сроки давности наложения взысканий. Во-вторых, мера должна применяться только тогда, когда имеется соответствующее указание в конкретной статье Особенной части КоАП.

По существующему положению вещей, юридическое лицо может быть наказано за административное правонарушение и помимо этого ликвидировано судом в порядке искового производства. Именно такая трактовка КоАП обнаруживается в нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 26 ноября 2004 года № 18 «О некоторых вопросах применения судами законодательства об административных правонарушениях». В таком варианте налицо смешение гражданско-правовых и административно-правовых институтов. Мы уже пропускаем вопрос о двойной ответственности за одно правонарушение.

7. Административный процесс.

В связи с разработкой актов, посвященных административному процессу, актуальным является вопрос об адекватном правовом регулировании вопросов производства по делам об административных правонарушениях. По нашему мнению, эти вопросы должны быть вычлeны из КоАП и тща-

тельно отрегулированы в другом акте. Возникает закономерный вопрос: в каком? Решение этого вопроса зависит от общего направления развития административного судопроизводства. Если передавать в ведение административных судов не только рассмотрение дел об административных правонарушениях и жалоб на действия административных органов в процессе соответствующего производства, но и вопросы административной юстиции, то есть рассмотрения любых публичных споров между гражданами, организациями и государственной администрацией, то целесообразно иметь единый акт, регулирующий вопросы и юрисдикционного, и юстиционного плана. Если же оставлять рассмотрение публичных споров гражданско-процессуальному законодательству, тогда достаточно отрегулировать в административно-про-

цессуальном кодексе только вопросы производства по делам об административных правонарушениях. Нам представляется более предпочтительным первый подход.

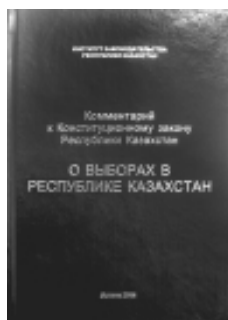
Таким образом, законодательство об административных правонарушениях требует еще большего внимания не только с точки зрения устранения многочисленных противоречий, неточностей, обнаружившихся за более, чем 6 лет его применения, но и с точки зрения возвращения к концептуальным вопросам административной ответственности, также как к теоретическим вопросам правовой ответственности применительно к одному из ее видов. Без решения этих общих вопросов трудно будет устранить и проблемы частного характера и правоприменительной практики.

* * * * *

Осы мақалада автор қолданыстағы ӘҚБтК көптеген қарама-қайшылықтарын, проблемаларын анықтау және жеке талдауды мақсат етпестен, оқырманның назарын заңнаманың жалпы қағидатты мәселелеріне аударып, оны жетілдірудің негізгі бағыттарын белгілейді.

In this article the author's purpose is not revealing and detailed analysis of huge number of contradictions, problems of working Code on administrative criminal he pays attention to the general basic questions of the legislation and designates the basic directions of its perfection.

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.

Ж.Ю. САЙЛИБАЕВАнаучный сотрудник
Института государства и права КазГЮУ**МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
КАК ОДНО ИЗ УСЛОВИЙ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
В СФЕРЕ НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЯ**

Экологический кодекс Республики Казахстан Глава 27 содержит основные приоритеты и уровни международного сотрудничества нашей страны в области охраны окружающей среды и природопользования:

- 1) охрана окружающей среды, благоприятной для жизни и здоровья человека;
- 2) достижение устойчивого развития;
- 3) защита интересов Республики Казахстан в области охраны окружающей среды и природопользования;
- 4) предотвращение, снижение и контроль трансграничных загрязнений;
- 5) развитие и поддержка свободной международной торговли и инвестиций на основе соблюдения экологических стандартов и требований;
- 6) оказание международной помощи в случае чрезвычайных экологических ситуаций;
- 7) применение норм и принципов международного права для решения трансграничных и региональных экологических проблем;
- 8) участие в международных инициативах в области охраны окружающей среды и устойчивого развития.

Международно-правовая охрана окружающей природной среды – одна из функций международного сотрудничества. Она находится в системе организационно-правовых мер, предпринимаемых членами мирового сообщества по охране природы Земли, рациональному использованию ее ресурсов, оздоровлению окружающей человека среды.

Природа не знает границ, она всеобща и едина. Защита природы и рациональное использование ее ресурсов – глобальная проблема современного человечества. Эксплуатация природных ресурсов должна осуществляться на максимально экономичном и устойчивом уровне. Государства обязаны осуществлять эффективные мероприятия по воспроизводству и возобновлению природных ресурсов.

Государства, составляющие Содружество независимых государств, ранее представляли одну страну, в которой существовал единый экономи-

ческий механизм со строгой централизацией всех отраслей народного хозяйства, плановой системой ведения экономики. В этих условиях экологические интересы отдельных союзных республик ставились в зависимость от экономических потребностей всего государства. Это привело к тому, что практически в каждой союзной республике появились зоны экологического бедствия и регионы с кризисной экологической ситуацией – результат неразумного, хищнического, преступного обращения с природой. Решение экологической проблемы видится возможным при усилении интеграционных процессов в экономике, а как следствие этого – объединение усилий в области охраны природы и рационального использования природных ресурсов. В экономическом плане решить экологическую проблему какого-либо природного объекта или комплекса на сегодняшний день представляется задачей сложной для отдельной республики.

Экологический вред, который наносится в результате производственной деятельности отдельными государствами, заставляет рассматривать экологическую проблему в интеграционном аспекте. Существование глобальных природных комплексов, экологических объектов (водных, горных, лесных и т.д.) на территориях различных государств вызывают негативное влияние не только на экологические, но и на экономические проблемы в соседнем государстве. Яркий этому пример – Каспийское море, которое государства используют как транспортную артерию и как водный объект для разведения и добычи ценных промысловых рыб, а также нефтяные разработки¹.

Каспийский бассейн по своим запасам нефти и газа реально претендует на один из крупнейших нефтеносных районов мира. В нем существуют два нефтяных бассейна – южный, который включает Азербайджан и Туркменистан, и северный, куда частично входят Казахстан и Россия. Оба бассейна имеют огромные запасы нефти и газа. Южный бассейн эксплуатируется и разви-

¹ Байдельдинов Д.Л. Экологическое законодательство Республики Казахстан. Алматы: Жеті жарғы, 1995. – 188с.

вается уже более ста лет. Общие запасы его оцениваются в 17,5 млрд. баррелей, что примерно совпадает с запасами Северного моря. Геологические данные свидетельствуют, что в южном Каспии могут быть найдены еще 18-19 млрд. баррелей нефти. Разведанные запасы на Северном Каспии составляют 10 млрд. баррелей, а прогнозируемые доступные запасы только в казахстанском секторе моря должны составить 13 млрд. тонн нефти и свыше 6 триллионов куб.м. газа¹.

Как отметил Президент Республики Казахстан Н.А. Назарбаев, «Итак, становится бесспорным тот факт, что геополитическая значимость Каспия и Прикаспийского региона сегодня неуклонно повышается. И традиционно подавляющая роль в таком повышенном геополитическом признании отводится как обнаруженным, так и прогнозным оценкам запасов энергоемких углеводородов и природного газа на морском шельфе Каспия и в континентальной части Прикаспийского региона»².

Горная хартия государств-участников СНГ от 27 марта 1997 года ставит своей целью взаимопомощь и координацию совместных действий в сфере изучения, разведки, использования и охраны недр. Одними из важнейших направлений которого является поэтапное сближение и гармонизация законодательных и иных нормативных актов в сфере изучения, разведки, использования и охраны недр; совершенствование правовой базы хозяйственного сотрудничества в условиях становления и развития рыночных отношений; разработка и предложение новых механизмов эффективного сотрудничества органов государственной власти и управления, а также субъектов хозяйственной деятельности и в сфере изучения, разведки, использования и охраны недр.

Возникновение новых независимых государств на постсоветском пространстве повлекло за собой необходимость разрешения множества проблем, связанных с обретением бывшими союзными республиками государственного суверенитета. Одна из таких проблем - территориальные вопросы. Перед государствами, прилежащими к Каспийскому морю, возникла задача его справедливого и цивилизованного, основанного на общепризнанных принципах международного права и мировой практики раздела. Если до 1991 года Каспий принадлежал двум странам, то теперь его воды омывают берега пяти государств - России, Ирана, Азербайджана, Казахстана и Туркменистана.

Существующие на сегодняшний день Договор между РСФСР и Персией 1921 года и Договор между СССР и Ираном 1940 года регулируют лишь вопросы торгового мореплавания и рыболовства. Они не содержат никаких указаний на такие компоненты правового режима, как режим дна и его недр, режим воздушного пространства над морем, природоохранный режим и др.

Это послужило основанием для начала переговорного процесса между прикаспийскими государствами с целью выработки совместными усилиями нового правового статуса Каспийского моря.

Учитывая полярность позиций и подходов прикаспийских государств в определении правового статуса Каспия, геополитическую ситуацию в регионе, ход и перспективы переговорного процесса, заключение Соглашения между Республикой Казахстан и Российской Федерацией о разграничении дна северной части Каспийского моря в целях осуществления суверенных прав на недропользование от 6 июля 1998 года и Протокола к нему от 13 мая 2002 года несомненно является успехом, что подтверждают многие специалисты и эксперты, в том числе и зарубежные. Применение метода деления по срединной линии при делимитации дна и недр Каспийского моря рассматривается ими как концептуальный прорыв в каспийском переговорном процессе.

В Соглашении стороны определили принципы разграничения сопредельных частей дна Каспия. В соответствии с положениями Соглашения дно северной части Каспийского моря и его недра при сохранении в общем пользовании водной поверхности, включая обеспечение свободы судоходства, согласованных норм рыболовства и защиты окружающей среды, разграничиваются между сторонами по срединной линии, модифицированной на основе принципа справедливости и договоренности сторон. Стороны осуществляют суверенные права в целях разведки, разработки и управления ресурсами дна и недр Северного Каспия в пределах своих частей дна до разделительной линии. Стороны имеют исключительное право на совместную разведку и разработку перспективных структур и месторождений в случае прохождения через них модифицированной срединной линии. Определение долей участия каждой из сторон проводится на основе сложившейся мировой практики с учетом добрососедских

¹ Нефть Казахстана. Казахстан – Государственная книга. – Astana Presentation, Juni 1998

² Назарбаев Н.А. Критическое десятилетие. – Алматы: Атамұра, 2003. – 240с.

отношений между сторонами. Стороны защищают и сохраняют экологическую систему Каспийского моря и все ее компоненты. В этих целях стороны самостоятельно или совместно принимают все возможные меры и сотрудничают для сохранения биологического разнообразия Каспийского моря, предотвращения, сокращения загрязнения из любого источника и обеспечения контроля над состоянием природной среды Каспия. Сторонами запрещается деятельность, которая может нанести серьезный ущерб природной среде Каспийского моря.

В Протоколе, являющемся приложением к Соглашению и его неотъемлемой частью, даны географические координаты прохождения модифицированной срединной линии разграничения дна Северной части Каспийского моря между Казахстаном и Россией, а также оговорены условия взаимовыгодного совместного сотрудничества в области освоения запасов углеводородного сырья. Модифицированная срединная линия базируется на основе равного удаления от берегов, она включает в себя участки, которые не являются равноудаленными от берегов и определяются с учетом островов, геологических структур, а также других особых обстоятельств и понесенных геологических затрат.

29 ноября 2001 года в Москве Республика Казахстан и Азербайджанская Республика подписали Соглашение о разграничении дна Каспийского моря, в целях обеспечить благоприятные условия для реализации своих суверенных прав на Каспийском море, а также урегулировать в духе взаимопониманий и сотрудничества вопросы, связанные с эффективным использованием минеральных ресурсов дна и недр Каспийского моря. Согласно Соглашению дно Каспийского моря и его недра разграничиваются между сторонами по срединной линии, которая строится на основе равного удаления от исходных базовых точек на береговой линии и островах. В пределах своих донных секторов стороны осуществляют суверенные права в целях разведки, разработки и управления ресурсами дна и недр Каспийского моря, прокладки подводных кабелей и трубопроводов по дну Каспийского моря, создания искусственных островов, берм, дамб, эстакад, платформ и иных сооружений, а также другой правомерной хозяйственно-экономической деятельности на дне.

27 февраля 2003 г. в Баку к этому Соглашению подписан Протокол, в целях определения географических координат срединной линии разграничения участков дна и недр Каспийского

моря. Данный протокол устанавливает географические координаты прохождения срединной линии разграничения участков дна и недр Каспийского моря между Республикой Казахстан и Азербайджанской Республикой.

Отмечая ухудшение состояния морской среды Каспийского моря вследствие ее загрязнения из различных источников, являющегося результатом антропогенной деятельности, включая сбросы, выбросы и размещение опасных, вредных и других загрязняющих веществ и отходов из источников, находящихся в море и на суше 4 ноября 2003 года в Тегеране Азербайджанская Республика, Исламская Республика Иран, Республика Казахстан, Российская Федерация и Туркменистан подписали рамочную Конвенцию по защите морской среды Каспийского моря. Целью Конвенции является защита морской среды Каспийского моря от загрязнения, включая защиту, сохранение, восстановление, устойчивое и рациональное использование его биологических ресурсов. Данная Конвенция применяется к морской среде Каспийского моря с учетом колебаний его уровня и загрязнения из наземных источников (ст. 3). Согласно положениям Конвенции, договаривающиеся стороны: самостоятельно или совместно принимают все необходимые меры для предотвращения, снижения и контроля загрязнения Каспийского моря; самостоятельно или совместно принимают все необходимые меры для охраны, сохранения и восстановления морской среды Каспийского моря; используют ресурсы Каспийского моря таким образом, чтобы не наносить ущерба его морской среде.

Такое согласие всех заинтересованных государств было связано с тем, что пришло ясное сознание, того, что разрешить такую глобальную задачу, как сохранение уникальной экосистемы Каспийского моря, имеющего международное значение, возможно лишь только путем взаимного и многостороннего регулирования, о чем гласят важнейшие принципы и договоры международного права в области охраны окружающей среды. «Международные проблемы, связанные с охраной и улучшением окружающей, следует решать в духе сотрудничества всех стран, больших и малых на основе равноправия. Сотрудничество, основанное на многосторонних и двусторонних соглашениях или на другой соответствующей основе, крайне важно для организации эффективного контроля, предотвращения, уменьшения и устранения отрицательного воздействия на окружающую среду, связанного с деятельностью,

проводимой во всех сферах, и это сотрудничество следует организовать таким образом, чтобы в должной мере учитывались суверенные интересы всех государств», - так провозглашено а принятой 16 июня 1972 года в Стокгольме Декларации по окружающей среде¹.

Подтверждая приверженность важнейшим принципам международного права, прикаспийские страны на одной из первых встреч в 1992 году по статусу Каспия приняли важное решение об объявлении его зоны единым экологическим комплексом, требующим совместного сотрудничества в области охраны и регулирования биологических ресурсов моря².

В феврале 1998 года представители природоохранных ведомств Казахстана, Азербайджана, Ирана, Туркменистана и России на встрече в Москве разработали проект Конвенции по охране окружающей среды в Каспийском море, которая предусматривала ответственность стран за соблюдение природозащитных мер, закрепление принципов возмещения ущерба, если они последуют при разработке дна моря. Также была достигнута договоренность создать специальный совет по охране окружающей среды в бассейне Каспия из представителей прибрежных государств, в компетенцию которого входили бы функции контроля³.

Отмечая те немногие решения, касающиеся экологического регулирования и защиты каспийской акватории, предпринимаемые прикаспийскими государствами, следует признать, что они не в достаточной мере решают поставленные вопросы. Поэтому требуются конкретные межгосударственные соглашения с участием всех прибрежных стран по вопросам охраны окружающей среды каспийской акватории.

Разумеется, решить в комплексе все вопросы охраны окружающей среды Каспия весьма затруднительно, но и откладывать проблему непозволительно, когда каждый прошедший год – это безвозвратно потерянное время для Каспия, испытывающего на себе губительное бремя разнузданного браконьерства, затопления промышленно развитых районов и сельскохозяйственных угодий, загрязнения моря и многие другие проблемы⁴.

В целом вышеуказанные международные документы свидетельствуют о намерении сторон придерживаться принципам сотрудничества в обеспечении экологической безопасности и рационального использования ресурсов Каспия и, следовательно, на их основе необходимо уже заключать специальные соглашения, которые регламентировали бы совместное использование или правила поведения сторон в отношении окружающей среды в целом и ее конкретных объектов на Каспийском море.

Наибольшее опасение для экологии Каспия вызывает нефтедобыча на шельфе моря и строительство нефтепроводов по дну Каспия. Само по себе нефтяные операции на море обладают высокой степенью экологического и геологического рисков по сравнению с теми же операциями на суше. Несомненно также, что уровень таких рисков будет возрастать в прямой зависимости от увеличения объема нефтяных операций, применения экологически небезопасных технологий разведки, добычи и транспортировки нефти, которые уже сами по себе в силу определенных природных факторов обладают высокой степенью риска.

На международной конференции «Социальные, экологические и правовые аспекты нефтяных операций на Каспии» 11-12 июня 1998 года в г. Атырау были изложены доводы экологов о реальной катастрофе моря. Например, представитель Азербайджана отметил, что «Восточное побережье Каспия очень уязвимо для нефтяного загрязнения... минерализация, то есть естественная природная переработка нефтяных отходов и нефтепродуктов у казахстанского побережья моря происходит в восемь раз медленнее, чем у западного побережья»⁵. Даже представитель консорциума «Казахстанкаспийшельф» на этой конференции признал: «те работы, которые намечаются, грандиозно масштабные и их возможные последствия непредсказуемы»⁶. Таким образом, можно заключить, что если и противоположная сторона признает наступление непредсказуемых последствий, то становится очевидным вся актуальность и насущность экологической проблемы Каспия.

Если в интересах экологической безопасности региона отказаться от нефтедобычи на шельфе моря, то Казахстану придется возместить многомиллионные затраты нефтяных компаний и

¹ Стокгольмская Декларация от 16 июня 1972г. Действующее международное право. – Москва. 1997 Т.3. – С.687.

² Салимгерей А.А. Правовой статус Каспийского моря (проблемы теории и практики). Монография. – Алматы: КазГЮУ, 2003. – 208с.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ Панорама № 24. 19.06.98.

⁶ Там же.

неизбежную в связи с этим неустойку. Разумеется, такой вариант является утопичным, но и пренебрегать доводам ученых не допустимо, так как фактически на карту поставлена жизнь уникального водоема.

На этом фоне представляется необходимость эффективного экологического контроля через межгосударственный орган с широкими полномочиями, в частности с правом на приостановление или прекращение реализации какого-либо нефтяного проекта на море в случае возникновения или наличия экологической опасности, либо повышенного риска. Такой орган, созданный на международном уровне, явился бы эффективным инструментом по охране окружающей среды Каспийского моря¹.

Все это сводится к тому, что необходимо ужесточить на законодательном уровне экологические требования, повысить степень ответственности каждого участника проекта для предотвращения технических аварий, которые постоянно возрастают.

Ведь не зря, одним из основополагающих принципов международного права является принцип ответственности за ущерб окружающей среды. Характерной особенностью данной ответственности является то, что она может наступать как в случае нарушения действующих международно-правовых норм, так и в случае отсутствия такого нарушения, если речь идет об источниках повышенной опасности (так называемая объективная ответственность). Международное право предусматривает возможность политической, материальной, а также гражданско-правовой ответственности за причиненный окружающей среде ущерб. Последний вид ответственности предусмотрен, в частности, Конвенцией о гражданской ответственности за ущерб, нанесенный окружающей среде опасными веществами 1993 года. В соответствии с ней государство должно отвечать за действия своих или находящихся под его контролем физических и юридических лиц. Здесь же можно упомянуть Международную конвенцию о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 года и Протокол 1976 года к ней. Одна из главных проблем, которая возникает в процессе реализации прин-

ципа ответственности, является проблема точной оценки нанесенного ущерба окружающей среде. Сама возможность эффективной и справедливой компенсации экологического вреда представляется спорной, не менее трудно определить и степень вины государства-нарушителя. Указанные трудности препятствуют повсеместному применению института ответственности, хотя в идеале он должен дисциплинировать участников международных отношений, обеспечивать неуклонное соблюдение ими международного природоохранного законодательства.

Реализация международных регулятивно-охранительных правовых отношений, порождаемых международными правонарушениями, необходимо предполагает определение объема ответственности.

Анализ международной практики свидетельствует, что объем ответственности государства-правонарушителя зависит, прежде всего, от характера совершенного правонарушения и его вредных последствий. Данное положение является основополагающим общим принципом для определения объема ответственности государства-правонарушителя.

Объем ответственности - это все те негативные последствия, которые возлагаются на государство, совершившее международное правонарушение. Составляющие объема ответственности могут быть самыми разнообразными и в зависимости от характера международно-противоправного деяния и сопутствующих ему обстоятельств изменяться от простого извинения и символической компенсации до значительных ограничений суверенитета государства-правонарушителя и выплаты им всеобъемлющего материального возмещения⁷.

В международном праве отсутствуют единые и четкие договорные нормы, которые бы зафиксировали критерии определения объема ответственности государства за совершение им тех или иных правонарушений. Однако международной практике известно большое количество прецедентных критериев определения объема ответственности, которыми государства пользуются как своеобразными аналогами. Положительная сторона таких критериев определения объема ответственности

¹ Салимгерей А.А. Правовой статус Каспийского моря (проблемы теории и практики). Монография. – Алматы: КазГЮУ, 2003. – 208с.

² Валлис И.А. Проблема определения объема ответственности государства-правонарушителя. Актуальные проблемы участия Республики Казахстан в межгосударственном сотрудничестве: материалы научно-теоретической конференция, посвященной 70-летию КазНУ им. аль-Фараби, 28 ноября 2003, - Алматы: «Қазақ университеті», 2003г. – 182 с.

заключается в том, что государствам предоставляется значительная свобода выбора при решении столь сложных вопросов. С другой стороны, подобные критерии при их сопоставлении обнаруживают свой нечеткий неоднородный и зачастую противоречивый характер. А это осложняет проблему определения объема ответственности государства-правонарушителя и нередко приводит к затягиванию процесса урегулирования, в результате чего возрастает как величина причиненного ущерба (в силу того обстоятельства, что ущерб своевременно не возмещается), так и издержки, направленные на ликвидацию вредных последствий правонарушителя.

Также на определение объема ответственности государства может оказать влияние форма вины государства-правонарушителя.

При совершении международного правонарушения несколькими государствами возникает вопрос о распределении объема международно-правовой ответственности между ними. Не вызывает сомнения, что государства, совершившие совместное правонарушение, должны нести совместную ответственность за любой причиненный ущерб, возникший в результате совместной деятельности. При этом возникает вопрос о критериях распределения объема международно-правовой ответственности между государствами.

Основным критерием является критерий распределения объема международно-правовой ответственности пропорционально вине каждого государства-правонарушителя применительно к объему причиненного ущерба. Другим критерием является критерий равного распределения объема международно-правовой ответственности между всеми государствами-правонарушителями в соответствии с принципом справедливости¹.

Так, в статье IV Конвенции 1972 года О международной ответственности за ущерб причиненный космическими объектами, установлено, что в случае ущерба, причиняемого третьему государству в результате столкновения космических объектов каких-либо других государств, бремя компенсации распределяется между государствами-причинителями ущерба, соразмерно степени их вины; если степень вины каждого из этих государств установить невозможно, то бремя за ущерб распределяет-

ся между ними поровну².

Таким образом, определение объема ответственности государства-правонарушителя играет важную роль в реализации международно-правовой ответственности. Только определив объем ответственности, можно должным образом привлечь государство к ответственности за совершенное международно-противоправное деяние.

Уникальная экосистема Каспия всеобща и единая для всех прикаспийских государств, требующая тесного сотрудничества и непосредственного взаимодействия этих стран, и в отношении собственных и разделяемых ресурсов в интересах охраны окружающей среды.

А.А. Салимгерей в своей работе отмечает, что одним из способов урегулирования экологических вопросов Каспия является принятие решения двумя уровнями рамочных конвенций – одной общей для Каспийского моря и специализированных конвенций по экологическим вопросам с серией дополнительных протоколов к каждой. При этом важно, чтобы они были согласованными и дополняли друг друга, в том числе и при решении одних и тех же вопросов, в частности, единого контроля, рационального использования, принципа квотирования и др.³.

Таким образом, Казахстану, Азербайджану, Ирану, России и Туркменистану наряду с Рамочной конвенцией необходимо заключить Протокол по экологической защите Каспия от загрязнения прикаспийскими странами, в котором необходимо закрепить важные положения, касающиеся ответственности любого субъекта за нарушение требований пределов экологической возможности Каспия, определив объем ответственности государства-правонарушителя. Такими ограничениями могли бы быть, к примеру, запрещение одновременного использования всех месторождений, находящихся в зоне моря, ограничение перевозки нефти по морю, запрещение строительства подводного нефтепровода по дну Каспия как потенциального источника повышенной опасности.

Для перспективы улучшения качества окружающей среды и создания хороших условий для жизни необходимо признать ответственность как гражданам и обществу, так и предприятиям и учреждениям на всех уровнях. Ведь важнейшей целью человечества является охрана и улучшение

¹ Ю.В. Манийчук. *Последствия международного правонарушения*. - Киев, 1987г.

² *Действующее международное право в 3-томах. Сост. Ю.М. Колосов и Э.С. Кривчикова, т.1, Москва, 1996 г., с. 139.*

³ Салимгерей А.А. *Правовой статус Каспийского моря (проблемы теории и практики). Монография.* – Алматы: КазГЮУ, 2003. – 208с.

ние окружающей среды, которая должна достигаться совместно и в соответствии с установленными и основными целями мира и международного экономического и социального развития. Необходимо международное сотрудничество в области охраны окружающей среды, принятие каких-либо мер со стороны международных организаций, приложение совместных усилий в целях охраны и улучшения окружающей человека среды на благо всех народов, а также необходимо местным властям и национальному правительству нести наибольшее бремя ответственности за осуществление политики в области окружающей человека среды. Принцип 13 Декларации Рио-де Жанейро 1992 года обязывает государства сотрудничать в целях разработки дополнительных международно-правовых норм, касающихся ответственности за негативные последствия экологического ущерба, причиняемого деятельностью, которая ведется под их юрисдикцией и контролем, районам, находящимся за пределами их юрисдикции.

Межгосударственное сотрудничество является необходимым условием для решения внутригосударственных проблем, оно оказывает определенное влияние на развитие внутриреспубликанского законодательства и функционирование государственного аппарата. Помимо объективной необходимости экологического взаимодействия с сопредельными государствами, межгосударственное сотрудничество направлено на использование положительного опыта законодательства стран мирового сообщества, где уровень развития экологического законодательства и государственно-правовой механизм его реализации достигает наибольшей эффективности и в решении проблем охраны природы и рационального природопользования.

На сегодняшний день международное экологическое сотрудничество – единственно возможная форма для решения вопроса ликвидации последствий экологических катастроф; только совместные усилия государств могут дать определенные результаты.

* * * * *

Қоршаған табиғи ортаны мемлекеттік-құқықтық қорғау - халықаралық ықпалдастық қызметінің бірі болып табылады. Автордың статьясында экологиялық апаттың салдарларын жою мәселелері тек мемлекеттердің бірігін шешуімен ғана жүзеге асырылатыны атап көрсетілген.

In the Sailibaeva's article has been considering the issues of international-legal co-operation of the Republic of Kazakhstan in the sphere of subsurface utilization. Interstate co-operation is a essential condition for decision of intrastate issues, they also influence for intrastate legislation. Unique ecosystem of Caspy universal and common for all of the littoral states which requires close co-operation and direct interaction of all states, regarding own and shared resources taking into account environment protection.

А.Ж. КАПАРОВА

младший научный сотрудник
Института государства и права КазГЮУ

ДВУСТОРОННИЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОГОВОРЫ И РЕЖИМ ЗАПОВЕДНОЙ ЗОНЫ В СЕВЕРНОЙ ЧАСТИ КАСПИЙСКОГО МОРЯ

С момента приобретения независимости Республика Казахстан стала активно принимать участие в международно-правовом отношении в сфере охраны окружающей среды. Одним из традиционных форм такого сотрудничества являются двусторонние договоры Казахстана с другими государствами.

Сегодня Республика Казахстан заключила двусторонние договоры в сфере охраны окружающей среды со следующими государствами: Российской Федерацией, Азербайджаном, Туркменистаном, США и т.д.

В целях обеспечения экологической безопасности, на наш взгляд Республика Казахстан в первую очередь, должна активно развивать международно-правовые отношения в сфере охраны окружающей среды с соседними государствами. Отметим, что Казахстан, как стратегический и ближайший союзник России в Центрально-Азиатском регионе, занимает одно из наиболее важных мест во внешнеполитических ориентирах Российской Федерации. На сегодняшний день среди интересов России в Казахстане особое место занимает проблема Каспийского моря. Известно, что основные направления политики России на Каспии согласно Концепции внешней политики Российской Федерации состоят в том, что «Россия будет добиваться выработки такого статуса Каспийского моря, который позволил бы прибрежным государствам развернуть взаимовыгодное сотрудничество по эксплуатации ресурсов региона на справедливой основе, с учетом законных интересов друг друга»¹.

На этом фоне можно заметить, что проблема загрязнения окружающей среды Каспийского моря стала значимой проблемой для Республики Казахстан и Российской Федерации.

Из истории Каспийского моря известно, что статьи договоров 1921-1940 гг. по Каспию перестали действовать уже в советское время. В этой связи почти все прикаспийские государства были единодушны во мнении, что в советский период международно-правовой статус Каспия не сложился, а если и формировался, то в ошибочном

направлении. Поэтому к выработке нового статуса Каспия одновременно приступили все каспийские государства. С 1992 года они фактически заложили фундамент многосторонних отношений и переговоров. Этот процесс продолжается и по сей день, также параллельно протекают двусторонние встречи и переговоры.

Таким образом, в начале 90-х годов XX столетия стали складываться многосторонние и двусторонние связи прикаспийских стран, приступивших к поиску компромисса в определении статуса бассейна: «является ли Каспий “морем” или “озером”? Вокруг этого основополагающего вопроса развернулись дискуссии. От исхода зависел принцип раздела — пространства, дна, биологических и минеральных ресурсов Каспийского моря.

Сегодня позиции России и Казахстана в принципе совпадают в проблеме раздела Каспия на секторы. Между сторонами заключен ряд соглашений, регламентирующих их взаимодействие по данному блоку вопросов. В январе 1998 года было подписано российско-казахстанское Заявление, в котором говорилось, что «достижение консенсуса предстоит найти на условиях справедливого раздела дна Каспия при сохранении в общем пользовании водной поверхности, включая обеспечение свободы судоходства, согласованных норм рыболовства и защиты окружающей среды».

Прикаспийские страны на одной из первых встреч в феврале 1992 года подписали Соглашение «О взаимодействии в области экологии и охраны окружающей природной среды». Статья 1 этого соглашения гласит: «Высокие Договаривающиеся Стороны вырабатывают и проводят согласованную политику в области экологии и охраны окружающей среды». В том же 1992 году по статусу Каспия было принято важное решение об объявлении его зоны единым экологическим комплексом, требующим совместного сотрудничества в области охраны и регулирования биологических ресурсов моря. Известно также, что важным результатом такого сотрудничества стала Комиссия по водным биоресурсам Каспийско-

¹ Дипломатический вестник МИД РФ. №8, 2000.

го моря (Азербайджан, Казахстан, Туркменистан, Россия), созданная в 1992 году. Данная Комиссия является межведомственным органом, ее решения осуществляется на добровольной основе. Комиссия регулирует следующие вопросы: рассмотрение правил рыболовства, обсуждение рекомендаций по улучшению экологических условий бассейна, по воспроизводству и сохранению биологических ресурсов. В 2002 году Иран вошел в состав Комиссии, и это стало толчком к повышению уровня Комиссии. Следует отметить, что после присоединения Ирана в состав Комиссии сразу же пошли переговоры о повышении уровня Комиссии до межправительственной и расширения ее полномочий.

6 июля 1998 года состоялся рабочий визит Президента Республики Казахстан Н.А.Назарбаева в Российскую Федерацию, где президенты обсудили актуальные вопросы казахстанско-российского сотрудничества на Каспийском море: «Стороны будут всемерно способствовать сохранению уникальной экологической системы Каспийского бассейна, прилагая усилия к подписанию всеми прикаспийскими государствами Соглашения о сохранении, воспроизводстве и рациональном использовании биологических ресурсов Каспийского моря»¹. Стороны решили подписать Соглашение о разграничении дна северной части Каспийского моря в целях осуществления суверенных прав на недропользование. Это было важным моментом в сотрудничестве двух государств.

Сегодня необходимо упомянуть, что наиболее приемлемым выходом в создававшейся ситуации, в сфере экологической охраны Каспия, явились именно двусторонние договоренности прибрежных государств. Тем более что преобладающая часть современных проблем окружающей среды имеет двусторонний характер. При этом за некоторым исключением двусторонние переговоры являются гораздо более эффективными, чем многосторонняя дипломатия, причем проблема государств, идущих на компромиссы по несоотносимым проблемам как условия их сотрудничества, могут принять форму многосторонней дипломатии, которая минимизируется двусторонними переговорами.

Однако несмотря на такие доводы, позиция Казахстана на начальном этапе не придержива-

лась двусторонних соглашений по решению всех вопросов сотрудничества на Каспийском море в том числе и вопросов экологии считалось, что без разрешения его правового статуса «все решения будут наталкиваться на нерешенность главного вопроса, при этом любые попытки закрепить в отдельных соглашениях по направлениям сотрудничества важные элементы правового режима до его определения в специальной конвенции или договоре непродуктивны и противоречат здравому смыслу»², о чем было заявлено Казахстаном на международной конференции в городе Алматы 15 мая 1995 года представителями соседних государств. В дальнейшем такая позиция Казахстана перешла на сторону двусторонних договоренностей, в особенности после Московского соглашения о делимитации морского дна северного участка Каспия.

Так, 14 августа 1998 года во время встречи Президента Республики Казахстан с главой МИД Ирана, Н.А.Назарбаев выразил готовность продолжать рассматривать вопрос по Каспию только на двусторонней основе, в случае если возникнут препятствия в переговорах на пятисторонней основе³.

Одним из таких случаев является заповедная зона в северной части Каспийского моря, поскольку территория заповедной зоны расположена на территории Республики Казахстан и Российской Федерации, следовательно, необходимо для начала рассмотреть двусторонние соглашения существующие между этими двумя государствами в области охраны природной среды Каспийского моря. Таковым является Соглашение о разграничении дна северной части Каспийского моря в целях осуществления суверенных прав на недропользование от 6 июля 1998 года между Казахстаном и Россией, ратифицированное Законом Республикой Казахстан от 14 ноября 2002 года.

Согласно данному Соглашению Стороны, учитывая значение существующих заповедных зон для сохранения и восстановления биологических ресурсов Каспийского моря, признавая важность проведения совместных научных исследований и необходимость соблюдения особых экологических требований при разведке и разработке минеральных ресурсов дна и недр северной части Каспийского моря, учитывая взаимную заинтересован-

¹ *Соглашение между Республикой Казахстан и Российской Федерации о разграничении дна северной части Каспийского моря в целях осуществления суверенных прав на недропользование (Москва, 6 июля 1998 г.), ратифицированное Законом Республики Казахстан от 14 ноября 2002 года №356-П.*

² *Выступление Гизатова В.Х. на международной конференции в г.Алматы 15 мая 1995 года.*

³ *Арткужинов Б. Казахстанско-Иранские консультации обнаружили сближение позиций по статусу Каспия// «Панорама». -1998.-№32, 21 августа.*

ность в создании правовой основы деятельности обеих Сторон по разработке недр северной части Каспийского моря договариваются, что «дно северной части Каспийского моря и его недра при сохранении в общем пользовании водной поверхности, включая обеспечение свободы судоходства, согласованных норм рыболовства и защиты окружающей среды, разграничиваются между Сторонами по срединной линии, модифицированной на основе принципа справедливости и договоренности Сторон» (ст.1). Модифицированная срединная линия базируется на основе равного удаления от согласованных базисных линий, она включает в себя участки, которые не являются равностоящими от базисных линий и определяются с учетом островов, геологических структур, а также с учетом других особых обстоятельств и понесенных геологических затрат.

Прохождение модифицированной срединной линии определяется при помощи отсчета от точек на побережьях РК и РФ с учетом островов, исходя из уровня Каспийского моря на 1 января 1998 года, равного отметке - 27 метров Балтийской системы высот.

Статья 6 Соглашения закрепляет, что «Стороны защищают и сохраняют экологическую систему Каспийского моря и все ее компоненты. В этих целях Стороны самостоятельно или совместно принимают всевозможные меры и сотрудничают для сохранения биологического разнообразия Каспийского моря, предотвращения, сокращения загрязнения из любого источника и обеспечения контроля над состоянием природной среды Каспия». Причем «вопросы, связанные со свободой судоходства и полетов, прокладки и использования подводных кабелей, трубопроводов и иными видами использования Каспийского моря будут урегулированы отдельными двусторонними и многосторонними соглашениями прикаспийских государств после заключения и на основании Конвенции о правовом статусе Каспийского моря» (ст.5). Ярким примером этому является проект Соглашения о сохранении и использовании биоресурсов Каспия, инициатором которой выступила Россия в 1991 году, к сожалению, не реализованная на сегодняшний день.

Таким образом, можно сделать следующий вывод, что согласно данному международно-правовому акту территориальный раздел северной части Каспийского моря пройдет только по дну и

не будет затрагивать воды над ним. Отсюда следует, что если такой подход будет практически реализован участниками указанного Соглашения и согласован с остальными прикаспийскими государствами, он позволит обеспечить сохранение в общем пользовании прикаспийских государств толщи и поверхности Каспия при разграничении его дна на части.

С экологической точки зрения такой подход представляется наиболее корректным. Он позволит в принципе рассматривать этот специфический замкнутый международный водоем, как юридически единую экосистему, где проблемы, связанные с охраной окружающей среды, будут решаться на основе взаимопонимания, добрососедства и сотрудничества.

К сожалению, на сегодня нет полной уверенности в последовательном осуществлении этого подхода. Неосторожные заявления и действия политиков, преследующих отличные от экологических цели, ставят под сомнение возможность его реализации и могут даже спровоцировать секторальный раздел водоема или его части. Другую крайность представляет собой подход, согласно которому ресурсы Каспия должны использоваться совместно всеми прикаспийскими государствами и не делиться по национальным секторам.

Следует отметить, что 29 ноября 2001 года во время юбилейного саммита СНГ президенты Азербайджана и Казахстана подписали Соглашение «О разграничении дна Каспийского моря»¹ по срединной линии, которая строится на основе равного удаления от исходных базовых точек на береговой линии и островах. Координаты исходных базовых точек определяются исходя из отметки -28 метров Балтийской системы высот. Азербайджан, отстаивавший позицию раздела дна, водной толщи и воздушного пространства на ней, согласился с мнением Казахстана и России «делим дно – вода общая». В результате во время визита Президента РФ В.В.Путина в Баку 8-9 января 2001 года стороны подписали Совместное заявление «О принципах сотрудничества на Каспийском море»².

Между тем 18 мая 1996 г. Россия и Иран разработали и заключили Соглашение о сотрудничестве в области рыбного хозяйства. В этом двустороннем Соглашении стороны установили запрет на морской промысел осетровых и использовали некоторые положения конвенций по морскому праву. Например, стороны признали, что го-

¹ Айдарбаев С.Ж. «Сравнительно-правовая характеристика двусторонних договоров Казахстана с Россией и Азербайджаном».

² Ахмед Бутаев «Проблема правового статуса Каспийского моря» // Сайт <http://www.wep.ru> от 13.06.2002.

сударства, в реках которых образуются запасы осетровых и других проходных видов рыб, в первую очередь заинтересованы в таких запасах, несут за них первоочередную ответственность и исходят из того, что промысел осетровых рыб осуществляется только в реках и их устьях.

На прошедшей встрече президентов Республики Казахстан и Российской Федерации в январе 2006 года в Санкт-Петербурге был принят протокол по границе Северного Каспия, где Н.А. Назарбаев заявил: «Нам предстоит сегодня принять протокол окончательный по границе Северного Каспия, который дает старт совместной работе на Курмангазинском, Центральном и Волынском - трех крупнейших месторождениях, где по принципу «пятьдесят на пятьдесят» будут работать казахстанские и российские компании»¹. В свою очередь, отсюда следует, что разведочные работы на Северном Каспии будут проводиться, значит, проблемы с экологией как в заповедной зоне, так и во всем Каспии еще предстоят.

Сегодня мы все чаще говорим об экологических проблемах Каспийского моря, но, к сожалению, не предпринимаем достаточно мер для устранения этих проблем. Так, в мае 2006 года было зафиксировано очередное ЧП на Каспии. На поверхности воды было замечено нефтяное поле. Специалисты выяснили, что нефть выходила на поверхность воды из затопленной скважины на месторождении Прибрежное². В результате данного ЧП погибло большое количество тюленей и осетровых рыб. Специалисты утверждают, что только на территории Атырауской и Мангистауской областях в прибрежной зоне под водой находятся 150 старых скважин. Конечно, надо отметить, что с 2004 года Правительство РК выделяет средства на консервацию затопленных скважин, но, увы, в Казахстане нет ни одного специализированного предприятия, которые бы занимались консервацией затопленных скважин.

Отметим, что вопрос правового режима заповедной зоны в северной части Каспия, это проблема не только Республики Казахстан и Российской Федерации, но и всех прибрежных стран. Поэтому одним из первых шагов в направлении двустороннего сотрудничества Казахстана стал договор о дружеских отношениях и сотрудниче-

стве с Туркменистаном 17 мая 1993 года³, где в статье 11 «Высокие Договаривающиеся Стороны согласовывают свои усилия по всестороннему и рациональному использованию потенциальных ресурсов Каспийского моря», а в статье 12 договора говорится, что «Стороны придают приоритетное значение обеспечению экологической безопасности, действуя в соответствии с двусторонними и многосторонними договорами». Тем самым Республика Казахстан и Туркменистан, как государства, имеющие самую большую площадь водной акватории Каспия, подтвердили приверженность международным принципам по обеспечению экологической безопасности моря. На сегодняшний день Казахстан не имеет договоренности с Ираном. Учитывая данное обстоятельство, Казахстану следовало бы взять на себя инициативу с целью решения такой задачи, тем более экологическая ситуация на Каспии требует скорейшего разрешения.

Следующим не менее важным шагом в двустороннем сотрудничестве по Каспийской проблеме является Соглашение между Республикой Казахстан и Азербайджанской Республикой «О разграничении дна Каспийского моря между Республикой Казахстан и Азербайджанской Республикой» подписанная 18 ноября 2001 года в Москве⁴. Согласно данному Соглашению, Стороны согласились, что «дно Каспийского моря и его недра разграничиваются между Сторонами по срединной линии, которая строится на основе равного удаления от исходных базовых точек на береговой линии и островах». Согласно Соглашению, Стороны осуществляют суверенные права в целях разведки, разработки и управления ресурсами дна и недр Каспийского моря, прокладки подводных кабелей и трубопроводов по дну Каспийского моря, создания искусственных островов, ферм, дамб, эстакад, платформ и иных инженерных сооружений, а также другой правомерной хозяйственно-экономической деятельности на дне.

23 сентября 2002 года в Москве было подписано Соглашение между Российской Федерацией и Азербайджанской Республикой «О разграничении сопредельных участков дна Каспийского моря»⁵. Соглашение явилось логическим про-

¹ Новости Агентства «Хабар» // Сайт <http://www.khabar.kz>

² ЧП на Каспии. Новости Агентства «Хабар» // Сайт <http://www.khabar.kz>

³ Договор о дружеских отношениях и сотрудничестве с Туркменистаном 17 мая 1993 года.

⁴ Соглашение между Республикой Казахстан и Азербайджанской Республикой «О разграничении дна Каспийского моря между Республикой Казахстан и Азербайджанской Республикой» (Москва, 29 ноября 2001 года).

⁵ Соглашение между Российской Федерацией и Азербайджанской Республикой «О разграничении сопредельных участков дна Каспийского моря» от 23 сентября 2002 года.

должением Совместного заявления Российской Федерации и Азербайджанской Республики о принципах сотрудничества на Каспийском море, подписанное 9 января 2001 года. Соглашение предусматривает, что дно Каспийского моря и его недра разграничиваются между Сторонами на основе метода срединной линии, проводимой с учетом равноудаленности точек и модифицированной по договоренности сторон.

Как мы видим, прибрежные государства заняты разделением дна в целях разведки, разработки и управления ресурсами дна и недр Каспийского моря. Эту проблему решают как на двустороннем, так и на многостороннем уровне сотрудничества. Так, в г. Алматы 14 мая 2003 года было подписано трехстороннее Соглашение между Российской Федерацией, Азербайджанской Республикой и Республикой Казахстан «О точке стыка линий разграничения сопредельных участков дна Каспийского моря». В вышеперечисленных международно-правовых актах можно увидеть, что основной задачей прибрежных государств является нефть и газодобыча. Ну а проблемы экологии на Каспии, сохранение уникального подводного живого мира отходят на второй план.

Учитывая данное обстоятельство, хотелось бы рассмотреть следующий международно-правовой акт. Это совместное заявление Российской Федерации и Исламской Республики Иран по правовому статусу Каспийского моря, подписанное 12 марта 2001 года в Москве. Согласно данному заявлению, «Стороны развивают сотрудничество на Каспийском море в различных областях посредством разработки необходимых правовых механизмов»¹. «Все решения и договоренности, касающиеся и режима использования правового статуса Каспийского моря, будут иметь силу только в том случае, если они будут приняты с общего согласия пяти прикаспийских государств». Стороны отмечают, что с учетом растущего загрязнения, а также увеличивающейся опасности разрушения его экологии и исчезновения уникальных биоресурсов, забота и сохранение в должном экологическом состоянии Каспийского моря – дело коллективной ответственности прибрежных государств. Также на встрече Стороны заявили о своем неприятии прокладки по дну моря любых транскаспийских нефте- и газопроводов, являющихся опасными

в экологическом отношении в условиях чрезвычайно активной геодинамики. Стороны утверждают принцип ответственности прикаспийских государств за ущерб, причиненный природной среде Каспия.

Рассматривая двусторонние международно-правовые акты между прибрежными государствами можно заметить, что на сегодня между Республикой Казахстан и Российской Федерацией нет ни одного соглашения по заповедной зоне в северной части Каспийского моря, который определял бы режим и статус заповедной зоны, где устанавливались бы конкретные меры по сохранению и рациональному использованию биологических ресурсов на Северном Каспии. Хотя следует отметить, что в 1991 году Российская Федерация подготовила проект Соглашения о сохранении и использовании биоресурсов Каспия, который все еще находится на стадии рассмотрения государствами.

Известно, что в конце 50-х годов в СССР вышел строжайший запрет на морской лов осетровых, которых разрешалось ловить только во время нереста в таких крупных реках, как Волга, Урал, Терек. Делалось это не с целью ущемить какую-то из республик в правах, а по настоянию ученых.

В море нагуливается молодь, находящаяся в ней икра недостаточно зрелая, то есть не соответствует товарным стандартам². Поскольку окончательное согласование и заключение пятистороннего Соглашения по биоресурсам Каспия затягивалась, Россия и Иран разработали и 18 мая 1996 года заключили Соглашение о сотрудничестве в области рыбного хозяйства. В этом двустороннем Соглашении в принципиальном плане предусмотрен запрет на морской промысел осетровых. По Соглашению Стороны признают, что государства, в реках которых образуются запасы осетровых и других проходных видов рыб, в первую очередь заинтересованы в таких запасах, несут за них первоочередную ответственность и исходят из того, что промысел осетровых рыб осуществляется только в реках и их устьях. Известно, что запрет на морскую ловлю проходных и других видов рыб широко применяется в международной практике государств.

Как отмечает А.Н.Вылегжанин, свобода рыболовства в открытом море становится все более регламентируемой. К жестким предписаниям региональных договоров о запрете промысла в от-

¹ Совместное заявление Российской Федерации и Исламской Республики Иран по правовому статусу Каспийского моря, подписанное 12 марта 2001 года.

² Вестник Каспия, №1, 2002.

крытом море анадромных, к решению Международной китобойной комиссии о моратории на бой китов (за некоторыми исключениями), Соглашением 1995 года добавлены весьма конкретные ограничительные условия промысла в открытом море трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих видов.

Вопрос заповедной зоны в северной части Каспия остается до сих пор открытым. Он не будет решен до тех пор, пока не будут созданы конкретные механизмы по защите морской среды всего Каспия. Конечно, нельзя говорить о провале региональной системы на Каспийском море, тем более, если эта система только недавно начала работать, но и оправдывать ее механизмы нельзя в условиях трудного для Каспия времени, когда решение экологических проблем является первостепенной задачей. Теперь можно убедительно утвердить, что все проблемные ситуации на Каспии действительно упираются в неопределенность его правового статуса. Отсюда вытекают многие проблемы, в том числе и вопрос режима заповедной зоны. Основываясь на вышеизложенном, можно заключить, что на сегодняшний день для решения целого комплекса проблем на Каспии необходимо в первую очередь установить его правовой статус. Отсюда можно полагать, что определение правового статуса Каспийского моря позволит прибрежным государствам вести устойчивую региональную политику в отношении всех проблем. Ну а что же касается употребления таких терминов, как «море» и «морской» в названии и в тексте Рамочной Конвенции по защите морской среды Каспийского моря, то данной проблеме посвящена статья 37 «Отношение к переговорам по правовому статусу Каспийского моря» Конвенции. Статья 37 гласит: «Никакие положения настоящей Конвенции не интерпретируются как предопределяющие результат переговоров по правовому статусу Каспийского моря».

По этому случаю возникает следующий вопрос, - какой же статус Каспийского моря станет более приемлемым для режима заповедной зоны Северного Каспия?

Что касается двусторонних соглашений прикаспийских стран в области охраны окружающей среды, то договоры Казахстана с Туркменистаном и Россией, о чем шла речь ранее, требуют дальнейшей правовой регламентации, так как они провозглашают приверженность принципам сотрудничества в обеспечении экологической бе-

зопасности Каспия и, следовательно, на основе этих законодательных положений необходимо уже заключать специальные соглашения, которые регламентировали бы совместное использование или правила поведения сторон в отношении окружающей среды в целом и ее конкретных объектов на Каспийском море.

Как отметил Мауленов К.С.: «Российско-казахстанское соглашение закладывает принципиальные основы для решения в духе взаимопонимания, добрососедства и сотрудничества в вопросах, связанных с разведкой и разработкой здесь Россией и Казахстаном углеводородных ресурсов, ни в чем не ущемляя суверенных прав на недропользование на Каспии других прикаспийских государств»¹.

На сегодняшний день, как уже отмечалось выше, нет ни одного двустороннего Соглашения между Республикой Казахстан и Российской Федерацией касательно заповедной зоны в северной части Каспийского моря. Учитывая данное обстоятельство, считаю необходимым подписать такой международно-правовой акт.

Прежде чем принять двустороннее Соглашение по заповедной зоне в северной части Каспийского моря прикаспийским государствам для начала необходимо принять единую Конвенцию по сохранению окружающей среды Каспийского региона и рациональному использованию биологических ресурсов Каспия. Такой документ должен содержать следующие вопросы:

- 1) комплексный экологический мониторинг состояния окружающей среды;
- 2) закрепление за Республикой Казахстан статуса главного нерестилища осетровых рыб Каспия;
- 3) создание и внедрение экологически безопасных технологий (прежде всего, по добыче и транспортировке углеводородного сырья);
- 4) комплексное управление окружающей средой в прибрежной зоне;
- 5) рациональное использование природных ресурсов;
- 6) вопросы воспитания экологической культуры населения.

Опираясь на такой конвенционный договор Республике Казахстан и Российской Федерации, как уже говорилось выше, необходимо подписать двустороннее Соглашение по защите заповедной зоны в северной части Каспийского моря. Двустороннее соглашение, по нашему мнению, в обязательном порядке, должен содержать следующие пункты:

¹ Мауленов К.С. *Нефтяное право Республики Казахстан и зарубежных стран. Алматы: Жеті жарғы. С.102.*

- пункт по приостановлению геологоразведочных работ на месторождениях в северной части Каспийского моря в период нереста рыб;

- пункт о создании регионального механизма по охране морской среды и морских животных Каспийского водоема;

- пункт об охране и защите богатейших водно-болотных угодий заповедной зоны;

- пункт о рациональном использовании биоресурсов Каспия в целом;

- пункт об ответственности сторон в случае невыполнения или нарушения какого-либо части такого двустороннего соглашения.

Следует отметить, что именно рациональное использование будет являться исходной точкой будущего Соглашения по заповедной зоне в северной части Каспийского моря. Под термином рациональное использование учитывается как экономические, так и экологические вопросы, решаемые путем применения правовых средств и методов, следствием которых является их обязательность, формальная определенность, гарантированность исполнения всеми прибрежными

государствами.

Также хотелось бы предложить прикаспийским государствам в целях сохранения осетровых рыб принять Конвенцию о сохранении запасов анадромных видов на Каспийском море по аналогии Конвенции о сохранении анадромных видов в северной части Тихого океана от 1992 г. Хотелось бы отметить, что Казахстан мог бы выступить инициатором принятия такого документа, поскольку в казахстанской части Каспийского моря обитает основная масса анадромных видов рыб.

В завершении хотелось бы подчеркнуть, что защита уникальных биоресурсов Каспия и – это вопрос не только законодательства и межгосударственного соглашения, но и нравственных принципов. Как провозглашает Всемирная хартия природы, «Каждая форма жизни уникальна, достойна уважения независимо от ее ценности для человека, а для того чтобы обеспечить такое признание другим живым организмам, человек должен руководствоваться нравственным кодексом поведения»¹.

* * * * *

В статье автор поднимает проблему двустороннего сотрудничества по вопросам охраны окружающей среды и режима заповедной зоны в северной части Каспийского моря.

In this article the author lifts a problem of bilateral cooperation concerning preservation concerning of the environment and mode of protected zone in Northern of the Caspian Sea.

¹ Токаев К.К. Внешняя политика Казахстана в условиях глобализации. – Алматы: GAUHAR, 2000. – 584 с.

К.М. ИЛЬСОВА

главный научный сотрудник

Института законодательства Республики Казахстан,

доктор юридических наук

К ВОПРОСУ ОБ ОПРЕДЕЛЕНИИ ПОНЯТИЯ И ИДЕНТИФИКАЦИИ ЗЕМЕЛЬНОГО УЧАСТКА В ГРАЖДАНСКОМ ОБОРОТЕ

Введение права частной собственности на земельные участки в Казахстане поставило перед правовой наукой и законодательством задачу определения понятия и видов объектов земельных прав и способов их идентификации в гражданском обороте. Конституция Республики Казахстан объектом права собственности, как государственной, так и частной, признает землю (п. 3 ст. 6). Более детально земельные отношения в настоящее время регламентируются Земельным кодексом РК от 20.06.2003 г. (далее - ЗК РК), который объектом права частной собственности признает земельные участки (ст. 23). Для обозначения объекта земельных прав ЗК РК использует в основном понятие «земельный участок», под которым понимается выделенная в замкнутых границах часть земли, закрепляемая в установленном порядке за субъектами земельных отношений. Под понятием же «земля» закон понимает территориальное пространство, в пределах которого устанавливается суверенитет Республики Казахстан, природный ресурс, всеобщее средство производства и территориальная основа любого процесса труда (п.п. 7 и 21 ст. 12 ЗК РК). В этой связи нельзя согласиться с определением понятия «объекты права собственности», данным в п. 36 ст. 12 ЗК РК, из которого вытекает, что земля (а не земельный участок) является объектом как государственной, так и частной собственности. В ГК и других нормативных правовых актах также упоминаются понятия «земля» и «земельный участок» (ст. 193, п. 1 ст. 117 ГК РК).

Общепризнанное положение о том, что объектом вещных прав могут быть только индивидуально определенные вещи, позволило некоторым авторам сделать вывод о том, что и государственная собственность не может возникнуть на земли вообще, а только на земельные участки. Так, А.Е. Черноморец отмечает, что теперь каждый субъект, в том числе и государство, какой бы фигурой оно

не было представлено, может быть субъектом права собственности только на определенные индивидуализированные земельные участки¹. На необходимость определения объектов права государственной собственности на природные ресурсы «не в их общем родовом выражении» отмечали и другие авторы².

Таким образом, для обозначения объектов земельных прав в законодательстве Казахстана используются понятия «земля» и «земельный участок». Каково соотношение между ними, существует ли противоречие между Конституцией РК, использующей понятие «земля», и другими законодательными актами, признающими объектом земельных прав земельные участки, - это вопросы, имеющие большее значение как для развития института вещных прав, так и для совершенствования законодательства. В целях установления соотношения между указанными понятиями необходимо определить их содержание.

Понятие «земля» имеет разное значение. В литературе отмечалось, что в полном смысле Земля - часть космической материи, обособленная планета солнечной системы, земной шар. Этот объект не является и не может быть объявлен чьей-либо собственностью, вещью. Все человечество, как мировое сообщество, живущее на планете Земля, может ее рассматривать как объект правового регулирования международного космического права³. Понятие «земля», которое применяется в законодательстве для обозначения объекта вещных прав, имеет более узкое содержание. Конституция РК разграничивает понятия «земля» и «недра земли» как объекты вещных прав. Определение указанных понятий дается в специальных законодательных актах. В ЗК РК определение понятия «земля» дано не для обозначения объекта вещных прав, а имеет иное, в большей мере публично-правовое значение. Между тем анализ законодательства показывает, что

¹ Черноморец А.Е. *Право собственности в сельском хозяйстве Российской Федерации*. - М., 1993. - 140 с. С. 125

² Мозолин В.П. *Право собственности в России в период перехода к рыночной экономике*. - М., 1992. - 176 с. С. 143

³ Чубуков Г.В. *Земельная недвижимость в системе российского права* // *Государство и право*. - 1995. - № 9. - С. 42-51. С. 44

объектом права частной собственности и права землепользования могут быть только земельные участки. Земля также может быть объектом собственности, но только государственной. Так, земли, принадлежащие государству, чаще всего в земельные участки не сформированы, за исключением случаев предоставления их в землепользование. Формирование земельных участков происходит в результате проведения землеустроительных работ с определением границ, площади, категории, целевого назначения и т.д. В таком формировании для государственных земель, не переданных в землепользование, нет необходимости. Более того, в некоторых случаях это трудно осуществить. Например, в мировой практике горные, лесные массивы и другие объекты, которые, как правило, остаются в государственной собственности, не формируются в земельные участки. В связи с этим нельзя, на наш взгляд, согласиться с мнением о том, что объектом права государственной собственности могут быть только земельные участки¹. Земля признается объектом собственности, но в силу изложенных причин, объектом только права государственной собственности. Между тем необходимо признать, что в п. 7 ст. 12 ЗК РК дается определение понятия земля не как объекта права государственной собственности, а как сферы распространения суверенитета РК, то есть как территории, которая не является объектом права собственности. В этой связи необходимо определиться, что понимается под понятием земля, как объекта права государственной собственности, и понятием земельный участок, как объекта права частной собственности и права землепользования.

Решение проблемы соотношения понятий «земля», «земельный участок» необходимо для определения объекта субъективного гражданского права. Для установления же объекта необходимо определить его состав (структуру, содержание). В связи с изложенным, правовое значение здесь приобретают два аспекта. Во-первых, может ли быть объектом правоотношений каждый из указанных объектов и, во-вторых, каковы способы индивидуализации указанных объектов как объектов гражданских правоотношений.

Установление соотношения между понятиями «земля» и «земельный участок» необходимо в связи с тем, что, во-первых, понятие «земля» мно-

гозначно и в широком значении слова включает и недра земли, и, во-вторых, в связи с тем, что указанное понятие во многих случаях используется в законодательстве в значении «земельный участок». Ответ на заданный вопрос можно найти в теории вещного права. Объектом вещных прав являются предметы, определяемые индивидуальными признаками. Имеет ли такой объект, как «земля», необходимую степень индивидуализации, чтобы быть признанным объектом гражданских правоотношений. В условиях монополии государства на все природные ресурсы, в том числе и на землю, объектом права государственной земельной собственности признавалась вся земля, находящаяся в границах Союза ССР и составляющая единый государственный фонд². В настоящее время вся земля в пределах государственных границ Республики Казахстан не может признаваться государственной собственностью, поскольку, начиная с 1996 года, земля предоставляется и в частную собственность.

Что же тогда является объектом права государственной собственности? Признание объектом права собственности, в том числе государственной, только земельных участков, как предлагает А.Е. Черноморец³, способствовало бы необходимой степени индивидуализации объекта права. Однако если исходить из существующего положения, формирования земельных участков на всей территории Казахстана не произошло. Нераспределенные земли, как правило, не сформированы в земельные участки. Разделение всей территории Казахстана на земельные участки для определения объектов права государственной собственности, кроме того, является достаточно дорогостоящей и длительной процедурой. Более того, в ряде случаев это практически невозможно. Например, трудно это сделать для горных массивов, лесов и других трудно доступных районов, где землеустроительный процесс (определение границ, площади, вынос границ в натуре) провести трудно.

Индивидуализация земли, как объекта права государственной собственности, осуществляется определением государственных границ страны и данными земельного кадастра, в котором имеются сведения о качественных и количественных характеристиках земли. В будущем удельный вес земельных участков, как объектов земельных прав, будет возрастать по мере увеличения оборота зе-

¹ Черноморец А.Е. *Право собственности в сельском хозяйстве Российской Федерации*. - М., 1993. - 140 с. С. 125

² Дегтярев И.В., Осипов Л.И. *Земельное право и земельный кадастр: Учебник*. - М.: Юрид. лит., 1975. - 328 с. С. 26

³ Там же. С. 125-126

мельных участков, предоставляемых в землепользование или в частную собственность. Однако и тогда в Казахстане, как в других странах, останутся земли, которые не будут сформированы в земельные участки. К ним относятся, как правило, земли запаса, лесного, водного фондов. Например, не сформированы в земельные участки дно поверхностных водных источников, континентальный шельф, территориальные воды, горные и лесные массивы и др. Вместе с тем нет сомнений в том, что в пределах государственных границ такие земли находятся в собственности государства.

Во многих зарубежных странах существование частной и государственной собственности на природные ресурсы и развитая система регистрация прав на недвижимость имеют давнюю историю. Например, в Австралии система регистрации прав на недвижимость была введена в 1858 году. И хотя в качестве объектов права собственности в ряде случаев в законодательстве указывается земельный участок, вместе с тем нельзя отрицать, что и там не все земли сформированы в земельные участки. Однако вся земля, кроме бесхозных земельных участков, находится в чьей-либо собственности. Это означает, что объектом права собственности в ряде случаев выступает не конкретный земельный участок, а земля в пределах государственных границ. ГГУ в качестве объекта права собственности, например, называет земельные участки (§§ 94-96, 577, 906, 907, 910, 912 и др.). Это означает, что объектами регистрации в поземельной книге также являются права или обременения прав на земельные участки, а не на землю вообще. Система регистрации без формирования земельного участка не может функционировать. С указанными особенностями связано то обстоятельство, что сведения в регистрационных системах об объектах государственной собственности появляются только тогда, когда регистрируются права землепользования на земельные участки, находящиеся в государственной собственности, либо в иных случаях, когда объект права государственной собственности сформирован в земельный участок. Неслучайно законодательством Германии предусмотрена норма о возникновении права государственной собственности на землю вне по-

земельной книги¹. В литературе, например, отмечалось, что в таких странах, как Швеция, Канада, Финляндия, есть немало и поныне неосвоенных лесов, находящихся в государственной собственности². Но вряд ли земли под такими лесами сформированы в земельные участки. Во многих развитых странах наблюдается обратный процесс, когда происходит возврат в государственную собственность земель, ранее находившихся в частной. Например, в Канаде подавляющая часть лесов находится в государственной собственности. В Германии площадь государственных лесов выше среднего объема для стран Европы³. Но, поскольку увеличение доли государства, как собственника, происходит при одновременном уменьшении, соответственно, доли частных владений, для таких стран характерно то, что все земли, ранее находившиеся в частной собственности, сформированы в земельные участки.

В Казахстане и в других странах СНГ ситуация иная. В условиях монополии государства на все природные ресурсы формирование земельных участков, как правило, осуществлялось только при предоставлении земель в пользование (иное право) государственных и негосударственных землепользователей. Поэтому во многих случаях не было проведено формирование земельных участков. Аналогичная ситуация характерна и для некоторых зарубежных стран. Например, Австралия считалась необитаемой, когда сэр Роберт Торренс впервые использовал там принцип регистрации титула. Когда государство передает права на недвижимость, она автоматически регистрируется. Все незарегистрированное *все еще принадлежит* государству⁴. Следует также отметить, что не происходит детальная индивидуализация и других объектов государственной собственности. Например, такой объект, как участки недр, появляется преимущественно только для установления права недропользования. В литературе, в частности, для концессионного договора отмечалось, что концессионер имеет право только на владение и пользование недрами в пределах контрактной территории и приобретает в собственность извлеченную на поверхность сырую нефть, если контрактом не оговорено иное. Бо-

¹ Baldemar Hummer, Michael Schweitzer. *Raumordnung und Bodenrecht in Europa. (Grundverkehrsproblem in ausgewählten EG-Staaten und Österreich).* - Wien: Signum Verlag, 1992. - 397 s. С. 19-21

² Дегтярев И.В., Осипов Л.И. *Земельное право и земельный кадастр: Учебник.* - М.: Юрид. лит., 1975. - 328 с. С. 159

³ Жариков Ю.Г., Масевич М.Г. *Недвижимое имущество: правовое регулирование. Научно-практическое пособие.* - М.: Издательство БЕК, 1997. - 252 с. С. 159

⁴ Первичная регистрация (Тема 5) // *Регистрация недвижимости и прав собственности. Учебные материалы. Первый Институт Независимой оценки.* - Санкт-Петербург, 1994. - Выпуск 11. (на правах рукописи). С. 7

лее того, законодательство ряда стран ограничивают количество горных отводов, предоставляемых в недропользование¹.

Таким образом, анализ законодательства Казахстана и других стран показывает, что объектами права государственной собственности могут быть как земля, недра, леса в пределах государственных границ, так и земельные участки, участки недр, если произошло формирование указанных объектов. Объектами же права частной собственности, права землепользования и права недропользования являются соответственно сформированные объекты: земельные участки и участки недр.

В обороте участвуют только такие объекты вещных прав, как земельные участки. В связи с этим в дальнейшем пойдет речь о понятии, структуре и способах индивидуализации земельных участков.

В п. 21 ст. 12 ЗК РК дается следующее определение понятия «земельный участок» - это выделенная в замкнутых границах часть земли, закрепляемая в установленном порядке за субъектами земельных отношений.

Важнейшим вопросом, имеющим научное и практическое значение, является вопрос о компонентах единицы недвижимости, в том числе земельного участка. Учитывая то, что в п. 2 ст. 118 ЗК РК земельный участок и здания и сооружения признаются самостоятельными объектами недвижимости, а согласно п. 1 ст. 42 ЗК РК право на земельный участок, если иное не установлено законодательными актами, распространяется на находящиеся в границах этого участка поверхностный почвенный слой, замкнутые водоемы, насаждения, необходимо признать, что в соответствии с законодательством РК в состав земельного участка не входят ни здания, ни сооружения, ни воздушное пространство, ни насаждения и, даже, почвенный слой. С таким положением трудно согласиться. Хотя собственник земельного участка или землепользователь, приобретая земельный участок, одновременно приобретает права на почвенный слой, все же признание почвенного слоя самостоятельным объектом нельзя признать обоснованным. При его наличии почвенный слой является частью поверхности земли и использование земель-

ного участка как для сельскохозяйственных, так и для несельскохозяйственных целей нельзя осуществить без использования почвенного слоя. Почвенный слой мы признаем неотъемлемой частью земельного участка.

При определении структуры земельного участка возникает вопрос о том, что, помимо почвенного слоя, необходимо включить в его состав. Определение принадлежностей и составных частей земельного участка, а также перечня недвижимости является центральным вопросом в законодательстве о недвижимости. Согласно, например, английского Закона о недвижимости передача прав на землю должна считаться включающей и обеспечивающей передачу с землей всех зданий, сооружений, принадлежностей, участков общего пользования, оград, канав, заборов, дорог, водных путей, свобод, привилегий, сервитутов, прав и выгод любого рода, принадлежащих и считающихся относящимися к земле и части ее, или во время передачи сданных в аренду, занятых или используемых, или считающихся или известных как часть или полоса или принадлежность земли или любой ее части². Определение состава принадлежностей земельного участка стало традиционным для законодательства³.

Кроме того, в соответствии с законодательством ряда зарубежных стран помимо физических объектов, которые в мировой практике рассматриваются как часть или принадлежность земли, существуют также некоторые виды «правовых принадлежностей», то есть юридических претензий или прав, которые относятся к единице недвижимости, например, сервитуты прокладки кабеля или трубопровода по земле соседа, или того, что называется «выгодами», например, право использовать участок земли для пастбища. В шведском законодательстве к этой группе относится членство в некоторых объединениях, например, таких, которые отвечают за содержание в исправности дорог или за эксплуатацию и использование системы централизованного отопления или общей телевизионной антенны. К этой группе принадлежит также право использования совместных земель⁴. «Правовые принадлежности»

¹ Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан. - Алматы: «Жеті жарғы», 1997. - 244 с. С. 164-165

² Викторин Андерс. Продажа недвижимости // Земельное законодательство в действии. Сборник докладов участников семинара по теме «Земельная реформа, включая проблемы земельного законодательства и земельной регистрации» в Стокгольме 16-17 июня 1996 года. - Таллин: Издательство «Alexandra», 1997. - С. 33-36. С. 33

³ Йенсец Ульф. Автоматизированная регистрация недвижимости в Швеции // Земельное законодательство в действии. Сборник докладов участников семинара по теме «Земельная реформа, включая проблемы земельного законодательства и земельной регистрации» в Стокгольме 16-17 июня 1996 года. - Таллин: Издательство «Alexandra», 1997. - С. 69-80. С. 69

⁴ Викторин Андерс. Продажа недвижимости // Земельное законодательство в действии. Сборник докладов участников семинара по теме «Земельная реформа, включая проблемы земельного законодательства и земельной регистрации» в Стокгольме 16-17 июня 1996 года. - Таллин: Издательство «Alexandra», 1997. - С. 33-36. С. 24

земли признаются в ряде других стран (Германия, Испания, Швейцария и т.д.). Например, в Швейцарии понятие «недвижимость» включает в себя не только землю, недра, прочно связанные с ней здания и сооружения, а также «четко выраженные и постоянные права, занесенные в реестр недвижимости» (ст. 655 ШГК). В литературе отмечалось, что швейцарские юристы комментируют это положение как правовую фикцию (считая, что, по сути, такие права, т.е. в основном сервитуты, недвижимостью не являются). Однако на практике оно приобретает большее значение. Такая формальность, как внесение соответствующей записи в реестр недвижимости (на чем, собственно, и основано отнесение подобных прав к недвижимости), влечет за собой правовые последствия, сходные с теми, которые считаются присущими недвижимости: особый порядок возникновения и передачи и т.п. Отмечается также, что нередко эта правовая фикция позволяет сгладить различие между вещными и обязательственными правами в целом. Так происходит, если в реестр вносится запись не о вещных (сервитутах), а об обязательственных правах. Тогда последние могут получить защиту, подобную той, которая предоставляется лишь вещным правам. Например, право арендатора по договору аренды в этом случае может быть дополнено правом следования и правом преимущества, что свойственно в теории лишь вещным правам¹.

Законодательству Казахстана также известны положения, в соответствии с которыми за юридической судьбой земельного участка следует юридическая судьба не только других объектов, прочно связанных с землей, но и определенные, связанные с недвижимостью права, которые также можно квалифицировать как «правовые принадлежности недвижимости». В частности, в соответствии с п. 1 ст. 73 ЗК РК сервитут сохраняется в случае перехода права собственности на земельный участок или права землепользования земельным участком, обремененным сервитутом, к другому лицу. Право следования и право преимущества характерны и для личных сервитутов, ренты, права аренды (п. 1 ст. 520, п. 1 ст. 559 ГК РК). Перечисленные правовые принадлежности земельного участка по своей правовой природе являются вещными обременениями прав на не-

движимость. В этой связи в казахстанской концепции они не относятся к недвижимости, а являются ограничениями вещных правомочий правообладателя, следующими за вещью. Помимо вещных обременений за судьбой недвижимости следуют некоторые обязательства, что дало нам основание для выделения обязательственных обременений, следующих за вещью.

Из изложенного следует, что допустимо различать принадлежности как физические объекты, то есть вещи, и так называемые правовые принадлежности. Последние можно разделить на принадлежности, являющиеся имущественными правами или вещными обременениями (право пожизненного проживания, сервитуты, аренда), и принадлежности, являющиеся обязательствами (уплата рентных платежей, инвестиционные обязательства, обязанность по возврату кредита, полученного участниками кондоминиума на содержание общего имущества). Для тех и других характерно следование за вещью. В связи с этим, кроме случаев, когда то или иное право (обременение права) не отнесено к преимущественным интересам, правовые принадлежности недвижимости должны быть зарегистрированы в правовом кадастре.

Для определения состава земельного участка необходимо установить правовую природу еще одного объекта. Речь идет о воздушном пространстве (столбе). В настоящее время право на использование воздушного пространства, находящегося над поверхностью земельного участка, во многих правовых системах является правом, неотъемлемо связанным с земельным участком. Так, например, согласно § 905 ГГУ право собственника земельного участка распространяется как на пространство, находящееся над поверхностью, так и на недра земли. Собственник не может, однако, воспрепятствовать воздействию, осуществляемому на такой высоте или глубине, что устранение воздействия не представляет для него интереса². Аналогичные нормы содержатся в законодательстве других стран. Так, в соответствии со ст. 951 ГК Квебека «право собственности на поверхность земли влечет право собственности на то, что находится над поверхностью земли и под ней». В ст. 667 Швейцарского гражданского уложения также определено, что «право собственности на землю простирается вверх и вниз на воздушное пространство и на недра земли».

¹ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. / Руководитель авторского коллектива - доктор юридических наук В.В. Залесский. - М.: Издательство НОРМА, 1999. - 648 с. С. 225-226

² Германское право. Часть I. Гражданское уложение: Пер. с нем. - М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. - 552 с. С. 206

Вместе с тем необходимо отметить, что тенденция ограничения права собственности на земельный участок в интересах общества и третьих лиц находит свое отражение и в правовом режиме воздушного пространства. В XIX - нач. XX века господствующей была концепция, находящая поныне свое отражение в ст. 552 ФГК, о том, что собственность на земельный участок включает в себя и собственность на все, что находится над ним, и на все, что находится под ним. В последующем это право стало обрывать ограничениями. Позже окончательно утвердилась концепция ограничения частной собственности в пространстве, в соответствии с которой недра земли и воздушное пространство изымаются из сферы действия прав поземельных собственников. Например, во Франции горное законодательство, начиная с Закона от 21 апреля 1910 года, признает государственной собственностью недра земли, а Закон от 31 мая 1924 года, регулирующий использование авиации, превратил в публичную собственность воздушное пространство¹. Согласно ч. 2 ст. 19 собственник земельного участка уже не признается собственником всего воздушного столба, и он не может препятствовать перелетам воздушных судов над его участком на соответствующей высоте².

Дореволюционное гражданское законодательство России воздушное пространство также признавало собственностью собственника земли. Согласно ст. 76 Гражданского уложения право собственности на землю простирается как на поверхность и на пространство над нею, так и на недра³. При определении границ воздушного пространства как сферы распространения права собственности собственника земельного участка российским юристом З. Гелером высказана точка зрения, в соответствии с которой «воздушное пространство должно принадлежать участку земли в таких пределах (до такой высоты), в каких (до какой высоты) это требуется назначению участка, и в этих же пределах земельному собственнику принадлежит право собственности на воздушное пространство»⁴.

В соответствии с действующим российским правом собственнику земельного участка предо-

ставляется право использовать по своему усмотрению все, что находится над и под поверхностью этого участка, если иное не предусмотрено законами о недрах, об использовании воздушного пространства, иными законами и не нарушает прав других лиц (п. 2 ст. 261 ГК РФ). В.П. Камышанским высказывалось мнение о том, что указанные права ограниченного пользования чужим имуществом следует рассматривать как законные сервитуты, а не правомочия, вытекающие из права собственности⁵. Отсюда следует вывод о том, что автор воздушное пространство признает собственностью государства, а не собственника земли, и, соответственно, не признает указанный объект ни частью земельного участка, ни его принадлежностью.

В Казахстане право собственности на земельный участок распространяется только на поверхностный почвенный слой, замкнутые водоемы и насаждения (п. 1 ст. 42 ЗК РК). Из изложенного следует, что, во-первых, воздушное пространство не входит в понятие «земельный участок», и, во-вторых, что вещные права на земельный участок не распространяются на воздушное пространство. Что же тогда является правовым основанием для использования воздушного пространства? Это закон. Государство, будучи собственником воздушного пространства (ст. 2 Закона РК от 20.12.1995 г. «Об использовании воздушного пространства и деятельности авиации в Республике Казахстан»), в самом законодательном акте предоставляет право пользования воздушным пространством в определенном объеме. Данное основание возникновения права пользования воздушным пространством и права собственности на добытые (извлеченные) общераспространенные полезные ископаемые напоминает такой способ приобретения права, известный еще со времен советского права, как обращение в собственность общедоступных для сбора либо добычи вещей (ст. 241 ГК РК). Вопрос же о том, является ли пользование воздушным пространством сервитутным правом или его правовая природа иная, достаточно дискуссионен.

Один из иностранных аналитиков земельных реформ в государствах СНГ, Уидмарк Джим, от-

¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств. Учебник. - М.: Международные отношения, 1993. - 560 с. С. 218-219

² Камышанский В.П. Право собственности: пределы и ограничения. - М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. - 303 с. С. 204

³ Гражданское уложение. Проект. Высочайше учрежденной Редакционной комиссией по составлению гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии) / Под ред. И.М. Тютрюмова. - Т. 1. - С.-Петербург: Издание книжного магазина «Законоведение», 1910. - 1216 с. С. 267

⁴ Там же. С. 269

⁵ Камышанский В.П. Право собственности: пределы и ограничения. - М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. - 303 с. С. 205

мечал, что для наших стран «земля является гораздо более узкой концепцией в вертикальном измерении, чем то, к чему мы привыкли. Хотя вероятно, она должна включать почвенный слой, необходимый для корневых систем растительности и для зданий. Как далеко концепция распространяется над землей, я не знаю, но, вероятно, выше верхушек деревьев и крыш зданий»¹.

На наш взгляд, право на воздушное пространство (столб) не должно признаваться только как сервитутное право на чужое имущество. При этом следует отличать воздушные массы от воздушного пространства. Воздушные массы являются движимым имуществом, и права на них аналогичны правам на птиц и животных в естественной среде обитания. Они принадлежат государству. В данном случае речь идет только о воздушном столбе, как ограниченном по вертикали и по горизонтали пространстве, находящемся над поверхностью земельного участка и необходимом для удовлетворения нужд собственника земельного участка. Такое пространство всегда находится над поверхностью земли и является неотъемлемым ее атрибутом. Нам представляется, что недостаточно признание на воздушное пространство только права пользования, на него также необходимо распространить такие же вещные права, как и на земельный участок. Право пользования, возникающее в рамках сервитутных прав, носит ограниченный и целевой характер и не может удовлетворить потребности собственника земельного участка. Так, например, здание расположено на земельном участке только своим фундаментом, в то время как остальные его конструкции, как правило, находятся в воздушном пространстве. Такое пользование воздушным пространством, на наш взгляд, нельзя признать ограниченным. Вместе с тем необходимо определить пределы воздушного пространства, принадлежащего собственнику земельного участка. Протяженность воздушного пространства в данном случае, на наш взгляд, должна определяться целевым назначением земельного участка. При предоставлении земельного участка под строительство жилых и нежилых зданий пределы воздушного пространства должны определяться с учетом санитарных, экологических, градострои-

тельных, строительных и других норм и правил. Это означает, что собственнику земельного участка для таких целей должна принадлежать часть воздушного пространства, в вертикальном столбе которой допускается по требованиям градостроительных норм строительство зданий (сооружений), а также та часть воздушного пространства, которая необходима для размещения тех или иных устройств, необходимых собственнику для обслуживания и эксплуатации своей недвижимости (например, для размещения телекоммуникационных и других не запрещенных для использования устройств). Кроме того, при определении пределов такого пространства, на наш взгляд, должны учитываться потребности людей, связанные с обеспечением их прав на охрану здоровья, на здоровую окружающую среду. В таких пределах, например, не должны проводиться работы, которые могут причинить вред жизни и здоровью.

Признание воздушного пространства собственностью собственника земельного участка в пределах, определяемых целевым назначением земельного участка, а также с учетом санитарных, экологических, градостроительных и других норм и правил, позволит устранить необоснованное вмешательство третьих лиц, в том числе государства. Напротив, сверх таких пределов воздушное пространство составляет государственную собственность и может использоваться в установленном порядке собственником и иными лицами (для воздушных полетов, для исследовательских работ, для размещения воздушных тел и т.д.). В дореволюционном российском праве такое пространство, расположенное за пределами части воздушного пространства, принадлежащего собственнику земельного участка, объявлялось *res communis omnium*, и всякий мог пользоваться им свободно для каких угодно целей².

В литературе последних лет стали отмечать необходимость рассмотрения земельного участка вместе с расположенными объектами как единого комплекса недвижимого имущества. Указывается также на необходимость сближения правового режима различных объектов недвижимости, связанных между собой. Так, например, Г.А. Волков, А.К. Голиченков, О.М. Козырь пишут: «проблема, связанная со становлением рынка земли в

¹ Уидмарк Джим. *Земельные реформы и системы земельного регулирования в восточной Европе // Земельное законодательство в действии. Сборник докладов участников семинара по теме «Земельная реформа, включая проблемы земельного законодательства и земельной регистрации» в Стокгольме 16-17 июня 1996 года.* - Таллин: Издательство «Alexandra», 1997. - С. 88-103. С. 93

² *Законы гражданские (Свод зак. Т. X, Ч. I. Изд. 1900, по Прод., 1906, 1908, 1909 г.) с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Четвертое издание. Сост. И.М. Тютрюмов.* - Санкт-Петербург: Изд-во «Законоведение», 1913. - 1906 с. С. 269

городах и иных поселениях, связана с тем, что действующее российское законодательство подчас противоречиво регулирует правовой режим отдельных составных частей единого комплекса недвижимого имущества: зданий, сооружений, строений, с одной стороны, земельного участка, на котором они расположены, - с другой, и инфраструктуры, в том числе под землей»¹. Другие авторы, Ю.Г. Жариков и М.Г. Масевич, также считают, что необходимо «средствами законодательства открыть возможность сближения правового режима использования земель и другого недвижимого имущества – объектов товарного оборота, отношения по поводу которых регулируются нормами гражданского законодательства»².

Согласно еще одному подходу, которое базируется на законодательстве ряда западных стран (Германии, Швейцарии, Квебека и др.), земельный участок - понятие сугубо юридическое и представляет собой часть пространства, имеющую конечную форму, сужающуюся до точки к центру земли и расширяющуюся в противоположном направлении³.

В мировой практике, как уже отмечалось, распространена закреплённая в законодательных актах позиция, что объекты, расположенные на земле, являются ее составными частями, а не принадлежностью. На наш взгляд, такие объекты не соответствуют ни признакам составной части, ни признакам принадлежности. Земельный участок является природным объектом, в то время как здания и сооружения - это объекты, созданные трудом человека. Частью земельного участка такие объекты, на наш взгляд, не могут признаваться и в силу различий «в происхождении», и в силу различий физических свойств. Только при введении единого понятия «объект недвижимости» («недвижимый комплекс» или др.) для земельного участка и других расположенных и прочно связанных с ним объектов, можно было бы их рассматривать как сложную вещь, объединенную указанным наименованием. Сложная вещь, как известно, может состоять из разнородных физи-

чески связанных или не связанных между собой самостоятельных вещей. При применении концепции сложной вещи к единому недвижимому комплексу, состоящему из земельного участка и (или) зданий (сооружений), насаждений, замкнутых водоемов, воздушного пространства, понятием, обозначающим такой комплекс, а не понятием «земельный участок», будут охвачены все перечисленные объекты, следующие единой юридической судьбе.

На наш взгляд, рассматриваемые объекты не могут быть признаны также принадлежностью земельного участка. Связь между главной вещью и принадлежностью не физическая, а функциональная. В литературе отмечалось, что в отличие от сложной вещи, где подчинение части целому предполагает, что одно не используется без другого, принадлежность сохраняет значение самостоятельной вещи, поэтому закон разрешает в договорном порядке ограничивать общее правило о следовании принадлежности судьбе главной вещи⁴.

Более того, принадлежностями в мировой практике признаются только движимые вещи. Только тогда судьба принадлежности может измениться в силу соглашения договаривающихся сторон. Например, в соответствии с § 97 ГГУ принадлежностью признаются движимые вещи, которые не являются составными частями главной вещи, служат хозяйственному назначению главной вещи и в соответствии с этим предназначением находятся в пространственных отношениях с нею⁵. Аналогичной позиции о понятии «принадлежность» придерживались и в дореволюционном русском праве⁶. В связи с изложенным концепцию принадлежности можно применить к рассматриваемым отношениям только как юридическую фикцию. То есть можно приравнять объекты, расположенные на земельном участке, к принадлежности для того, чтобы распространить на них режим земельного участка. Другим выходом из положения, как уже указывалось, и это соответствует мировым тенденциям, является введение понятия, которое обо-

¹ Волков Г.А., Голиченков А.К., Козырь О.М. Развитие рынка земли: правовой аспект // Государство и право. - 1998. - № 2. - С. 50-58. С. 56

² Жариков Ю.Г., Масевич М.Г. Недвижимое имущество: правовое регулирование. Научно-практическое пособие. - М.: Издательство БЕК, 1997. - 252 с. С. 21

³ Бабкин С.А. Основные начала организации оборота недвижимости. - М.: АО «Центр Юр Инфор», 2001. - 371 с. С. 52-54

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. - М.: Издательство БЕК, 1996. - 714 с. С. 231

⁵ Германское право. Часть I. Гражданское уложение: Пер. с нем. - М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. - 552 с. С. 30-31

⁶ Гражданское уложение. Проект. Высочайше учрежденной Редакционной комиссией по составлению гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии) / Под ред. И.М. Тютрюмова. - Т. 1. - СПб.: Издание книжного магазина «Законоведение», 1910. - 1216 с. С. 61

значает сложную вещь, состоящую из земельного участка и других объектов недвижимости, расположенных на нем. В мировой практике таким понятием является само понятие «земля». На наш взгляд, в Казахстане, учитывая сложившееся применение понятия «земля» как природного объекта, необходимо применение других понятий, обозначающих недвижимый имущественный комплекс, состоящий из прочно связанных между собой объектов недвижимости (например, крестьянское хозяйство, кинотеатр, магазин, жилищный комплекс и т.д. с учетом цели использования недвижимости).

Другим важным аспектом является вопрос об идентификации земельного участка в гражданском обороте. Земельный участок, как природный объект, имеет разные характеристики: количественные, качественные, бонитировка, географические, экономические, социальные и т.д. В частности, к качественным характеристикам земли можно отнести содержание гумуса, наличие питательных веществ и вредных процессов (эрозия, засоленность), механический состав (песчаные, супесчаные) и т.д. Бонитировка имеет предметом плодородие и местоположение земель, то есть то, что экономически выражает качество земли и подлежит количественному измерению и оценке¹. Вместе с тем следует учитывать, что при правовом регулировании отношений, предметом которых являются земельные участки, не все его характеристики приобретают юридическое значение. Так, С.В. Скрыбиным поддерживается высказанный в литературе взгляд о том, что в правовом отношении значение имеют не вещи сами по себе как таковые, хотя в некоторых случаях физические, химические и иные свойства вещей оказывают влияние на их правовой режим, а вещи как объект человеческой деятельности, связанный с обладанием².

В гражданском праве правовое значение приобретают такие характеристики объектов недвижимости, которые являются для них идентифицирующими, то есть позволяющими отличить от любых аналогичных, а также те, которые влияют на их правовой режим. В связи с этим в дальнейшем мы будем говорить только об идентификации земельного участка с точки зрения гражданского права.

Для земельного участка его идентификация осуществляется установлением кадастрового номера, местоположения, границ, площади, делимости (неделимости), целевого назначения, категории. Чтобы отличить один земельный участок от другого, достаточно указать его местоположение, границы и площадь. Такие же характеристики, как категория, целевое назначение, делимость (неделимость), не только идентифицируют земельный участок, но и определяют, кроме того, его правовой режим.

Присвоение кадастрового номера объекту недвижимости является одним из необходимых условий его идентификации. Без кадастрового номера невозможно ведение ни земельного, ни градостроительного, ни правового кадастров. Кадастровые номера земельным участкам в настоящее время присваиваются в соответствии с положениями, предусмотренными Правилами ведения государственного земельного кадастра в Республике Казахстан, утвержденными постановлением Правительства Республики Казахстан от 20 сентября 2003 г. № 958. Построение кадастрового номера в соответствии с п. 43 указанных Правил определяется кодом области или города республиканского значения, кодом учетного квартала и порядковым номером земельного участка в учетном квартале и/или административном районе, городе областного (районного) значения. Система присвоения кадастровых номеров, связанных к административно-территориальному делению, создает немало проблем. Так, за последние десятилетия административно-территориальное устройство Казахстана менялось неоднократно. При разделении, выделении, слиянии административно-территориальных единиц данные земельного и правового кадастров и правоустанавливающих и идентификационных документов перестают быть актуальными, пока в них не внесут изменения. Внесение таких изменений из-за недостаточности средств и времени значительно затруднено, поскольку в настоящее время приоритет имеет кадастр на бумажных носителях. На практике изменения вносятся только по мере совершения сделок. В связи с этим данные кадастров и правоустанавливающих и идентификационных документов до внесения изменений противоречат друг другу. Такой проблемы нет в тех

¹ Колотинская Е.Н. Правовые основы природно-ресурсовых кадастров в СССР. - М.: Изд-во Московского университета, 1986. - 132 с. С. 26-28

² Скрыбин С.В. К вопросу о разграничении вещных и обязательственных прав // Вещные и обязательственные права в законодательстве Республики Казахстан. Материалы международной научно-практической конференции / Отв. ред. М.К. Сулейменов. - Алматы: КазГЮА, 2000. - С. 46-50. С. 47

зарубежных странах, где кадастровый номер не привязывается к административному устройству. Например, в Австралии существует номер карты, к которому привязан номер участка. При делении или слиянии земельного участка достаточно поменять карту, на которой отражено незначительное количество земельных участков.

В связи с изложенным в Казахстане складывается ситуация, когда при фактически новых кадастровых номерах в кадастровой документации и в правоустанавливающих и идентификационных документах на земельные участки указаны устаревшие номера. Между тем источниками юридически значимой информации о зарегистрированных правах на недвижимость, помимо правового кадастра, признаны правоустанавливающие документы, находящиеся на руках у правообладателя (п. 9 Правил оказания информационных услуг Центрами по недвижимости Комитета регистрационной службы Министерства юстиции Республики Казахстан, утвержденных приказом Министра юстиции РК от 29.01.2000 г.). Замена последних или внесение в них изменений до совершения сделок являются достаточно сложными процедурами.

Несовершенная система присвоения кадастровых номеров, к тому же привязанная к такому нестабильному фактору, как административно-территориальное устройство, таким образом, создает в гражданских правоотношениях проблемы идентификации земельных участков, а также актуальности кадастровой документации и правоустанавливающих и идентификационных документов.

Принципы присвоения кадастровых номеров должны быть предусмотрены законодательством для того, чтобы устранить неясность в определении объекта правоотношения. От методики присвоения кадастровых номеров зависит как определение единицы недвижимости, являющейся объектом права, так и удобство в построении правоотношения, в частности, при заключении сделки. Нам представляется, что законодательством необходимо допустить применение того или иного принципа присвоения кадастрового номера с учетом следующих обстоятельств: 1) волеизъявления правообладателя; 2) физических характеристик объекта; 3) целевого назначения объекта; 4) возможности заключения сделки с частью объекта.

В ряде случаев, исходя из дополнительных обстоятельств (наличие смежных участков, затрудняющих доступ или проход к одной из ее частей, сформированной в самостоятельный земельный участок и др.), в связи с которыми заключение сделки с частью объекта нецелесообразно и

противоречит принципам формирования самостоятельных объектов недвижимости, более правильным было бы присвоение комплексу одного кадастрового номера, то есть рассматривать объект как одну единицу недвижимости. Такой же подход, на наш взгляд, необходимо соблюдать в тех случаях, когда дробление земельного участка противоречит общественным интересам.

Из изложенного следует, что в настоящее время в связи с приватизацией жилища, земельных участков и других объектов недвижимости проблема формирования единицы недвижимости встала наиболее остро. Определение единицы недвижимости необходимо для того, чтобы установить объект, на который распространяется раздельная собственность. Критерии, которые определяют формирование земельного участка, жилища или иного объекта недвижимости как единицы недвижимости, отличаются друг от друга. При формировании земельного участка, на наш взгляд, обязательными следует признать следующие правила:

- 1) необходимо исходить из минимального размера земельного участка, который должен быть установлен в законодательстве с учетом его целевого назначения;

- 2) земельный участок не может быть разделен, если в результате его деления не могут быть соблюдены нормы о минимальном размере земельного участка;

- 3) при установлении минимального размера земельного участка, помимо целевого назначения, необходимо учитывать географические, климатические, региональные факторы, а также строительные и градостроительные нормы и правила, которые определяют оптимальный размер земельного участка для той или иной цели в данном районе (населенном пункте).

В Республике Казахстан до принятия Закона от 26.07. 2007 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее - Закон «О государственной регистрации») идентификация земельного участка осуществлялась выдачей правоудостоверяющего документа. В связи с принятием Закона о государственной регистрации были внесены изменения и дополнения в некоторые законодательные акты РК по вопросам государственной регистрации прав на недвижимое имущество. Одним из важных нововведений, предусмотренных в п. 25 ст. 12 и п. 9 ст. 43 ЗК РК, является замена понятия «правоудостоверяющий документ на земельный участок» на понятие «идентификационный документ на земельный участок». Правоудостоверяющий документ на земельный участок носил

именной характер и на практике при переходе прав на земельный участок приобретателю приходилось переоформлять его на свое имя. На это требовались время и затраты. При этом значительно увеличивались риски приобретателя^{1,2}. В настоящее время в соответствии с п. 9 ст. 43 ЗК РК при переходе прав на земельный участок идентификационный документ передается приобретателю или иному правообладателю. Замена такого документа необходима только при изменении идентификационных характеристик земельного участка. Вместе с тем нельзя согласиться с нормой, в соответствии с которой при смене правообладателя на таком идентификационном документе органом по ведению государственного земельного кадастра вносится запись о правообладателе (п. 9 ст. 43 ЗК РК). Идентификационный документ на земельный участок необходим для того, чтобы идентифицировать земельный участок, являющийся объектом гражданских правоотношений, но не его правообладателя. Для этого существует правоустанавливающий документ. Оба документа «сопровождают» операции с земельным участком и для целей ведения правового кадастра нет никакой необходимости в указании в идентификационном документе сведений о правообладателе. Информация о смене правообладате-

ля нужна органам по ведению земельного кадастра. Однако считаем, что недопустимо возлагать на правообладателя обязанность «доставлять» такую информацию из правового кадастра в земельный. Обмен информацией может происходить в рамках взаимодействия указанных органов. Более того, согласно ст. 12 Закона о государственной регистрации в состав правового кадастра входит информационная система, сведения из которой должны быть доступны государственным органам в соответствии с их компетенцией.

В связи с изложенным, мы признаем, что для идентификации земельного участка в гражданском обороте нет никакой необходимости указывать на идентификационном документе сведения о правообладателе. Назначение такого документа состоит в том, чтобы идентифицировать земельный участок, независимо от того, кому принадлежит земельный участок. В связи с этим считаем, что в п. 9 ст. 43 ЗК РК необходимо исключить норму, согласно которой в случае отсутствия изменений идентификационных характеристик земельного участка органом по ведению государственного земельного кадастра новый идентификационный документ не выдается, а вносится запись о правообладателе.

* * * * *

Мақала құқық нысаны ретіндегі жер телімін қалыптастырудың маңызды мәселелеріне, "жер" және "жер телімі" түсініктерінің қатынастарын анықтауға және де азаматтық айналымдағы жер телімін сәйкестендіру мәселелеріне арналған.

The article is devoted to urgent problems of forming of the ground area as an object of the right, defining a parity of concepts "ground" and "ground area" and also to the questions of identification of the ground area in a civil use.

¹ См. подробнее: Ильясова К.М. Соотношение правоустанавливающих и правоудостоверяющих документов на земельные участки по новому Земельному кодексу Республики Казахстан //Право и экономика в Казахстане.- 2004.- № 10 (226). - С. 46-50

² Ильясова К.М., Скрябин С.В. Проблемы совершенствования законодательства Республики Казахстан о предоставлении и гражданском обороте земельных участков// Юрист.-2005.-№ 4.

С.П. МОРОЗ

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

О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ДОГОВОРА

В юридической литературе вопрос о понятии и сущности договора остается дискуссионным. Разнообразие подходов к разрешению этой проблемы сложилось еще в римском праве, согласно положениям которого, договор можно рассматривать, как основание возникновения правоотношения (юридический факт), как само правоотношение, возникшее из этого основания либо как форму, которую правоотношение принимает.

Современные представления о договоре вобрали в себя вышеназванные аспекты: наряду с признанием договором соглашения двух или нескольких лиц о возникновении, изменении или прекращении гражданских правоотношений, например, О.С. Иоффе отмечал, что иногда под договором понимается самое обязательство, возникающее из такого соглашения, а в некоторых случаях этот термин обозначает документ, фиксирующий акт возникновения обязательства по воле всех его участников¹. Согласно другому подходу, сторонниками которого являются М.К. Сулейменов, Б.В. Покровский, договор как юридический факт служит основанием возникновения договора как правоотношения или договорного правоотношения². Н.Д. Егоров под договором понимает юридический факт, лежащий в основе обязательственного правоотношения³. А. Ротарь считает, что трактовки договора лишь как сделки или правоотношения неточны и свидетельствуют о непонимании сущности и истинного значения договора, его ведущей роли в организации договорных отношений⁴. Также существует точка зрения, которую высказала Р.О. Халфина, в соответствии с которой в понятие договора помимо согласования воли двух или нескольких лиц должны быть включены их взаимные гражданские

права и обязанности⁵. В последнем случае, хотя и отрицается многопонятийное представление о договоре, но включение в понятие договора прав и обязанностей, с другой стороны, свидетельствует о противоположном – потому что права и обязанности в отрыве от правоотношения существовать не могут. Следовательно, несмотря на принятую попытку отвергнуть представления о понимании договора как правоотношения, следует признать, что она не удалась. Соответственно, договор можно понимать и как юридический факт, и как правоотношение, им порожаемое.

Особое отношение к пониманию сущности договора высказывают представители науки хозяйственного права. В частности, по мнению Д.Н. Сафиуллина, даже как основание возникновения обязательства хозяйственный договор есть более сложный феномен, чем сделка; в пределах одного договора совершается множество организационных и имущественных действий, влекущих за собой возникновение, изменение и прекращение относительно обособленных правоотношений, поэтому хозяйственный договор можно назвать «сделкой сделок»⁶. С позиции Н.И. Клейн, организационные функции присущи любому хозяйственному договору (где возможно сочетание организационного и имущественного начала)⁷. В общем, договор – это не только правовая форма имущественных отношений, но и средство их организации.

В отличие от категории «предпринимательский договор (предпринимательская сделка)» понятие «хозяйственный договор» появилось в 30-х годах прошлого столетия, первоначально как синоним договора поставки⁸. Впоследствии понятие хозяйственного договора было расши-

¹ Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Юридическая литература, 1975. С. 26.

² Договор в народном хозяйстве (вопросы общей теории). / Под ред. М.К. Сулейменова, Б.В. Покровского. – Алма-Ата: Наука Каз.ССР, 1987. С. 13.

³ Гражданское право: учебник. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998. Ч. 1. С. 428.

⁴ Ротарь А. Согласование условий договора. // Законодательство. 2001. № 11. С. 25.

⁵ Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. – М.: Издательство Академии Наук СССР, 1954. С. 50.

⁶ Хозяйственный договор. Общие положения. Учебное пособие. / Д.Н. Сафиуллин, Е.П. Губин, Е.А. Суханов. – Свердловск: Свердловский Юридический Институт, 1986. С. 26.

⁷ Клейн Н.И. Организация договорно-хозяйственных связей. – М.: Юридическая литература, 1976. С. 72.

⁸ Братусь С.Н., Лунц Л.А. Вопросы хозяйственного договора. – М.: Госюриздат, 1954. С. 6-7.

рено до особой конструкции, охватывающей все виды договоров, специально предназначенных для использования социалистическими организациями в хозяйственных правоотношениях. Как отмечают М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, с самого момента своего появления конструкция «хозяйственного договора» оказалась в центре внимания ученых, мнения которых разделились следующим образом: 1) одна группа авторов признавала хозяйственные договоры основным институтом особой отрасли – хозяйственного права; 2) другая группа сторонников единства гражданского права отрицала возможность признания хозяйственного права самостоятельной отраслью права (хотя среди них оказались и те, кто выступал за выделение особой группы – хозяйственных договоров, регулирование которых должно было подчиняться общим нормам гражданского права¹).

Примерно таким же образом распределились позиции ученых и сегодня. Не затрагивая проблему о месте предпринимательского права в системе права, отметим, что «преemptивность соответствующих взглядов» характерна не только для представителей единой хозяйственно-правовой школы, но и для сторонников монистической концепции гражданского (частного) права тоже, и это вполне закономерно. Что же касается предпринимательских договоров, то нельзя со всей очевидностью утверждать, что они не могут быть отнесены к особой группе гражданско-правовых договоров.

Говоря о специфических особенностях предпринимательского договора, отличающих его от гражданско-правового договора, В.С. Анохин называет следующие: 1) его участниками являются только предпринимательские структуры, иные хозяйствующие субъекты по отношению друг к другу; 2) стороны согласовывают условия, исходя из своих экономических интересов и способов решения, стоящих перед каждой из них задач; 3) предпринимательский договор применяется исключительно в сфере предпринимательства и иной экономической деятельности; 4) содержание предпринимательского договора в значительной степени связано с плановым характером деятельности предпринимателей; 5) значение предпринимательского договора определяется тем, что он выступает в

качестве правовой формы имущественных отношений в экономической сфере; 6) велико значение предпринимательского договора в обеспечении правовой защиты имущественных интересов и прав сторон, поскольку именно в договоре устанавливаются санкции за нарушение взаимных обязательств, определяются условия их применения².

Вместе с тем не все из указанных особенностей могут быть признаны настолько существенными, чтобы подтвердить обоснованность выделения предпринимательского договора как отдельного вида гражданско-правового договора. Например, любой гражданско-правовой договор направлен на обеспечение защиты прав и интересов сторон или выступает в качестве правовой формы имущественных отношений. Другое дело – субъектный состав и сфера применения предпринимательского договора, на наш взгляд, – это два главных признака предпринимательского договора, позволяющих отличить его от обычного гражданско-правового договора. Но даже их недостаточно, чтобы отрицать гражданско-правовую природу предпринимательского договора.

Соответственно, попытки обосновать самостоятельность предпринимательского (хозяйственного) договора (да и предпринимательского (хозяйственного) права как отрасли права) являются беспочвенными. Как справедливо замечено Е.А. Сухановым, безвозвратно ушли в прошлое конструкции хозяйственного договора, отличавшегося от нормального гражданского договора лишь тем, что его участники ни о чем не договаривались друг с другом, а объявлялись сторонами договора по указаниям планово-регулирующих органов³. Представляется, что сторонники «хозяйственно-правовой» концепции пытаются втиснуть в рамки договора публично-правовые начала, что, в конечном счете, приводит к подавлению публичной властью частно-правовых начал, тогда как необходимо добиться их оптимального и гармоничного сочетания.

На первый взгляд, может показаться, что в наших рассуждениях имеется противоречие: с одной стороны мы отрицаем самостоятельность хозяйственного договора, но с другой стороны признаем его особой разновидностью граждан-

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. – М.: Издательство «Статут», 1998. С. 97.

² Анохин В.С. Предпринимательское право: учебник для студентов высших учебных заведений. – М.: Гуманитарный издательский центр «ВЛАДОС», 1999. С. 163-164.

³ Суханов Е.А. Современное развитие частного права в России. // Юрист. 2001. № 3. С. 6.

ско-правового договора. Но никакого противоречия нет: существует особая группа гражданско-правовых договоров, отличия которых обусловлены участием в них предпринимателей (так, М.И. Брагинским, В.В. Витрянским отмечается, что из 610 статей Гражданского кодекса РФ, посвященных отдельным видам договоров, 262 статьи рассчитаны целиком на участие предпринимателей, но и остальные «договорные» статьи рассчитаны по общему правилу на отношения, которые, по крайней мере, не исключают участия предпринимателей¹). Поэтому предпринимательские договоры существуют, они являются разновидностью гражданско-правового договора и соответственно подлежат урегулированию нормами гражданского законодательства.

Здесь можно привести высказывание С.А. Абдыкаримовой о том, что предпринимательский договор выступает как комплексное образование по отношению к гражданско-правовым договорам, разделенным по видам деятельности, то есть является комплексным институтом гражданского права². При этом С.А. Абдыкаримова говорит о необходимости разграничения понятий «комплексный институт права» и «институт комплексной отрасли права», понимая «институт комплексной отрасли права» как институт одной отрасли права, только расположенный в иной структуре³.

Однако, на наш взгляд, однозначное признание предпринимательского договора комплексным институтом гражданского права нарушает целостность предпринимательского права как особого образования в системе права. Предпринимательское право составляют различные институты, среди которых институт предпринимательского договора занимает не последнее место. Поэтому представляется спорным утверждение о существенных отличиях между «комплексным институтом права» и «институтом комплексной отрасли», возможна ситуация, когда эти понятия совпадают, например, предпринимательский договор является и комплексным институтом гражданского права и институтом комплексной отрасли права – предприниматель-

ского права. По мнению И.Е. Красько, некоторые правовые институты имеют межотраслевое значение, являются сквозными (например, институт договора) и могут входить в состав различных отраслей права, при этом каждая из них включает в себя этот институт с учетом отношений, которые он опосредствует (гражданско-правовой договор, хозяйственный договор, трудовой и т.п.)⁴.

Мы полагаем, что поскольку предпринимательское право представляет собой вторичное образование в системе права, постольку оно занимает нормы у основных отраслей права. Следовательно, с одной стороны образующие предпринимательское право институты могут выступать в качестве институтов комплексной отрасли права, а с другой – как комплексные институты права, т.к. объединяют частно-правовые и публично-правовые нормы. Институт предпринимательского договора, в основном состоит из частно-правовых (гражданско-правовых) норм, поэтому, будучи институтом предпринимательского права, он является комплексным институтом гражданского права.

Конечно, в странах со сложившейся системой дуализма частного права, гражданско-правовые договоры отличают от торговых (предпринимательских) договоров. Да и в международной практике, как отмечают С. Жамең, Л. Лакур, выделяют следующие виды коммерческих контрактов: 1) контракты с коммерсантом, необходимые для коммерческой деятельности (торговые сделки); 2) контракты с клиентами-непрофессионалами (смешанные сделки); 3) контракты, не имеющие отношения к коммерческой деятельности (гражданские сделки)⁵. Мы согласны с позицией Е.А. Суханова относительно того, что в условиях сложившейся системы единства частного (гражданского) права, не следует столь однозначно отрицать целесообразность воздвижения новой конструкции предпринимательского (торгового, коммерческого, хозяйственного) права и соответственно нового договора, как это делают представители единой гражданско-правовой школы⁶. Мы считаем, что в этом случае имело бы место нарушение объективного процесса раз-

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право: Общие положения*. – М.: Издательство «Статут», 1998. С. 99.

² Абдыкаримова С.А. *Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической банковской деятельности в Республике Казахстан: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03*. – Алматы, 2005. С. 15.

³ Абдыкаримова С.А. *Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической банковской деятельности в Республике Казахстан: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03*. – Алматы, 2005. С. 15.

⁴ Красько И.Е. *Актуальные проблемы советского хозяйственного права*. – Харьков: Вища школа, 1976. С. 35.

⁵ Жамең С., Лакур Л. *Торговое право: учебное пособие*. – М.: *Международные отношения*, 1993. С. 155.

⁶ Суханов Е.А. *Современное развитие частного права в России*. // *Юрист*. 2001. № 3. С. 6.

вития правовой системы, которое не могло бы привести к позитивным последствиям, а наоборот, было шагом назад.

Таким образом, предпринимательский договор

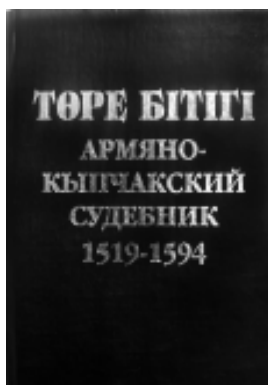
– это особый вид гражданско-правового договора, заключаемого в сфере предпринимательства, сторонами которого являются субъекты предпринимательской деятельности.

* * * * *

Кәсіпкерлік шарт азаматтық-құқықтық шарттың бір түрі болып табылады және тиісті түрде азаматтық заңдылықтың нормаларымен реттелуі тиіс. Кәсіпкерлік шарт Институты, негізінен, жеке құқықтық (азаматтық-құқықтық) нормалардан тұрады, сондықтан кәсіпкерлік құқықтық институты бола отырып, ол азаматтық құқықтың кешендік институты болып отыр. Кәсіпкерлік шарт - тараптары кәсіпкерлік әрекеттің субъектілері болып табылатын кәсіпкерлік саласында жасалатын азаматтық-құқықтық шарттың ерекше түрі.

Entrepreneurial Agreement is a kind of the Civil Law Contract and, accordingly, shall be regulated on the basis of normative civil law acts of the Institute-Entrepreneurial Agreement. Mainly it consists of norms of civil law that is why due to being the Institution of Entrepreneurial law, it shall be considered as the Complex Institute of the Civil Law. Entrepreneurial Agreement is a special type of the Civil Law Contract, which is usually concluded between the subjects of entrepreneurship.

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.** – 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 тэнгрианской эпохе.

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

С.В. СКРЯБИНдиректор Института законодательства РК,
кандидат юридических наук, доцент

ПАРТНЕРСТВО ГОСУДАРСТВА И БИЗНЕСА НА ПРИМЕРЕ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН О КОНЦЕССИЯХ

Тема партнерства государства и общества сегодня весьма актуальна. Взаимоотношения указанных субъектов оказывают влияние не только на развитие экономики, но и на другие сферы общественной жизни. Эту тематику можно сформулировать еще шире, и ее суть будет заключаться в определении роли и места государства в современном обществе. Мы полагаем, что правильный ответ на этот вопрос позволит обеспечить Казахстану новое поступательное движение вперед, будет способствовать вхождению нашего государства в число наиболее развитых стран.

Применительно заявленной тематике требуют решения три основные задачи. Во-первых, определение современных и перспективных форм партнерства государства и общества. Ряд из них фактически сложились в Казахстане и имеют определенное нормативное закрепление. В этом случае концессию можно рассматривать в качестве одной из основных и наиболее перспективных форм партнерства государства и бизнеса. Во-вторых, представляется важным выявление основных тенденций развития законодательства о концессии в Республике Казахстан. И в-третьих, существует ряд проблемных вопросов действующего Закона о концессиях, которые требуют своего разрешения.

1. Современные формы партнерства государства и бизнеса.

Для экономики переходного периода, сложившейся в настоящее время в Республике Казахстан, необходим поиск форм сотрудничества и взаимодействия государства и общества. Обобщение международного опыта в этой сфере показывает, что мировой практикой выработаны различные формы взаимодействия государства и бизнеса при реализации крупных общественно-значимых инвестиционных программ и проектов.

Действующее законодательство Казахстана предусматривает определенные способы государственного стимулирования общественных инициатив. К ним можно отнести, например, бюджетные инвестиции и кредиты, государственные га-

рантии, налоговые льготы и преференции, субвенции, субсидии и другие. Это достаточно традиционные способы стимулирования, широко используемые современными государствами. Но едва ли можно говорить в этом случае о партнерских отношениях между государством и обществом. Это именно элементы поддержки, стимулирования и не более, которые исходят от государства в виде односторонних и властных предписаний.

Конкретные формы партнерства государства и общества зависят от ряда факторов. Например, объема передаваемых функций частному сектору, степени распределения рисков, перспектив сохранения у государства прав на создаваемые объекты и других.

Не претендуя на исчерпывающий перечень, укажем только те формы партнерства, которые: а) фактически сложились в Республике Казахстан и б) имеют определенные нормативно-правовые предпосылки их осуществления.

Очевидный пример партнерства государства и частного сектора закреплен в законодательстве о недрах и недропользовании. Так, подп. 21 ст. 1 Закона Республики Казахстан от 27 января 1996 года № 2828 «О недрах и недропользовании»¹ контракт на проведение операций по недропользованию определяется как договор между компетентным органом и физическим или юридическим лицом (лицами) на проведение разведки, добычи, совмещенной разведки и добычи либо строительства и (или) эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей, составленный в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан, действовавшими на момент заключения контракта. Другими словами, контракт на проведение операций по недропользованию всегда заключается между государством и частными субъектами. Многочисленные форумы, конференции, совещания и т.п., проходящие на регулярной основе по вопросам правового регулирования недропользования с обязательным участием государства, государственных органов и частных лиц, только подтвержда-

¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1996 г. № 2, ст. 182. В редакции Закона РК от 12.01.2007 г. № 226-III.

ют факт партнерских отношений в этой сфере. К сожалению, сегодня можно констатировать, что сфера недропользования все больше регулируется публично-правовыми методами. Гражданское право в регулировании отношений по недропользованию уходит на второй план.

Другим примером партнерства является государственный социальный заказ. Закон Республики Казахстан от 12 апреля 2005 года № 36-III «О государственном социальном заказе»¹ предусмотрел такую форму сотрудничества государства и общественных институтов (неправительственных организаций), в рамках которой реализуются программы, проекты, а также отдельные мероприятия, направленные на решение социальных задач республиканского, отраслевого и регионального уровней, обеспеченных за счет бюджетных средств. Эта деятельность осуществляется посредством заключения договора на осуществление государственного социального заказа. Отметим, что эта форма партнерства становится все более распространенной. В настоящее время Институт законодательства совместно с уполномоченными государственными органами осуществляет разработку нескольких законодательных актов, основанных на модели государственного социального заказа (законопроекты о социальных услугах и здравоохранении). Таким образом, можно говорить о перспективах расширения этой формы сотрудничества государства и общества. Хотя, следует отметить, в правовом регулировании государственного социального заказа существует множество проблем. Но это тема самостоятельного обсуждения, и поэтому в дальнейшем освещаться не будет.

Третьей, весьма бурно развивающейся, формой сотрудничества государства и общества является создание региональных социально-предпринимательских корпораций (СПК). Эта форма взаимодействия имеет недавнюю историю. Основной комплекс законодательных решений еще предстоит принять, но ряд организационных мероприятий, нормативно подкрепленных на подзаконном уровне, были реализованы в течение 2006 и начале 2007 года.

Идея создания СПК первоначально содержалась в некоторых программных документах. Так, в Послании Президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева народу Казахстана «Стратегия вхождения Казахстана в число 50 наиболее конкурентоспособных стран мира. Казахстан на пороге нового рывка вперед в своем развитии» (Астана, 1 марта 2006 года) эта идея была впервые озвучена на общегосударственном уровне. В последующем она была нормативно реализована. Согласно Кон-

цепции создания региональных социально-предпринимательских корпораций, утвержденной постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 мая 2006 года, СПК определяются в качестве экономически устойчивых бизнес-структур, осуществляющих свою деятельность с целью получения прибыли путем производства и продажи товаров и услуг. При этом часть полученной прибыли реинвестируется для реализации социальных, экономических или культурных целей населения того региона, в интересах которого СПК создавались.

По нашему мнению, реализация идеи СПК потребует существенной корректировки действующего законодательства. Это касается таких отраслей, как законодательство о приватизации, государственной собственности, объектов гражданских прав, особенно вещей, изъятых и ограниченных в гражданском обороте, участия государства в экономических отношениях. Пока можно констатировать наличие большого числа вопросов и проблем по правовому статусу СПК, чем ответов и вариантов их решений.

В этом плане модель концессионных соглашений при ее разработанности и адаптации к казахстанским условиям выглядит предпочтительной по целому ряду преимуществ.

В мировой практике одной из самых распространенных и эффективных форм партнерства государства и бизнеса являются именно концессионные соглашения. Они предоставляют возможность концессионерам использовать в течение определенного срока уже существующие объекты государственной собственности, а также создавать и использовать новые. Традиционно концессию рассматривают как один из способов привлечения прямых инвестиций на длительные сроки, при осуществлении которых преследуются определенные стратегические цели.

Концессионные соглашения представляют собой наиболее гибкую правовую форму взаимодействия государства и бизнеса, позволяющую привлекать частный капитал в развитие объектов инфраструктуры, сохраняя при этом данные объекты в государственной собственности.

К числу основных преимуществ концессии можно отнести следующие:

- снижение государственных расходов (как правила бюджетных) за счет привлечения частных средств и переложения части затрат на конечных пользователей;
- возможность практической и быстрой реализации общественно-значимых проектов, мало-

¹ Вестник Парламента Республики Казахстан, март, апрель, 2005 г. № 6, ст. 8.

привлекательных для традиционных форм частного финансирования;

- повышение эффективности проектов за счет участия в них частного бизнеса, как правило, более эффективного на рынке, чем государственные институты;

- возможность привлечения лучших управленческих кадров, техники и технологий, а также повышение качества обслуживания конечных пользователей.

Указанные выше преимущества концессии делают эту форму сотрудничества государства и бизнеса весьма привлекательной.

2. Развитие законодательства о концессии в Республике Казахстан.

Развитие законодательства о концессии в Республике Казахстан проходило по определенным этапам.

Первый закон о концессиях был принят на заре независимости Казахстана в 1991 году¹. Он состоял из 22 статей и призван был урегулировать организационные, экономические и правовые условия предоставления концессий только *иностранным инвесторам* на территории Республики Казахстан.

Законодательную модель концессионных отношений на первом этапе можно назвать комплексной, что проявлялось сразу в нескольких моментах.

Во-первых, концессия определялась как «сдача иностранному юридическому или физическому лицу – концессионеру – в аренду имущества, земли, природных ресурсов» (ч. 2 ст. 1 Закона о концессиях 1991 года). Другими словами, концессия определялась через призму договора аренды (имущественного найма). Но одновременно в концессионных отношениях могли присутствовать элементы договоров подряда, страхования, трудового договора (см., например, ст. ст. 5, 11 и 19 Закона о концессиях 1991 года).

Во-вторых, концессионные отношения содержали в своей структуре элементы как частного (гражданского), так и нормы публичного права. Чего стоит хотя бы определение концессии о том, что «это *разрешение* иностранному юридическому или физическому лицу на *осуществление определенно-го вида хозяйственной деятельности*» (ч. 1 ст. 1

Закона о концессиях 1991 года). О смешанном характере концессионных отношений свидетельствует указание закона на применимое право. Согласно п. 1 ст. 2 Закона о концессиях 1991 года общие условия концессионных соглашений регулируются указанным законом, а также законодательством Республики Казахстан об иностранных инвестициях, собственности, инвестиционной деятельности, разгосударствлении и приватизации, охране окружающей природной среды и другими применимыми законодательными актами Республики Казахстан. Таким образом, можно говорить о разноплановой комплексной модели концессионных отношений, реализованной в Законе о концессиях 1991 года.

Век этого закона был недолог, и уже в апреле 1993 года он был признан утратившим силу². Но данное обстоятельство не означает, что концессионные отношения исчезли (*второй этап*). Они остались. Но остались в ином, уже специальном законодательстве. Так, например, п. 1 ст. 42 Закона о недрах 1996 года устанавливает, что для проведения операций по недропользованию применяются следующие виды контрактов: 1) о разделе продукции; 2) о концессии; 3) о подряде и возмездном оказании услуг (сервисный контракт). В зависимости от условий конкретных операций по недропользованию и других обстоятельств допускаются комбинированные и иные виды контрактов. Укажем, что до сих пор модель концессионных отношений в Законе о недрах предполагает отличия от модели, реализованной в действующем законе (ч. 2 п. 1 ст. 2 Закона о концессиях 2006 года).

Мы полагаем, что элементы концессии содержал и Закон Республики Казахстан от 8 января 2003 года № 373-ІІ «Об инвестициях»³, который в ст. 18 предусматривал возможность выделения государством натуральных грантов.

Таким образом, на втором этапе развития концессионные отношения регулируются разрозненными законодательными актами, а не самостоятельным законом. Мы полагаем, что определенные предпосылки для этого заложил Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 1 июля 1999 года № 409-ІІІ. Ст. 541 ГК называется «Объекты имущественного найма», и п. 4 содер-

¹ Закон Республики Казахстан от 23 декабря 1991 года № 1021-ХІІ «О концессиях в Республике Казахстан». Документ цитируется по СПС «Юрист».

² Закон Республики Казахстан от 8 апреля 1993 г. № 2090-ХІІ «О признании утратившим силу Закона Республики Казахстан «О концессиях в Республике Казахстан».

³ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2003 г. №№ 1, 2, ст. 4.

⁴ Ведомости Парламента РК. 1999 г. №№ 16, 17, ст. 642, с последующими изменениями и дополнениями; Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года. Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1994 г. №№ 23, 24 (приложение), с последующими изменениями и дополнениями.

жит правило о том, что законодательными актами могут быть установлены особенности сдачи в имущественный наем жилых помещений, земельных участков, участков недр и других обособленных природных объектов, *в том числе на основе концессионных соглашений*, а также в иных случаях. Данное правило позволяет сделать два важных вывода. Во-первых, законодатель, сознательно или нет, ушел от детальной правовой регламентации концессионных отношений в ГК. И, во-вторых, помещение указанного правила о концессионных соглашениях в §1 «Общие положения» главы 29 ГК позволяет квалифицировать договор о концессии в качестве разновидности гражданско-правовых договоров имущественного найма (аренды).

В последующем (*третий этап*) был принят специальный закон – Закон Республики Казахстан от 7 июля 2006 года № 167-III «О концессиях»¹.

Важно указать на некоторые события, которые предшествовали его появлению. Всего было подготовлено два варианта законопроектов: первый – инициированный Министерством экономики и бюджетного планирования Казахстана, и второй – группой ученых под руководством академика М.К. Сулейменова. Действующая редакция Закона о концессиях представляет собой определенный симбиоз законопроектов. Но моделью, взятой за основу, была все же модель законопроекта министерства².

По существу, действующий Закон о концессиях призван урегулировать соответствующие общественные отношения, определить условия и порядок заключения, исполнения и прекращения договоров концессии, а также предусмотреть гарантии и меры государственной поддержки концессионерам. Закон предусматривает возможность передачи любых объектов государственной собственности за исключением тех, перечень которых определяется Президентом Республики Казахстан³ (ст. 4 Закона о концессиях). Большая часть норм Закона о концессиях (ст. ст. 8-20), по существу, посвящена публично-правому регулированию концессионных отношений. Роль гражданского права в регулировании концессии традиционно скромна (об этом ниже).

Наряду с Законом о концессиях был принят Закон «О внесении изменений и дополнений в не-

которые законодательные акты по вопросам концессии»⁴, который предусмотрел возможность предоставления в концессию объектов транспортной инфраструктуры.

3. Некоторые проблемные вопросы Закона о концессиях и предложения о его совершенствовании.

Вначале важно отметить, что инициированный Министерством экономики и бюджетного планирования законопроект «О концессиях» оживил дискуссии вокруг этого вопроса, поднял целый пласт смежных проблем, которые современная казахстанская наука и практика пока решить не могут.

Например, сегодня очевидно отсутствие серьезных теоретических разработок об участии государства в экономических отношениях. Более того, несмотря на закреплённый ГК тезис о том, что государство выступает в качестве равноправного участника гражданско-правовых отношений (п. 1 ст. 111 и др. ГК), его практическая реализация вызывает серьезные проблемы (например, прекращение прав на землю, передача прав недропользования другим лицам и другие). Не менее сложными являются вопросы государственной собственности, ее правового режима, перечня объектов, субъектов, осуществляющих права на нее, и другие.

Проиллюстрируем эти проблемы на примере некоторых положений Закона о концессиях.

Ст. 5 Закона о концессиях устанавливает правила, регулирующие вопросы права собственности на объекты концессии. Согласно п. 1 этой статьи улучшения, произведенные на объектах, переданных в концессию, а также объекты незавершенного строительства и права интеллектуальной собственности, возникшие при исполнении условий договора концессии, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 3 данной статьи, являются государственной собственностью. Пункт 3 говорит о том, что только продукция и иные доходы, полученные концессионером в результате использования объектов концессии, являются его собственностью. И то, если иное не предусмотрено договором концессии.

¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан, июль, 2006 г. № 14 (2471), ст. 88.

² Положения законопроекта министерства были подвергнуты большой критике. Так, в частности, в соответствии с протоколом заседания Совета по правовой политике при Администрации Президента от 22 февраля 2006 года № 52-16.25, Министерству экономики и бюджетного планирования было поручено доработать законопроект с учетом альтернативного варианта законопроекта М.К. Сулейменова. Но должным образом это сделано не было.

³ В настоящий момент такой перечень существует. См.: Указ Президента Республики Казахстан от 5 марта 2007 года № 294 «О перечне объектов, не подлежащих передаче в концессию». САПП Республики Казахстан. 2007 г. № 7, ст. 80.

⁴ Ведомости Парламента Республики Казахстан, июль, 2006 г. № 14 (2471), ст. 89.

Здесь мы видим несколько концептуальных недоработок. Во-первых, права на интеллектуальную собственность не могут рассматриваться через призму права собственности. И это положение прямо установлено ст. 968 ГК. Этот подход свойственен англосаксонскому, но никак не континентальному праву, частью которого является правовая система Казахстана. Во-вторых, объект незавершенного строительства не может быть объектом права собственности государства (ст. 236 ГК), как впрочем и любого другого лица. В-третьих, судьба улучшений детально расписана в конструкции договора имущественного найма и зависит от целого ряда условий (ст. 555 ГК). Относительно концессии мы полагаем необходимым предусмотреть общее правило о том, что все улучшения имущества, как отделимые, так и неотделимые, должны быть переданы концеденту и, как следствие, признаваться его собственностью. Это правило можно сделать диспозитивным и иное предусмотреть в договоре.

Только один указанный выше пример наглядно свидетельствует о необходимости существенной переработки действующего Закона о концессиях. Результаты переработки могут привести либо к принятию нового закона о концессиях, либо ограничиться внесением необходимых изменений в ряд законодательных актов. Например, полномочия по передаче имущества в концессию предусмотреть в нормативных правовых актах, определяющих соответствующую компетенцию государственных органов. Договорные отношения концессии урегулировать группой норм, которые можно объединить в качестве самостоятельного параграфа главы 29 ГК об имущественном найме (аренде).

По нашему мнению, разработка новой законодательной модели концессионных отношений должна устранить ряд недостатков действующего Закона о концессиях. К их числу следует отнести следующие.

Во-первых, должна быть существенно улучшена юридическая техника, сокращены отсылочные нормы, переработан понятийный аппарат закона. Последний должен быть адаптирован к казахстанской юридической науке и практике. Мы полагаем, что большая часть основных понятий закона (ст. 1 Закона о концессиях) нуждается в изменении. Приведем примеры.

Так, концессия рассматривается как «передача по договору концессии объектов государственной собственности во временное владение и пользование в целях улучшения и эффективной

эксплуатации, а также прав на создание (строительство) новых объектов за счет средств концессионера с предоставлением последнему права владения, пользования и распоряжения ими либо без такового с обязательным финансированием за счет средств концессионера и передачей государству» (подп. 4). Не менее странным является и понятие договора концессии, который определяется как «письменное соглашение между концедентом и концессионером, определяющее права, обязанности и ответственность сторон, условия реализации концессии» (подп. 7).

Оба эти понятия объединяет то, что они никак не связаны с казахстанской юридической доктриной и практикой. Но есть и различия.

Если легальный понятие договора концессии не несет в своем содержании никакого юридического смысла и в этом плане безопасно, то для понимания и объяснения легального термина «концессия» необходимо приложить много усилий.

Укажем на наиболее очевидные недостатки.

1. Концессия не может быть определена посредством передачи, так как последнее всегда есть действие или совокупность действий, относящихся к содержанию договора.

2. Целями концессии являются «улучшения и эффективная эксплуатация». Зададим риторический вопрос: а если эксплуатация является неэффективной, то перед нами будут не концессионные отношения, а нечто иное? Или вопрос о лице, к полномочиям которого будет отнесено определение эффективной или неэффективной эксплуатации? Мы полагаем, что указанные цели концессии являются декларативными, предоставляют большие возможности для субъективного усмотрения лиц, осуществляющих контрольные функции.

3. Выражение «с предоставлением последнему (то есть концессионеру – прим. автора) права владения, пользования и распоряжения ими либо без такового» вообще запутывает ситуацию. В цивилистике предоставление традиционно связано с передачей (см., например, подп. 2 п. 1 ст. 410, п. 3 ст. 451, п. 4 ст. 499 и др. ГК). В этом случае речь идет об элементарной тавтологии. Но важно другое. Формула «с предоставлением... либо без такового» означает, что права могут как передаваться, так и остаться у концедента, что принципиально неверно. У концессионера всегда должно быть определенное имущественное право на предмет концессии, и его передача, определение его объема (правомочий) также относится к содержанию договора.

4. Наконец, последнее. Выражение «...и пере-

дачей государству». Тут в очередной раз а) происходит тавтология (передача... передача... передачей), б) не ясно, что должно быть передано: имущество, право, что-то другое. А если еще вспомнить о норме ст. 284 ГК об исполнении взаимных обязательств, то можно заключить необходимость одномоментной передачи (исполнения) по договору о концессии. Это абсолютно неадекватно его существу – передачи имущества на достаточно длительный срок, о минимальном размере которого говорит сам закон (ст. 23 Закона о концессиях).

Во-вторых, необходима последовательная законодательная реализация договорной, то есть гражданско-правовой модели концессионных отношений. Прежде всего, модели равноправного положения участников договора о концессии. Сама же концессия должна определяться как разновидность имущественного найма (аренды), то есть гражданско-правового договорного отношения со всеми вытекающими отсюда последствиями.

В-третьих, необходимо определиться с перечнем объектов концессии. По нашему мнению, это должно коснуться только тех объектов, которые: а) сохраняются в собственности государства и б) имеют правовой режим объектов, исключенных или ограниченных в гражданском обороте. Например, магистральные железнодорожные пути. Это имущество может быть только в государственной собственности. При этом его строительство и эксплуатация могут и должны осуществляться концессионером.

Но здесь есть как минимум две проблемы, которые не имеют должного законодательного решения.

Первая – это вопрос о субъектах права государственной собственности.

Для республиканской собственности она в определенной степени решена. Согласно п. 1 резолютивной части постановления Конституционного Совета Республики Казахстан от 17 марта 1999 года № 4/2 «Об официальном толковании подпункта 4) статьи 66 Конституции Республики Казахстан» Правительство республики признано обладающим полномочиями владеть, пользоваться и распоряжаться государственной собственностью в пределах, установленных законодательными актами.

Вопрос же о том, кто осуществляет правомочия собственника относительно коммунальной собственности, остается открытым. Действующий Закон Республики Казахстан от 23 января 2001 года № 148-III «О местном государственном управлении в Республике Казахстан»¹ не содержит должного ответа на этот вопрос.

Согласно подп. 2 п. 1 ст. 27 Закона о местном государственном управлении вопросы управления областной (города республиканского значения, столицы) коммунальной собственностью, осуществление мер по ее защите, отнесены к компетенции акимата области (города республиканского значения, столицы). В свою очередь подп. 12 п. 1 ст. 29 закона, определяя компетенцию акима области (города республиканского значения, столицы), содержит правило о том, что соответствующий аким «участвует в подписании контрактов, а также в контроле за их исполнением наравне с уполномоченным государственным органом Республики Казахстан по вопросам приватизации, аренды, продажи предприятий, месторождений и других объектов государственной собственности». Аналогичные нормы установлены для районного (города областного значения) акимата (подп. 2 п. 1 ст. 31 закона). При этом полномочия акимов района (города областного значения) и района в городе, города районного значения, поселка, аула (села), аульного (сельского) округа по управлению государственной собственностью Закон о местном государственном управлении не содержит.

Таким образом, в действующей редакции Закона о местном государственном управлении вопросы о субъектах права государственной собственности определенным образом решены только на областном и районном уровне.

Примерно аналогичная ситуация сложилась и по второй проблеме – объекты государственной собственности. Ст. 192 ГК, хотя и называется «Право государственной собственности», по существу, содержит положения об объектах соответствующего права.

Как известно, государственная собственность выступает в виде республиканской и коммунальной собственности. В свою очередь республиканская собственность состоит из государственной казны и имущества, закрепленного за государственными республиканскими юридическими лицами в соответствии с законодательными актами. Средства республиканского бюджета, золотовалютный запас и алмазный фонд, объекты государственной собственности, перечисленные в ст. 193 ГК, и иное государственное имущество, не закрепленное за государственными юридическими лицами, составляют государственную казну Республики Казахстан (п. п. 2-3 ст. 192 ГК).

Коммунальная собственность состоит из местной казны и имущества, закрепленного за коммунальными юридическими лицами в соответствии с

¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001 г. № 3; ст. 17. В редакции Закона РК от 22.05.2007 г. № 255-III.

законодательными актами. Средства местного бюджета и иное коммунальное имущество, не закрепленное за государственными юридическими лицами, составляют местную казну (п. 3 ст. 192 ГК).

12 января 2007 года Законом Республики Казахстан № 225-III¹ в ст. 192 ГК было внесено два дополнения. Первое заключалось в появлении п. 3-1 следующего содержания: «3-1. Коммунальная собственность подразделяется по уровням местного государственного управления на областную (города республиканского значения, столицы) и районную (городов областного значения)»; второе – п. 6 дополнен частью третьей следующего содержания: «Передача имущества, находящегося в коммунальной собственности, из одного уровня местного государственного управления в другой осуществляется в порядке, определяемом законодательными актами о местном государственном управлении в Республике Казахстан».

Необходимо указать на отсутствие правил, регламентирующих порядок передачи имущества, находящегося в коммунальной собственности, из одного уровня местного государственного управления в другой. Есть только процедура, предусмотренная Правилами передачи государственного имущества из одного вида государственной собственности в другой². По существу, эти правила должны быть предусмотрены Законом о местном государственном управлении. Но в действующей редакции закона их нет. Более того, мы полагаем невозможность их наличия и в будущем, так как данные отношения должны составить предмет самостоятельного закона – закона о государственной собственности. Его нормы должны будут регулировать соответствующие отношения по субъектам, объектам, различным аспектам осуществления прав собственника государством и его органами на местном и республиканском уровне.

В-четвертых, требует разрешения проблема соотношения законодательства о концессии и о недрах и недропользовании. Как мы уже отмечали, а) Закон о недрах начиная с 1996 года содержит разновидность контракта на недропользование в виде концессии³, б) действующий Закон о концессиях включает правило о нераспространении его норм на отношения, связанные с концессией в сфере недропользования. Мы не видим никаких существенных причин для подобного исключения. Контракты на недропользование являются, по существу, концессионными. Возможные отличия могут коснуться только особенностей правового режима недр как объекта права, и только. В данном случае следует использовать прием субсидиарного применения законодательства о недрах к концессионным отношениям, а не параллельного их существования.

Мы полагаем невозможность применения к концессионным отношениям и некоторых других отраслей законодательства. Например, законодательство о приватизации принципиально не может распространяться на договор концессии, так как ее объект всегда должен быть возвращен государству и никогда не перестанет быть его собственностью. Нам также представляется неоправданным определенное совпадение норм Закона о концессиях и законодательства о государственных закупках. Особенно правил о конкурсных процедурах. В подавляющем большинстве случаев концессия представляет собой передачу государственной собственности определенному лицу, которое в конкретной ситуации может решить поставленные задачи.

Мы полагаем, что только устранение вышеуказанных проблем будет способствовать широкому распространению концессионных отношений в Республике Казахстан, позволит заложить хороший фундамент для развития партнерских отношений между государством и бизнесом в данной сфере.

* * * * *

Бүгінгі күні мемлекет пен қоғамның әріптестік тақырыбының маңызы зор. Автордың пікірінше осы сұрақтың дұрыс жауабы Қазақстанның жаңадан дәйекті алға жылжуын қамтамасыз етіп, анағұрлым дамыған елдердің қатарына кіруін қамтамасыз етеді.

Today the theme of partnership of the State and society is very urgent. The author believes that the right answer to this question allows to ensure to Kazakhstan a new movement forward to ensure entering to the number of the most developed countries.

¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан, январь, 2007 г. № 3 (2484), ст. 21.

² Утверждены постановлением Правительства Республики Казахстан от 22 января 2003 года, № 81. САПП Республики Казахстан, 2003 г. № 3, ст. 38.

³ Здесь следует оговориться. Подп. 18 п. 1 Закона Республики Казахстан от 11 августа 1999 года № 467-1 «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» исключил концессию из перечня контрактов на недропользование. Концессия вернулась в Закон о недрах только в результате изменений, внесенных аналогичным Законом Республики Казахстан от 1 декабря 2004 года № 2-III.

А.Ш. ЕЩАНОВ

доктор юридических наук, доцент

О НЕКОТОРЫХ ПОНЯТИЯХ ТЕОРИИ ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ ПРЕСТУПНОСТИ

Проблемы борьбы с преступностью всегда находились под пристальным вниманием передовых мыслителей, поскольку понимание преступности как социального явления, представляющего опасность для человека, общества и государства, остается неизменным на протяжении всей истории человечества.

Сложность проблемы состоит в том, что преступность выступает в виде системного образования и обладает рядом характерных признаков. Наиболее четко, на наш взгляд, сформулировал понятие «преступность» У.С.Джекебаев, который пишет: «Преступность как самостоятельное, социальное историческое явление представляет специфическую систему», обладающую относительной самостоятельностью, повторяемостью ее показателей, преемственностью, способностью оказывать «обратное воздействие на условия, которым она обязана своим существованием»¹. При этом «изучение обратной связи преступности позволяет учитывать ответные реакции преступников и морально неустойчивых лиц на практику применения уголовного законодательства правоприменительными органами, учитывать различные формы и виды непосредственного взаимодействия, взаимовлияния различных видов преступлений друг с другом. Кроме того, уголовно-правовая борьба нуждается и в учете опосредованных обратных связей, влияющих на состояние, структуру и динамику преступности (таковы, например, связи: преступник и преступная среда, преступление и общественное мнение). Знание их необходимо не только для совершенствования уголовного законодательства, но и для разработки мер предупреждения преступности»².

А.Х.Миндагулов справедливо рассматривает преступность как слагаемое многих величин. По его мнению, «в статистическом выражении она представляет собой совокупность всех преступлений в пространственных и временных границах.

Количественные показатели преступности позволяют судить о распространенности тех или иных ее видов, динамике, структуре, уровне и т.д.»³.

И.И.Карпец полагает, что «преступность как совокупность нарушений уголовного закона представляет собой процесс, который находится в постоянном движении, образуется из множества слагаемых. Даже отдельно взятое преступление есть сплав множества факторов индивидуального и социального. Совокупность же преступлений есть стечение, взаимодействие немислимого числа обстоятельств и ситуаций, приведших к нарушениям уголовного закона. Само понятие преступность – некая условность, абстракция, характеризующая состояние общества. Но за этой абстракцией скрываются вполне реальные причины, условия, обстоятельства, на которые и надо воздействовать, чтобы не допустить правонарушений»⁴.

Следовательно, преступность в ее количественном и качественном выражении (статистика и детерминирующие факторы) позволяет представить ее в виде системного образования, поддающегося профилактическому (управленческому) воздействию⁵.

В криминологии исследованию вопросов, посвященных предупреждению преступности, придается большое значение, в связи с чем разрабатываются различные теоретические концепции предупреждения, предотвращения и профилактики преступлений.

В коллективной монографии «Теоретические основы предупреждения преступности» теория предупредительного воздействия на преступность рассматривается как интегративная концепция, охватывающая проблему в целом. В ее структуру включаются концептуальная характеристика целостного процесса предупреждения преступлений, анализ общесоциального и специально-криминологического предупреждения, взаимодей-

¹ Джекебаев У.С. Криминологические проблемы теории референтных групп // Предупреждение преступности – важнейшая составная часть государственной политики: проблемы, решения, перспективы. – Алматы, 2004. С.88, 89. С.88-89

² Там же. С.89

³ Миндагулов А.Х. Профилактика преступлений: Учебник. – Алматы: HAS, 2005. – 408 с. С.13

⁴ Карпец И.И. Современные проблемы уголовного права и криминологии. – М.: Юрид.лит., 1976. – 202 с. С.145

⁵ Миндагулов А.Х. Профилактика преступлений: Учебник. – Алматы: HAS, 2005. – 408 с. С.13

ствия криминологической и иных подсистем специального предупреждения¹.

По мнению А.Э.Жалинского «криминологическая теория предупреждения преступлений обязана обеспечить системное управление процессом предупреждения и в этом смысле является ведущей в группе наук, так или иначе исследующих вопросы профилактики преступлений»².

Г.А.Аванесов и К.Е.Игошев также рассматривают понятие «предупреждение преступности» как наиболее общую научную категорию, а понятием «профилактика преступлений» обозначают лишь особую социальную управляемую деятельность в качестве составной части предупреждения преступности^{3,4}.

Таким образом, указанные авторы лишь разграничивают содержание терминов «предупреждение» и «профилактика». Однако их позиция близко примыкает к мнению, изложенному в монографии «Теоретические основы предупреждения преступности», поскольку имеющееся в ней определение предупреждения преступности в широком смысле слова в целом совпадает с понятием данной категории, предлагаемым Г.А. Аванесовым и К.Е.Игошевым.

А.Г.Лекарь включает в концепцию предотвращения: профилактику (деятельность по выявле-

нию и устранению причин и условий, способствующих преступлениям); предупреждение (установление лиц, намеревающихся совершить преступление, и принятие к ним мер); пресечение (выявление лиц, подготавливающих совершение преступления, и принятие к ним мер)⁵.

На наш взгляд, в приведенных определениях предупреждения преступности прослеживается неопределенность и неточность в значении, придаваемом основополагающим терминам «предупреждение», «профилактика», «предотвращение» и «пресечение», причем в одних случаях они трактуются как равнозначные, в других – как отличительные по содержанию.

Еще ученые бывшего Союза ССР, а также отечественные и зарубежные исследователи указывали на этот разноречивый термин в их смысловом содержании^{6,7,8,9,10,11,12,13,14}.

До настоящего времени единой позиции по данному вопросу не сформировано, что отрицательно сказывается на теории и практике предупреждения преступности.

Так, одни ученые (Гольфанд И.А., Михайленко П.П., Звирбуль В.К., Клочков В.В., Миньковский Г.М. и др.) считали данные термины равнозначными^{15,16,17,18}, другие (Зелинский А.Ф., Лекарь А.Г.) их разграничивали^{19,20}, третьи (Каиржанов Е.И.,

¹ Теоретические основы предупреждения преступности // Под ред. В.К.Звирбуля, В.В.Клочкова, Г.М.Миньковского. - М.: Юрид.лит., 1977. - 256 с. С.60-61, 67

² Жалинский А.Э. Специальное предупреждение преступлений в СССР (вопросы теории). - Львов: Вища школа, 1976. - 195 с. С.19

³ Аванесов Г.А. Криминология и социальная профилактика. - М.: Акад.МВД СССР, 1980. - 528 с. С.398, 406

⁴ Игошев К.Е., Устинов В.С. Введение в курс профилактики правонарушений: Учеб.пособие. - Горький: ГВШ МВД СССР, 1977. - 93 с. С.11

⁵ Лекарь А.Г. Профилактика преступлений. - М.: Юрид.лит., 1972. - 104 с. С.3

⁶ Аванесов Г.А. Криминология. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Акад.МВД СССР, 1984. - 500 с. С.339

⁷ Антонян Ю.М. О понятии профилактики преступлений. - М.: Юрид.лит., 1977. - 98 с. С.27-29

⁸ Филимонов О.В. Индивидуальная профилактика преступлений: Правовые проблемы // Под ред. А.Л.Ременсона. - Томск: ТГУ, 1985. - 119 с. С.8

⁹ Кобец Н.Г. Предупреждение правонарушений в производственном коллективе: Вопросы теории и практики. - М.: Юрид.лит., 1982. - 208 с. С.38

¹⁰ Крючков А.В. Профилактическая служба горрайорганов внутренних дел - М.: Акад.МВД СССР, 1982. - 118 с. С.12

¹¹ Бухгольц Э., Лякиас Д., Хартман Р. Социалистическая криминология. - М.: Прогресс, 1975. - 115 с. С.33-37

¹² Основы криминологии в Народной Республике Болгарии. - М.: Прогресс, 1987. - 212 с. С.173-179

¹³ Каиржанов Е.И. Криминология (общая часть). - Алматы: Республ.издат. кабинет. - 1995. - 200 с. С.126-128

¹⁴ Акимжанов Т.К. Взаимодействие инспекций по делам несовершеннолетних и оперативных комсомольских отрядов дружинников в профилактике правонарушений: Учебн.пособие. - Караганда: КВШ МВД СССР, 1989. - 78 с. С.9

¹⁵ Гольфанд И.А., Михайленко П.П. Предупреждение преступлений – основа борьбы за искоренение преступности. - М.: Юрид.лит., 1964. - 85 с. С.8

¹⁶ Теоретические основы предупреждения преступности // Под ред. В.К.Звирбуля, В.В.Клочкова, Г.М.Миньковского. - М.: Юрид.лит., 1977. - 256 с. С.41

¹⁷ Криминология: Учебник // Под ред. Кузнецовой Н.Ф., Миньковского Г.М. - М.: Юрист, 1998. - 615 с. С.177

¹⁸ Косоплечев Н.М., Измайлова Ф.Ш. Местное самоуправление: организация профилактики преступлений. - М.: НОРМА, 2000. - 119 с. С.4

¹⁹ Зелинский А.Ф. Значение нормы уголовного права для предупреждения преступлений: автореф. канд.юр.наук.: 12.00.08. - М.: МГУ, 1966. - 18 с. С.4

²⁰ Лекарь А.Г. Профилактика преступлений. - М.: Юрид.лит., 1972. - 104 с. С.45

Кобец Н.Г., Крючков А.В.) – вкладывали различный смысл в термины «предупреждение» и «пресечение» и одинаковый смысл в термины «предупреждение», «профилактика», «предотвращение», аргументируя свою позицию ссылками на словари русского языка, определявшие их филологическое значение – семантику^{1,2,3}.

Интересна позиция авторов, считающих, что вопрос не должен решаться с сугубо семантических позиций, со ссылками лишь на словари русского языка. Отмечается, что «дело не в лингвистических тонкостях, а в том, что наличие у преступности в целом ее разновидностей и отдельных преступлений сложного и, как правило, длительного генезиса, многообразие форм и этапов проявления криминальной активности в виде не только непосредственно преступного, но и допреступного поведения и, соответственно, широкий спектр разнообразных мер предупредительного воздействия на криминогенные факторы, явления, процессы и события в зависимости от их развития во времени, обуславливают необходимость четкого разграничения указанных понятий. Соответственно, в деятельности по предупреждению преступлений (родовое понятие) необходимо различать, основываясь не на текстах словарей, а реалиях жизни, включая нормативно-правовой материал: профилактику преступлений как воздействие на причины и условия преступлений; предотвращение замышляемых и подготавливаемых преступлений; пресечение начатых преступлений»⁴.

Как нам представляется, термины «предупреждение», «профилактика» и «предотвращение» отличаются сходством, но не равнозначностью, так как имеются определенные особенности. Так, согласно Словарю русского языка С.И.Ожегова термин «предупреждение» означает «заранее известить, уведомить или заранее принятыми мерами отвести»⁵. В этом же словаре указано, что под термином «предотвращение» понимается «заранее отвести, устранить»⁶. Следовательно, смысловая схожесть данных терминов очевидна, но не одинакова, так как «предотвращение» более приближено к осуществлению конкретных действий по устранению каких-либо причин и условий на единичном уровне. В контексте такого утверждения более правильным, по нашему мнению, будет говорить о предупреждении преступности в целом и о предотвращении какого-либо конкретного преступления, в частности.

Термин «пресечение» означает «прекратить сразу, остановить силой, резким вмешательством», то есть речь идет о прекращении чего-то уже происходящего⁷.

Наконец, «профилактика» определяется как «совокупность предупредительных мероприятий (в медицине, технике и других областях знания)»⁸.

Анализ смысловых значений основополагающих понятий, относящихся к сфере предупреждения преступности, и практика их употребления в литературе и правоприменительной деятельности убедительно свидетельствует о более широком объеме термина «предупреждение преступности» в отличие от термина «профилактика преступности». Это обусловлено тем, что предупреждение преступности предполагает организацию предупредительных мероприятий в преступности в целом как масштабном социально-негативном явлении, охватывающем весь причинный комплекс преступности. В свою очередь, профилактика преступности предусматривает проведение предупредительных мероприятий в конкретной сфере по определенным направлениям и уровням, в отношении конкретных профилактируемых объектов. Однако все предупредительные мероприятия по недопущению совершения преступлений в рамках профилактической деятельности направлены на предупреждение преступности.

Обращаясь к термину «пресечение преступности», следует отметить о его существенном различии с терминами «предупреждение преступности», «профилактика преступности» и «предотвращение преступности». В данном случае, Е.И.Каиржанов справедливо отмечает, что «в соответствии с требованием материального уголовного права в уголовно-процессуальном законодательстве термин «пресечение» применяется в тех

¹ Каиржанов Е.И. Криминология (общая часть). – Алматы: Республ.издат. кабинет. – 1995. – 200 с. С.126-128

² Кобец Н.Г. Предупреждение правонарушений в производственном коллективе: Вопросы теории и практики. – М.: Юрид.лит., 1982. – 208 с. С.38

³ Крючков А.В. Профилактическая служба горрайорганов внутренних дел – М.: Акад.МВД СССР, 1982. – 118 с. С.12

⁴ Алексеев А.И., Герасимов С.И., Сухарев А.Я. Криминологическая профилактика: теория, опыт, проблемы. – М.: НОРМА, 2001. – 496 с. С.4-12

⁵ Словарь русского языка: ок. 57 000 слов // Под ред. Шведовой Н.Ю. – 15 изд., стереотип. – М.: Рус.яз., 1984. – 816 с. С.516

⁶ Там же. С.514

⁷ Там же. С.518

⁸ Там же. С.557

случаях, когда речь идет о приостановлении или прерывании уже начатой преступной деятельности. Поэтому, например, невозбуждение уголовного дела по прерванной преступной деятельности, хотя и на стадиях приготовления или покушения на преступление является нарушением требований законности. Да и филологическое значение слова «пресечение» в этом нас убеждает: «Пресекать – прекращать, прерывать на каком-либо месте, останавливать ход, развитие, течение чего-либо»¹.

Таким образом, не претендуя на бесспорность в суждениях о решении дискуссионных вопросов, рассматриваемых основополагающих криминологических понятий, считаем, что понятие «предупреждение преступности» в целом охватывает понятия «профилактики преступности», «предотвращение преступности» и нацеливает их на задачу предупреждения преступности.

Более широкими по смысловому объему понятиями по отношению к предупреждению преступности будут выступать понятия «контроль над преступностью» и «борьба с преступностью», которые охватывают процессы, связанные со всеми науками криминального цикла.

Между тем, как нам представляется, предупреждение преступности, как комплекс предупредительных мероприятий, следует рассматривать в трех аспектах, в частности, как:

- во-первых, правоприменительную деятельность, то есть предупреждение преступности здесь выступает как правовое положение субъектов профилактики, реализуемое через их полномочия, закрепленные в законе и иных нормативных правовых актах,

- во-вторых, систему правоотношений, возникающих между субъектом профилактики и объектом профилактического воздействия,

- в-третьих, систему воздействия на преступность.

В философской литературе под понятием «система» принято понимать комплекс взаимодействующих элементов. В системе ее неразложимым компонентом является понятие «элемент». Все элементы системы объединены устойчивыми отношениями и связями, которые образуют структуру системы².

Приведенные суждения составляют философско-методологическую основу для построения понятия системы предупредительного воздействия на преступность и определения ее содержания.

В криминологической литературе предупреждение преступности, представляющее собой систему воздействия на преступность, принято определять как процесс недопущения преступлений, выступающий в виде совокупности различных взаимосвязанных между собой мер, проводимых как государственными, так и общественными организациями³, или как осуществление комплекса государственных и общественных мер^{4,5}.

П.П.Осипов определяет систему как целостную совокупность социальных институтов, основным назначением которых является внесение положительных изменений в состояние преступности. В качестве ее первоначальных элементов он называет: криминологическое предупреждение; уголовно-судебную борьбу; исправительно-трудовое воздействие на осужденных⁶.

Следовательно, предупреждение преступности предполагает соответствующую целостную систему мероприятий и видов деятельности, направленных на устранение и нейтрализацию причин и условий, способствующих совершению преступлений.

Ранее существовавшая система предупредительного воздействия на преступность в бывшем СССР не получила дальнейшего своего развития на территории Республики Казахстан.

Вместе с тем в настоящее время не вполне будет правильным отрицать наличие в Казахстане определенного профилактического комплекса, построение которого далеко не завершено. Нельзя, на наш взгляд, сказать и о существовании в настоящее время отработанной стратегии криминологической политики в стране, так как предпринимаемые усилия концентрируются преимущественно «на выходе» проблем и не затрагивают причинного комплекса преступности. В результате, воспроизводство негативных факторов из года в год продолжается. Поэтому, видимо, неслучайно мы постоянно говорим о мерах и средствах борьбы с пьянством, наркоманией, бытовой распушеннос-

¹ Каиржанов Е.И. Криминология (общая часть). – Алматы: Республ.издат. кабинет. – 1995. – 200 с. С.127

² Алексеев П.В., Панин А.В. Философия: Учебник. – М.: МГУ, 1998. – С.384-385. С.384-385

³ Карпец И.И. Проблема преступности. – М.: Юрид.лит., 1969. – 164 с. С.149

⁴ Герцензон А.А. Введение в советскую криминологию. – М.: Юрид.лит., 1965. – 227 с. С.16

⁵ Сахаров А.Б. Социальное планирование и предупреждение преступности // Соц.законность. – 1978. - № 10. – С.26-30. С.26-30

⁶ Комплексное изучение системы воздействия на преступность (методологические и теоретические основы) // Под ред. П.П.Осипова. – Л.: ЛГУ, 1978. – 150 с. С.15

тью, бескультурьем и т.д., которые не сдают своих позиций, продолжая находиться на первом месте в причинном комплексе преступности.

Анализ специальной литературы и правоприменительной практики в сфере предупреждения преступности на территории Казахстана позволяет констатировать, что в республике отсутствует единый субъект решения криминологических задач, функционирует большое число различных государственных институтов, прямо или косвенно связанных с их решением, до сих пор никак организационно не объединены. Нет единого организационного центра, который бы координировал и направлял усилия государственных органов в этом направлении, разрабатывал стратегию и тактику социально-криминологической политики, как в масштабе страны, так и в масштабе области, города, района, поселка, аула (села), аульного (сельского) округа, одновременно осуществляя контроль над реализацией намеченных мероприятий. На наш взгляд, эффективность профилактики в целом довольно низкая, она не соответствует возросшим требованиям.

Между тем система предупредительного воздействия на преступность является зависимой от иных форм общественной деятельности и имеет с указанными формами общие качества.

Наряду с общими качествами система предупредительного воздействия на преступность обладает и специфическими признаками или свойствами, которые позволяют дополнительно подтвердить ее реальность и установить, каким образом эта система выполняет функции по предупреждению преступности.

В.С.Устинов считает, что «реальность системы предупредительного воздействия на преступность доказывается наличием объекта – факторов, обуславливающих существование преступности и совершение преступлений, и объективной необходимостью устранения, а также недопущения их возникновения. В этом плане она – реально существующая в определенном срезе система, имеющая интегративные (системные) качества и свойства. Ни один из составляющих элементов анализируемой системы в отдельности не способен охватить воздействием всю совокупность детерминантов преступности»¹.

По его мнению, система предупредительного воздействия на преступность имеет следующие

два свойства:

- происходящие существенные, коренные, устойчивые изменения в состоянии, структуре и динамике преступности – это совокупный результат работы всей системы;

- только в целом система может охватить предупредительным воздействием всю совокупность детерминантов преступности и преступлений².

Соглашаясь с мнением В.С.Устинова о реальности системы предупредительного воздействия на преступность, следует отметить, что ее специфические свойства воздействуют (путем их нейтрализации) на внутренние и внешние факторы социальной среды, обуславливающие возникновение преступных проявлений.

Таким образом, система предупредительного воздействия на преступность, являясь составной частью системы социального предупреждения антиобщественных явлений и правонарушений, логически встроена в эту систему и выполняет главным образом задачи по недопущению совершения преступлений, оставаясь автономной составляющей в плане самостоятельного взаимодействия с иными формами общественной деятельности.

Охарактеризовать отношения между системой социального предупреждения антиобщественных явлений и правонарушений и системой предупредительного воздействия на преступность можно соответственно как отношения целого и части. При этом система социального предупреждения антиобщественных явлений и правонарушений имеет собственные специфические признаки, которые характерны и для системы предупредительного воздействия на преступность, однако полагаем недопустимым в полной мере отождествлять эти системы.

В отличие от системы социального предупреждения антиобщественных явлений и правонарушений система предупредительного воздействия на преступность характеризуется, на наш взгляд, следующими отличительными признаками:

- во-первых, наличием собственного объекта, определяемого как совокупность различных явлений и процессов, обуславливающих совершение преступлений, а также жизнедеятельностью конкретной личности, поскольку именно на нее необходимо оказывать профилактическое воздействие как в плане ее виктимологической защиты, так и в обратном смысле (недопущение совер-

¹ Устинов В.С. Система предупредительного воздействия на преступность и уголовно-правовая профилактика: Учебн.пособие. – М.: Акад.МВД СССР, 1983. – 87 с. С.10

² Там же. С.10-11

шение личностью преступлений). Как справедливо отмечает В.С.Устинов, «в конечном счете, позитивное воздействие на различные явления и процессы общества является воздействием на личность. Однако личность выступает не только в качестве опосредованного, но и прямого объекта воздействия. И хотя объектом системы мы не называем личность, а лишь отдельные ее стороны, проявления, которые оцениваются как криминогенные факторы (антиобщественные ориентации, неразумные потребности, дефекты психики), в реальной практике воздействие оказывается в целом на личность»¹;

- во-вторых, наличием нормативной правовой базы борьбы с преступностью и ее предупреждением;

- в-третьих, нацеленностью на факторы, обуславливающие совершение преступлений;

- в-четвертых, характером и специфичностью мер, средств и методов, применяемых при воздействии на криминогенные детерминанты, обуславливающие совершение различных видов преступности;

- в-пятых, наличием специфических источников получения и каналов передачи информации о криминогенных факторах и объектах профилактического воздействия;

- в-шестых, масштабом и одновременностью воздействия на все уровни детерминантов преступности: основные и второстепенные, социальные и психологические, объективные и субъективные, прямые и косвенные;

- в-седьмых, наличием организационных, процессуальных и иных форм, в которых протекает деятельность субъектов предупреждения преступности.

Таким образом, в качестве научно-практической основы предупреждения преступности выступает система предупредительного воздействия на преступность, призванная обеспечить комплексное управление процессом целенаправленного воздействия на преступность и массив правонарушений во всех сферах деятельности граждан.

* * * * *

Қылмыспен күрес мәселелері алдыңғы қатарлы ойшылдардың әрқашан ұдайы назарында болды. Автордың пікірінше "қылмыстың алдын алу" түсінігі тұтасымен алғанда "қылмыстың профилактикасы", "қылмысты болғызбау" түсініктерін қамтып және оларды қылмыстың алдын алу міндетіне бағыттайды.

Today the theme of partnership of the State and society is very urgent. The author believes that the right answer to this question allows to ensure to Kazakhstan a new movement forward to ensure entering to the number of the most developed countries.

¹ Устинов В.С. Система предупредительного воздействия на преступность и уголовно-правовая профилактика: Учебн.пособие. – М.: Акад.МВД СССР, 1983. – 87 с. С.14

З.Г. КАЗИЕВ*ведущий научный сотрудник Института
законодательства Республики Казахстан
кандидат юридических наук, профессор*

О СРЕДСТВАХ ДОСТИЖЕНИЯ ИСТИНЫ В ХОДЕ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Главная познавательная задача уголовного процесса сформулирована в нормах уголовно-процессуального закона. В ст. 8 УПК Республики Казахстан она определена как «быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение и привлечение к уголовной ответственности лиц, их совершивших...». Эта же задача ставится в ст.36 того же Кодекса – установление события преступления, изобличение лиц, виновных в его совершении. В ст.24 УПК в обязанность органов уголовного преследования и суда вменено всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств дела. Последние конкретизированы в ст.117 УПК РК. Достижение этого результата возможно только путем доказывания – собирания, исследования, оценки и использования фактических данных, относящихся к расследуемому уголовному делу, при соблюдении установленного законом порядка совершения перечисленных действий. Доказывание является главным содержанием и своеобразной стержневой линией познания в уголовном процессе. Вместе с тем оно не исчерпывает всех путей познания в уголовном судопроизводстве. Значительный объем информации о преступлении может быть получен и в порядке, указанном ст.177 УПК.

Эффективным способом получения фактических данных, имеющих значение для уголовного дела, является оперативно-розыскная деятельность. Именно поэтому уголовно-процессуальное законодательство, в частности ст.ст. 64, 65, 130 и 200 УПК, предусматривает применение оперативно-розыскных мер и их результатов в расследовании преступлений. В свою очередь, Закон Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности» в числе задач ОРД называет выявление и раскрытие преступлений. Достижение таких результатов возможно благодаря несомненно поисково-познавательному характеру оперативно-розыскной деятельности. В юридической литературе совершенно правильно отмечается, что возможность использования оперативно-розыскной информации в доказывании существует благодаря тому, что объекты уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности принадлежат

к одной и той же части объективной действительности, а именно - к событию преступления¹.

Предметом выявления и исследования как в уголовно-процессуальной, так и в оперативно-розыскной деятельности являются однородные по своему происхождению изменения в объективной действительности, вызванные противоправным действием или бездействием, то есть фактические данные, связанные с расследуемым преступлением. Вместе с тем, несмотря на единый в своей основе источник информации об изучаемом событии, различная правовая природа и уровень юридических гарантий объективности получаемых сведений в этих видах деятельности не позволяют признавать тождественными их результаты.

В связи с изложенным, принципиально важной является существующая в уголовно-процессуальной и криминалистической науке и практике проблема гносеологической и доказательственной значимости информации, получаемой в сфере уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности. Сущность этой проблемы и ее разрешение может быть раскрыты, на наш взгляд, через уяснение особенностей процессов познания, характерных для каждого из этих видов деятельности.

Как известно, классическая концепция истины построена на базе теории отражения, дает философское понятие и толкование истинного знания, его основных черт и средств достижения². Согласно диалектико-материалистическому пониманию, истина есть адекватное отражение действительности в сознании человека, есть результат познания и только истинное знание соответствует ей.

В этой связи в качестве методологической основы раскрытия поднятой проблемы несомненно являются фундаментальные категории гносеологии: объект и цель познания, средства и результат ее достижения, другие связанные с ними основные, сущностные понятия, формирующие принципиальные начала правоохранительной деятельности. Этот общетеоретический гносеологический фундамент дает ключ к современному философско-правовому решению обсуждаемой проблемы и позволяет утверждать, что по-

¹ Доля Е.А. *Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности.* - М.: Издательство «СПАРК», 1996. – 111с.

² Кириллов В.И. *Логика познания сущности.* -М.: Высшая школа, 1980. – 175 с.

знавательно-преобразовательная деятельность предполагает наличие по меньшей мере трех главных ее составляющих элемента: 1) субъекта познания; 2) объекта познания и 3) методов и средств, с помощью которых субъектом осуществляется эта деятельность, т.е. информационный процесс между субъектом и объектом. Несомненно, что существенное влияние на взаимодействие указанных элементов оказывают условия среды, в котором происходит познавательно-преобразовательный процесс. Эти условия могут носить социальный и(или) материально выраженный, физический характер.

Совершенно очевидно, что в динамике все эти элементы представляют собой универсальную функциональную систему, полностью применимую к деятельности органов предварительного расследования и органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Все составляющие этой системы на основе их взаимодействия в процессе раскрытия преступления находятся в диалектическом единстве и взаимосвязи. При этом фактором, определяющим специфику познания, являются субъектно-объектные отношения.

Диалектическая взаимосвязь объективной действительности, процессуально-познавательной деятельности субъекта доказывания и достигаемой в результате ее осуществления истины признается теорией доказательств и абсолютным большинством ученых.

Вместе с тем, необходимо отметить, что любые фундаментальные категории гносеологии могут применяться в конкретной предметно-познавательной деятельности не «напрямую», а только с учетом ее особенностей и решаемых задач. Поэтому представляется, что диалектический метод в таких сферах, как уголовный процесс и оперативно-розыскная деятельность проявляет свое действие через частные методы познания и систему правил, сформулированных в современной теории доказательств и теории ОРД и закрепленных в соответствующих правовых нормах, обеспечивающих получение необходимых знаний о преступном событии.

Необходимо заметить также, что, поскольку познание окружающей реальности, то есть объекта происходит в процессе предметно-практической деятельности субъекта, то истина как результат познания неразрывно связана с практикой, деятельностью человека. Поэтому при расследовании преступлений существуют не готовые истины, а только реальные возможности их достижения и они могут быть воплощены в желаемые результаты лишь при активной целенаправленной и квалифи-

цированной деятельности лиц, участвующих в расследовании преступления. Эти возможности могут быть реализованы при использовании законных и наиболее эффективных средств познания.

Несмотря на общую гносеологическую природу познания в уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности, часто внешнее сходство их методов получения необходимой информации и результатов, эти виды познания принципиально различны по своему предназначению, способу формирования и юридической значимости.

Данное обстоятельство вызывает необходимость анализа и сравнения основных элементов названных видов деятельности, выявления на этой основе методологии получения, формирования истинного знания в уголовном судопроизводстве и в ходе непроцессуальной деятельности, формулирования понятия истины в юридическом, доказательственном значении и понятия истины факта, обнаруженного и исследованного в оперативно-розыском режиме. Это позволит более рельефно представить теоретико-прикладную значимость использования результатов различных видов познания при решении основных задач уголовного судопроизводства и оперативно-розыскной деятельности.

Придерживаясь предложенной выше динамичной системы, функционирование которой позволяет осуществлять познавательно-преобразовательную деятельность как в уголовно-процессуальном, так и в оперативно-розыском процессе, следует условиться, что звено «объект» – это фактические данные, относимость и достоверность которых в ходе раскрытия и расследования преступления в равной мере не вызывает сомнения применительно к указанным видам деятельности.

При таком подходе краткому анализу должны быть подвергнуты остальные элементы указанной системы. При этом продуктивнее, на наш взгляд, обратить внимание на некоторые проблемные аспекты достижения истины в ходе расследования преступлений, особенно в части его оперативно-розыскного обеспечения.

Известно, что как субъекты познавательно-преобразовательной юридической деятельности следователь (дознатель) и оперативный работник имеют разный правовой статус. Однако следует отметить, что данная констатация базируется в большей мере на том, что собиранием, исследованием, оценкой и использованием фактических данных по уголовному делу в форме доказывания могут осуществлять только должностные лица, уполномоченные законом осуществлять уголовно-процессуальную деятельность. Их юрисдикция и полно-

мочия, а также правовые средства доказывания (процессуальные и следственные действия, а также порядок принятия решений) четко и полно регламентируются УПК, что является достаточно надежной гарантией законности и достижения истины в ходе расследования.

Применительно к оперативно-розыскной деятельности соответствующий закон перечисляет лишь органы, имеющие право ее осуществлять. Вместе с тем, к сожалению, до настоящего времени обязанности и права работника оперативно-розыскного подразделения на уровне закона либо иного гласного нормативного правового акта не урегулированы. Более того, оперативный работник как непосредственный и активный субъект (организатор и исполнитель) и должностное лицо по осуществлению ОРД в законе не упоминается. Необходимость же юридической регламентации полномочий оперативного сотрудника очевидна из того, что Законом об ОРД предусмотрены оперативно-розыскные мероприятия, ряд которых связан со вторжением субъекта оперативно-розыскной деятельности в конституционные права и свободы гражданина. С другой стороны, представляется вполне реальным вопрос об юридической оценке действия либо бездействия оперативного работника в той или иной ситуации. Данное обстоятельство наряду с негласным в большей мере характером получения информации – фактических данных значительно снижает гарантии достоверности последних.

Познавательная сторона оперативно-розыскной деятельности представляет собой, по существу, процесс получения, проверки и оценки ими информации о возможном приготовлении к преступлению или уже совершенном противоправном деянии. Этот процесс основан на общих закономерностях научного и практического познания, но осуществляется специфическими силами, средствами и методами, применяемыми субъектом ОРД. Оперативный работник может воспринимать произошедшие изменения в виде оперативной информации непосредственно сам либо опосредованным законным способом – через конфидентов. Однако в любом случае полученные им сведения не могут стать содержанием доказательств по уголовному делу, так как их появление связано с разными по своей природе видами деятельности.

Известно, что специфика оперативно-розыскной деятельности заключается в ее особом предмете, формах, средствах и методах познания. Даже при условии истинности оперативно-розыскной информации факт ее получения в других, от-

личающихся от уголовно-процессуального порядка пространственно-временных обстоятельствах, и ином правовом режиме, лишает эту информацию статуса юридического доказательства. В виде доказательств используются не те фактические данные, которые были получены в ходе ОРД, а фактические данные, полученные следователем на основе информации оперативно-розыскного подразделения.

Необходимо подчеркнуть, даже если доказательство впоследствии получено благодаря «доследственным» действиям оперативного работника, даже если фактические данные (материалы) нашли свое подтверждение, как гласит п.1 ст.14 Закона РК «Об оперативно-розыскной деятельности», «после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством». Необходимо подчеркнуть, что следование редакции и смыслу Закона об ОРД в этой части влекут за собой нарушение непреложного правила о недопустимости появления двух доказательств из одного и того же источника.

Вывод очевиден – все материалы оперативно-розыскной деятельности носят по отношению к доказыванию ориентирующий, вспомогательный характер. Об этом прямо гласит и ч.1 ст.14 названного Закона: «Материалы, полученные в процессе оперативно-розыскной деятельности, могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных действий...». По существу позитивные результаты оперативно-розыскных мероприятий могут быть фактическим основанием для проведения следственных действий.

Представляется, что именно поэтому введение к уголовный процесс материалов оперативно-розыскной деятельности, регламентированное в ч.ч.2-5 ст.130 УПК, не освобождает следователя от соблюдения процессуальных правил собирания, исследования и оценки фактических данных, о которых его информирует орган дознания. Вместе с тем, следует заметить, что данное толкование относится в большей мере к разряду научного понимания проблемы, в то время как приведенное выше положение ч.1 ст.14 Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности» о возможности использования материалов ОРД «в качестве доказательств по уголовным делам» до сих пор не отменено.

При всей внешней схожести условий собирания фактических данных следователем и оперативным работником, последний в силу указанной выше причины юридически не облечен в должной мере властными правоприменительными полномочиями. Кроме того, его действия не обеспечены

правовыми гарантиями достоверности, полноты и всесторонности получаемых сведений, вследствие чего оперативный работник в меньшей мере «защищен» от субъективности и заинтересованности своих источников информации. Вместе с тем условия среды, в которой сотрудниками оперативно-розыскного подразделения осуществляется познавательный процесс зачастую более благоприятствуют упреждающему получению фактических данных о подготавливаемом преступлении, местах сокрытия вещественных доказательств, лицах скрывающихся от следствия и суда, иных важных обстоятельствах совершенного деяния.

Для правильного решения вопроса о сущности и содержании истины, достигаемой в ходе расследования преступления, следует помнить, что истина факта и для уголовно-процессуальной и для оперативно-розыскной деятельности не является самоцелью. В содержание истины в уголовном процессе входят не только фактические данные, но и их общественно-политическая, юридическая оценка, то есть уголовно-правовая квалификация расследуемого деяния¹.

В соответствии с законом об ОРД достоверная информация о готовящемся либо совершенном преступлении должна быть получена и использована в целях защиты жизни, здоровья, прав, свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств. Кроме того такая информация может быть добыта и реализована и в разведывательных целях. При этом цели, не связанные с осуществлением процессуальной деятельности, могут быть достигнуты в ряде случаев проведением оперативно-розыскных мероприятий. В таких случаях познание направлено на обеспечение задач оперативно-розыскного характера, перечисленных в ст.2 названного закона.

При решении задач по раскрытию и расследованию преступлений оперативно-розыскная деятельность при всей ее практической целесообразности

и эффективности играет по отношению к уголовно-процессуальной деятельности вспомогательную роль. Полученная оперативная информация передается органам предварительного расследования или реализуется проведением компетентными государственными органами необходимых мер предупреждения и пресечения противоправной деятельности.

Сравнительный анализ задач уголовного процесса и оперативно-розыскной деятельности, а также нормативных требований ст.ст.64, 65, 130, 200 УПК и предназначения оперативно-розыскных мероприятий показывает, что для этих видов деятельности быстрое и полное раскрытие преступлений, выявление и изобличение лиц, их совершивших, обеспечение привлечения виновных к уголовной ответственности является общей задачей.

Вместе с тем познавательно-преобразовательная деятельность следователя и оперативного работника по решению этой задачи осуществляется в разных пространственно-временных условиях и правовых режимах. Данное обстоятельство, как известно, носит проблемный характер. Его преодоление, установление истины по уголовному делу возможно на основе объединения усилий оперативно-розыскных подразделений и органов предварительного расследования, их взаимодействия по раскрытию преступления. Комплексное использование оперативно-розыскных и уголовно-процессуальных средств раскрытия преступлений – одна из главных задач борьбы с преступностью, особенно в современных ее проявлениях и формах.

Таким образом, расследование преступления, установление истины по уголовному делу представляет собой целенаправленное получение специфическими, строго определенными законом методами и средствами знания о фактах и обстоятельствах совершенного противоправного деяния, а также выяснение их внутренней, материально-правовой сущности.

* * * * *

Мақалада қылмыстық іс бойынша ақиқат түсінігінің ғылыми-құқықтық талдауы, сондай-ақ оған жетудің жолдары мен құралдары көрсетілген. Проблемалық аспектіде қылмыстарды тиімді ашу үшін Қазақстанның қылмыстық іс жүргізу және жедел-іздестіру заңнамаларының өзара әрекеттестік мәселелері жан-жақты ашылып қамтылған.

In the article it is given the scientific - legal analysis of concept of true on criminal case and also there are opened the ways and means to achieve it. In the problem aspect the questions of interaction of criminal-adjecive and operative - seeking legislations of Kazakhstan for successful investigation of crimes are stated.

¹ Теория доказательств в советском уголовном процессе. Под ред. Н.В.Жокина – М.: Юрид.лит., 1973. С.117-118

Р.Н. ЮРЧЕНКО*судья Верховного Суда Республики Казахстан,
кандидат юридических наук*

ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ БОРЬБЫ ПРОТИВ ПЫТОК

Казахстан является участником международной Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, к которой он присоединился на основании Закона Республики Казахстан № 247-І от 29 июня 1998 года.

25 сентября 2007 года в ходе 62-й сессии Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, состоявшейся в Нью-Йорке, Глава государства Н.А.Назарбаев подписал два важных для укрепления механизмов защиты прав человека и гражданина факультативных протокола, один из которых относится к Пакту о гражданских и политических правах, другой – к Конвенции против пыток.

Подписание указанных документов свидетельствует о том, что Казахстан, как гармонично развивающееся государство, стремится достичь определенных успехов не только в сфере экономических отношений, но и видит одним из приоритетных направлений развития защиту прав и свобод человека и гражданина и в связи с этим принимает на себя определенные обязательства.

В этой связи в стране должны быть предусмотрены действенные механизмы, направленные на борьбу с пытками, как с одним из отвратительнейших явлений, подавляющих и унижающих достоинство, причиняющих боль и страдания человеку.

В этих целях, в первую очередь, следует обратить внимание на соответствие национального законодательства положениям Конвенции.

Понятие пытки как противоправного деяния, влекущего уголовную ответственность, впервые введено в уголовное законодательство Республики Казахстан Законом Республики Казахстан от 21 декабря 2002 года, которым в Уголовный кодекс РК дополнен статьей № 347-1 «Пытки».

При сравнении определения пытки, содержащегося в указанной норме уголовного закона, с определением, содержащимся в статье № 1 Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, можно обнаружить некоторое несоответствие.

Так, по определению, данному в Конвенции, *пытка* означает любое действие, которым какому-либо лицу умышленно причиняется боль или страдание, физическое или нравственное, чтобы получить от него или от третьего лица сведения или признания, наказать его за действие, которое совершило оно или третье лицо или в совершении которого оно подозревается, а также запугать или принудить его или третье лицо, или по любой при-

чине, основанной на дискриминации любого характера, когда такая боль или страдание причиняются государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия. В это определение не включаются случаи причинения боли или страданий, которые возникают в результате применения законных санкций или причиняются случайно.

На основании данного определения можно выделить четыре основных элемента, которые характеризуют деяние как пытку. Это:

- умышленное причинение боли, нравственных или физических страданий;
- совершение этих действий государственным должностным лицом либо иным лицом, выступающим в официальном качестве, или же другими лицами, но с ведома или молчаливого согласия, или подстрекательства со стороны государственных должностных лиц;
- совершение деяния с определенной целью, например, получения сведений, запугивания, наказания за совершенные действия или за действия, в совершении которых лицо подозревается;
- совершение деяния по другой причине, основанной на дискриминации любого характера.

Диспозиции же статьи 347-1 УК, на наш взгляд, несколько сужает основания уголовной ответственности за пытки. Исходя из буквального текста закона такие насильственные действия, как, например, причинение боли при указанных обстоятельствах не признается пыткой и не влечет уголовную ответственность по данной статье УК.

Статья 347-1 помещена в главу 15 Уголовного кодекса РК «Преступления против правосудия и порядка исполнения наказания», что и предопределяет, кто может быть привлечен к уголовной ответственности за применение пыток. Согласно диспозиции ст. 347-1 УК субъектом преступления, именуемого как пытка, являются: следователь, лицо, производящее дознание, иное должностное лицо. Причем, употребление законодателем словосочетания «совершенное следователем, лицом, осуществляющим дознание, или иным должностным лицом» указывает, что эти лица несут уголовную ответственность за применение пыток, если они сами являлись непосредственными исполнителями преступления. Что же касается их ответственности, если пытки совершены кем-либо другим, но по их подстрекательству, либо с ведома или молчаливого согласия, то в таких случаях возможность их привлечения к

уголовной ответственности не предусмотрена, что также сужает сферу применения уголовного закона за применение пыток.

Для наступления ответственности по статье 347-1 УК необходимо доказывать ряд обстоятельств, характеризующих данный состав преступления.

В первую очередь необходимо установить, кем совершены пытки, то есть совершены ли они следователем либо лицом, производящим дознание. Если пытки совершены другим лицом, то необходимо установить, является ли оно должностным.

Законодателем не указано, как характеризуется данное преступление с объективной стороны. Из этого можно сделать вывод, что причинение физических или психических страданий может осуществляться любым способом.

Все формы плохого обращения запрещены международным законом и, соответственно, казахстанским законодательством, но не все из них могут быть отнесены к пыткам. Другие формы плохого обращения, не являющиеся пытками, обычно не причиняются с какой-либо определенной целью, они сопровождаются менее тяжелой степенью страдания, чем в случае пыток.

Чтобы различать разные формы плохого обращения и оценить сопровождающую их степень страданий, необходимо в каждом случае детально рассматривать конкретные обстоятельства и характерные особенности, касающиеся каждого пострадавшего.

Пытки можно отличить от других форм плохого обращения, исходя из критерия степени причиненных страданий и наличия элемента целенаправленности действий субъекта преступления. По каждому случаю можно объективно проверить и доказать, что субъект преступления имел связь с государственной структурой или что пытки применялись с какой-либо определенной целью. В ряде случаев некоторые формы плохого обращения с лицами, содержащимися под стражей, которые сами по себе в отдельности и не являются пытками, но в совокупности могут быть также квалифицированы как пытки.

Согласно ст. 347-1 УК необходимым обстоятельством для привлечения к ответственности за применение пыток является наступление общественно опасного последствия - физического и психического страдания потерпевшего. На практике может сложиться неоднозначное толкование закона в части оценки последствий противоправного деяния - пытки, поскольку законодателем употреблен союз «и», а не «или». В связи с этим не ясно, необходимо ли для уголовной ответственности установление факта наличия у потерпевшего в результате пытки одновременно и физических и психических страданий либо достаточно доказать, что преступлением причинено хотя бы одно из них.

Пытки отличаются от других, менее тяжелых

форм плохого обращения наличием наиболее высокой степени страданий. И это наиболее сложно определяемый критерий.

Правильное определение характера и степени тяжести причиненных человеку страданий вызывает сложности. Это может зависеть от множества как объективных, так и субъективных личных особенностей пострадавшего (например, пол, возраст, религиозные и культурные убеждения, состояние здоровья и др.).

Некоторые случаи очевидных способов плохого обращения с потерпевшими уже по своему характеру сами по себе объективно попадают в категорию пыток. Например, нанесение ударов по ступням ног, подвешивание за руки, предварительно завязанные за спиной, тяжкие формы избиения, электрошок, изнасилование, инсценировка исполнения казни, погребение заживо, инсценировка ампутации конечностей и т.п. сами по себе вызывают не только физические, но и психические страдания.

Но существует, множество других видов жестокого обращения, которые сами по себе не могут однозначно расцениваться как пытки, например, избиение в качестве наказания, содержание лиц в камере смертников, одиночное заключение при исполнении наказания в виде лишения свободы, плохие условия в местах исполнения лишения свободы, действия в отношении взрослых, которые были бы в отношении детей признаны пытками и т.п.

Некоторые способы причинения боли включают не столько последствия в форме физических страданий, сколько нравственного характера. Нравственные формы плохого обращения зачастую имеют длительные негативные последствия для пострадавших, которые могут относительно быстро оправиться от физических травм, но продолжать страдать по причине глубокой психологической травмы.

Пытки - это умышленные действия. В этой связи для квалификации деяния по ст. 347-1 УК необходимо устанавливать, что действия виновным совершались с прямым умыслом, а применение пытки было обусловлено указанной в законе целью: получить от пытаемого или третьего лица сведения или признания; наказать за совершенные пытаемым действия или за действия, в совершении которых оно подозревается; запугать пытаемых лиц; принудить пытаемых или третьих лиц.

Законодатель, обозначив одной из целей применения пыток желание виновного принудить жертву, не счел необходимым указать, к чему принудить. Нам представляется, что уголовная ответственность может наступать и тогда, когда пытки совершаются с целью оказать на человека воздействие, сломить его волю путем причинения физических или психических страданий, принудить его против собственной воли совершить угодные для виновного или кого-либо дру-

гого действия. Вместе с тем после перечисления целей (обстоятельств, подлежащих доказыванию) в диспозиции статьи 347-1 УК указано, что применение пыток по любой причине, основанной на дискриминации любого характера, влечет уголовную ответственность, что позволяет считать, что применение пыток и по другим причинам влечет уголовную ответственность.

Возникает также вопрос о том, по каким критериям следует различать угрозу, ответственность, за совершение которой предусмотрена ст. 347 УК, от запугивания, которое должно рассматриваться как пытка и ответственность за совершение которого предусмотрена ст. 347-1 УК.

В обеих указанных статьях речь идет о принуждении, осуществляемом путем запугивания (ст. 347-1), угроз (ст. 347) одних и тех же лиц (подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего свидетеля, эксперта) и, надо полагать, в одних и тех же целях - принудить их к совершению определенных действий, угодных лицу, которое лично совершает эти действия или по указанию которого осуществляется угроза или запугивание.

Объективная сторона этих двух преступлений в определенных ситуациях характеризуется одинаково и предполагает совершение субъектом преступления умышленных действий, являющихся по своей сути запугиванием или угрозой потерпевших, которые вследствие страха (психического страдания) вынуждены совершить угодные виновному действия.

Совершение лицом действий вопреки собственной воле под принуждением (например, при самооговоре в ходе расследования дела) в большинстве случаев сопряжено с глубокими переживаниями, вследствие чего даже имеют место случаи, когда такие лица не могут пережить нравственные страдания, делают попытки к суициду. Из этого явствует, что применение угроз, шантажа, иных незаконных действий, несомненно, влекут психические страдания потерпевшего. Между тем ответственность за совершение таких действий, причиняющих психические страдания, предусмотрена ст. 347 УК, а не по ст. 347-1, усугубляющей ответственность за пытки.

Субъектом совершения указанных действий в обеих статьях в ряде случаев могут быть одни и те же лица: следователь, дознаватель, иные должностные лица.

Тогда возникает закономерный вопрос: в чем же состоит различие ответственности, предусмотренной ст. 347 УК, от ответственности по ст. 347-1 УК РК?

На первый взгляд может показаться, что применение той или другой нормы уголовного закона не имеет особого значения. Однако сравнение санкций ст. 347 и 347-1 УК указывает, что уголовно-правовые последствия квалификации деяния, ко-

торым причинены физические или психические страдания потерпевшему далеко не одинаковы. Если при квалификации деяния, которым причинено психическое страдание в результате принуждения, совершенного с применением угрозы, шантажа, по ст. 347 УК максимальное наказание может быть назначено в пределах 3 лет лишения свободы, то за причинение психического страдания, причиненного в результате принуждения путем запугивания, наказание по ст. 347-1 УК РК намного строже (от 5 лет лишения свободы по ч.1 и до 10 лет лишения свободы по ч. 3).

Применение ст. 347-1 УК на практике широкого распространения не имеет. Немало случаев, когда действия, объективно подпадающие под признаки, указанные в диспозиции ст. 347-1 УК, квалифицируются как превышение власти или злоупотребление полномочиями.

Установление фактов применения пыток и избойлиения лиц их совершивших, а также предупреждение пыток, как уголовно-наказуемого деяния, может быть осуществлено не только путем применения норм УК РК, преследующих охрану прав и законных интересов человека и гражданина, предупреждение преступлений, наказание виновных. Уголовно-процессуальное законодательство Республики Казахстан, закрепив важнейшие принципы уголовного процесса, наглядно демонстрирует правовую несостоятельность полученных в результате принуждения признаний, сведений, иных действий, выполняемых в ходе судопроизводства по уголовному делу.

Так, ст. 13 УПК РК запрещает в ходе расследования уголовного дела собирать, использовать или распространять сведения о частной жизни иных сведений личного характера лица, участвующего в уголовном процессе, которые он желает сохранить в тайне, если это совершается при отсутствии необходимости по расследуемому делу, а ст. 16 УПК закрепляет принцип неприкосновенности частной жизни. Запрет закона вторгаться в частную жизнь тогда, когда по расследуемому делу в этом нет необходимости, в определенной мере уменьшает возможность совершения шантажа.

Часть 5 ст. 14 указывает, что никто из участвующих в уголовном процессе лиц не может подвергаться насилию, жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению.

Ст. 27 УПК РК предоставляет право любому лицу не свидетельствовать против себя самого, супруга (супруги) и своих близких родственников.

В соответствии с п. 1-2 части 1 ст. 116 УПК РК фактические данные, полученные с применением насилия, угроз, обмана, с использованием заблуждения лица, участвующего в уголовном процессе, относительно своих прав и обязанностей, возникшего вследствие неразъяснения либо неполного или неправильного их разъяснения, не могут признавать-

ся доказательствами по уголовному делу.

Признание обвиняемым своей вины в совершении преступления в соответствии с ч. 4 ст. 119 УПК само по себе не может быть положено в основу обвинения, а лишь только при подтверждении его виновности совокупностью доказательств.

Часть 4 ст. 19 и ч. 3 ст. 375 УПК запрещают судам выносить обвинительные приговоры на основе предположений.

Указанные положения закона показывают абсолютную бесполезность применения насилия, пыток, угроз, шантажа и других незаконных методов в ходе доказывания необходимых обстоятельств по уголовному делу и свидетельствует о том, что их совершение не приведет к желаемому результату, а лишь может влечь предусмотренную законом ответственность лиц, их совершивших.

В целях правильного применения указанных норм закона при рассмотрении уголовных дел Верховный Суд РК принял нормативное постановление № 4 от 20 апреля 2007 года «О некоторых вопросах оценки доказательств по уголовным делам».

Между тем совершение незаконных действий в ходе уголовного судопроизводства, сопряженных с насилием, принуждением, причинением физических и психических страданий, во многих случаях остается невыявленным. Именно их латентность, а также отсутствие правового механизма выявления, к тому же несовершенство ряда норм закона затрудняют их выявление.

Например, задержанный подозреваемый вправе немедленно сообщить по телефону или иным способом по месту своего жительства или работы о своем задержании и месте содержания. О применении меры пресечения в виде ареста органы дознания, следователь, прокурор или суд обязаны уведомить об этом родственников арестованного. Но часть 10 ст. 150 УПК РК допускает до 10 суток держать в секрете факт задержания и ареста человека по причине «надлежащего обеспечения соблюдения тайны первоначального этапа следствия». Именно поэтому требование закона об обязательном уведомлении о задержании или аресте на практике зачастую игнорируется, в связи с чем родственники задержанных и арестованных, находясь в неведении, не могут разыскать этого человека порой длительное время, а что происходит в это время с задержанными, им и вовсе не известно.

Между тем задержание, арест, помещение лица в специальные места без объявления об этом по нормам международного права считается насильственным исчезновением человека. Кроме того, подобные действия расцениваются как поставление задержанных лиц вне защиты закона, и как условие для совершения над ним пыток и жестокого обращения.

Согласно ст. 151 УПК РК подозреваемые,

обвиняемые, к которым в качестве меры пресечения применен арест, содержатся в следственных изоляторах. Однако ст. 152 УПК, создавая удобства для органа, ведущего уголовный процесс, позволяет содержать таких лиц и в изоляторах временного содержания, где, судя по заявлениям арестованных, наиболее часто и допускается применение к ним недозволённых методов ведения следствия, к которым относятся и пытки (одевание противогаса, приковывание наручниками, содержание без пищи, лишение сна и т.п.).

Показания лиц, которые на момент допроса были неспособны правильно воспринимать или воспроизводить обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, согласно ч. 8 ст. 119 УПК РК не признаются доказательством. Ст. 241 УПК обязывает орган, ведущий уголовный процесс, при возникновении сомнений в способностях допрашиваемого лица к восприятию или воспроизведению обстоятельств назначать соответствующую экспертизу. Практике известны единичные случаи, когда такие экспертизы назначаются и проводятся. Это связано с затяжным характером производства судебно-психиатрических и некоторых других экспертиз, что влечет нарушение срока следствия и содержания лица под стражей, то есть наступление нежелательных последствий для органа, ведущего уголовный процесс.

Чаще физическое или психическое состояние допрашиваемого лица, его способность правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для дела, и давать о них показания, удостоверяются справкой врача. При этом врачи, выдающие подобные справки, не всегда учитывают положения, закрепленные в принятых Генеральной Ассамблеей ООН в 1982 «Принципах медицинской этики», в одном из которых (№ 4-б) указано, что к нарушениям медицинской этики относятся случаи, когда работники здравоохранения удостоверяют, что состояние здоровья задержанных или заключенных позволяет подвергать их допросам, наказанию, если фактически такие действия с данным лицом могут отрицательно сказаться на физическом или психическом здоровье этих лиц.

Предотвращение пыток в ходе оперативно-розыскных мероприятий и расследовании уголовного дела было бы эффективным, если бы уголовно-процессуальный закон определил, каким органом (должностным лицом) и в каком порядке должны проверяться заявления граждан о применении к ним пыток и проводиться по этому поводу соответствующая проверка.

Конечно, можно сослаться на ст. 62 УПК, в соответствии с которой эта функция возложена на прокурора. Именно прокурор является лицом, осуществляющим надзор за законностью ОРД, дозна-

ния и следствия, и как вывод - он и должен стоять на страже прав и законных интересов человека и гражданина в ходе уголовного судопроизводства и принимать действенные меры к предотвращению пыток, а если они были применены, то своевременно их выявлять, пресекать и принимать меры к привлечению к ответственности лиц, их применивших.

Но есть ряд и других норм закона, которые устанавливают иной порядок проверки жалоб в ходе досудебного производства по делу. Ст. 103 УПК РК предусматривает подачу жалобы на решения и действия дознавателя, органа дознания следователя в тот государственный орган или тому должностному лицу, ответственному за производство по уголовному делу, которые уполномочены законом рассматривать подобные жалобы. Заметим, что в данном случае закон предписывает жаловаться на применение пыток не прокурору, а «ответственному за производство по уголовному делу» органу или его должностному лицу, т. е. фактически тем, на кого жалуются. Арестованные лица, содержащиеся под стражей, передают свои жалобы через администрацию мест предварительного заключения, которая в соответствии со ст. 104 УПК обязана немедленно передавать их органу, ведущему уголовный процесс, а жалобы на дознавателя, следователя – прокурору. Как видим, путь у жалоб длинный, а самое главное, не прокурор, а администрация учреждения решает, кому следует заниматься разрешением жалоб. Администрация мест содержания под стражей, деятельность которых по соблюдению элементарных прав арестованных, находится под надзором прокурора, естественно, при проведении цензуры корреспонденции жалобы арестованных о побоях, причинении физических или психических страданий (помещение в специальные камеры, выдача лиц и их допрос в ночное время и т.п.) передавать прокурору не станет, ибо трудно представить, что действия, носящие характер пыток, совершаемые в стенах этих учреждений, проводятся без ее ведома или молчаливого согласия.

Из этого следует, что на законодательном уровне необходимо изменить способы обращения граждан, содержащихся в закрытых учреждениях, с жалобами на плохое обращение и порядок их рассмотрения.

Доказать применение пыток – процедура не из простых. Это связано, прежде всего, с тем, что причинение психических и физических страданий со-

вершается лицами оперативно-следственного состава, то есть профессиональными юристами, осознающими противоправность своих действий и предпринимающими всяческие меры к сокрытию содеянного. Кроме того, они имеют возможность в ходе проверок влиять на пострадавших и свидетелей, которые находятся в неволе и потому находятся в определенной зависимости от проверяемых.

Важная роль в противодействии пыткам и другим незаконным методам ведения следствия принадлежит судам. От того, насколько суды будут следовать требованиям закона при осуществлении судопроизводства по делам, зависит и вопрос противодействия незаконным методам ведения дознания или предварительного следствия, получения доказательств с применением принуждения, пыток.

Основная роль судов заключается в применении норм национального законодательства (в том числе и международного, если последнее включено в национальное) и в обеспечении независимого и беспристрастного отправления правосудия.

Международное право в области прав человека и уголовно-процессуальное законодательство РК требуют, чтобы при оценке материалов дела, доказательств обвинения обязательно судами проверялось, были ли соблюдены все требования закона при проведении допросов подозреваемых, обвиняемых, потерпевших, свидетелей, при проведении опознания, изъятии вещественных доказательств и совершении иных процессуальных действий. Немаловажное значение имеет также проведение проверок соблюдения правил, инструкций, положений, касающихся содержания под стражей лиц, подвергаемых аресту, задержанию или лишению свободы и обращения с ними, поскольку такие проверки являются эффективным средством недопущения пыток и плохого обращения. Жалобы задержанных на плохое с ними обращение должны влечь обязательное расследование и рассмотрение. Суд должен убедиться в том, что представшие перед ними арестованные не подвергались пыткам и иным запрещенным формам плохого обращения, что доказательства, собранные в процессе расследования по уголовному делу, были получены надлежащим образом, и что в ходе такого расследования не было нарушено право подозреваемого в совершении уголовного преступления – не подвергаться пыткам или плохому обращению.

Именно суд должен гарантировать допустимость предъявляемых доказательств.

* * * * *

ҚР азамтауға қарсы халықаралық Конвенциясының қатысушысы болғандықтан, статья авторы ұлттық заңнаманың Конвенция ережелеріне сәйкестігіне тоқталады.

Taking into consileration that the RK is a member of International Convention against fortune, the author of the article pays attantion to the consistance of the national legislation to the provisions of the Convention.

К.М. ИЛЬСОВА

главный научный сотрудник
Института законодательства Республики Казахстан,
доктор юридических наук

**АНАЛИТИЧЕСКАЯ СПРАВКА
ПО ЗАКОНУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОТ 30 ИЮНЯ 1998 г. № 253
«ОБ ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ И СТАТУСЕ
СУДЕБНЫХ ИСПОЛНИТЕЛЕЙ»**

1. Нормативно-правовая база для настоящего анализа

1. Конституция Республики Казахстан: принята на Всенародном референдуме 30 августа 1995 г.;

2. ГК РК (Общая часть) от 27.12.1994 г.;

3. ГК РК (Особенная часть) от 01.07.1999 г.;

4. ГПК РК от 13.07.1999

5. ЗКРК от 20.06.2003 г.;

6. УК РК:

7. УПК РК:

8. Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)» от 12.06.2001 года;

9. Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 30.01.2001 г.;

10. Таможенный кодекс РК от 5 апреля 2003 года № 401-III

11. Закон Республики Казахстан от 30.06.1998 г. № 253 «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» (далее - Закон об исполнительном производстве);

12. Закон РК от 21.01.1997 г. «О банкротстве» (далее - Закон о банкротстве);

13. Закон РК от 27.01.1996 г. «О недрах и недропользовании» (далее - Закон о недрах и недропользовании);

14. Закон РК от 28 декабря 2004 года № 22-III «О третейских судах»;

15. Закон РК от 28 декабря 2004 года № 23-III ЗРК «О международном коммерческом арбитраже»;

16. Закон РК от 23.12.1995 г. «Об ипотеке недвижимого имущества» (далее - Закон об ипотеке);

17. Закон РК от 26.07.2007 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее - Закон о государственной регистрации прав на недвижимое имущество);

18. Закон РК от 31.08.1995 г. «О банках и банковской деятельности»;

19. Закон РК от 18.12.2000 г. «О страховой деятельности»;

20. Закон РК от 23.07.2000 г. «О пенсионном обеспечении»;

21. Закон Республики Казахстан от 17 декабря 1998 года № 321-III «О браке и семье»;

22. Закон Республики Казахстан от 7 июля 1997 года № 150-III «О судебных приставах»;

23. Указ Президента РК от 04.10.1995 г. «О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений»;

24. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.);

25. Положение о Комитете по судебному администрированию при Верховном Суде Республики Казахстан. Утверждено Указом Президента Республики Казахстан от 12 октября 2000 г. № 471;

26. Правила принудительной ликвидации негосударственных накопительных пенсионных фондов: утв. постановлением Правления Агентства РК по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 25.03.2006 г. № 79;

27. Правила принудительной ликвидации банков в Республике Казахстан: утв. постановлением Правления Агентства РК по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 25.02.2006 г. № 40;

28. Правила учета, хранения, оценки и дальнейшего использования имущества, обращенного (поступившего) в собственность государства по отдельным основаниям: утверждены постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 июля 2002 года № 833;

29. Правила реализации ценных бумаг, валютных ценностей, ювелирных и других изделий из драгоценных металлов, драгоценных камней и жемчуга, а также лома таких изделий и антиквариата, изъятых у должника и переданных на хранение банкам и организациям, осуществляющим отдельные виды банковских операций: утверждены постановлением Правительства Республики Казахстан от 4 июня 2003 года № 526;

30. Нормативное постановление Верховного Суда РК от 28.10.2005 г. «О возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью работников, в случае

отсутствия или недостаточности имущества у ликвидируемого юридического лица».

2. Общие проблемы

Исполнительное производство является одним из важнейших институтов, предназначенных обеспечить эффективную защиту охраняемых прав и интересов участников правоотношений. По своему содержанию нормы об исполнительном производстве должны соответствовать нормам иного законодательства, в том числе нормам материального права, которые должны быть неукоснительно соблюдены при осуществлении исполнительного производства.

Вместе с тем анализ Закона об исполнительном производстве показывает, что во многих своих положениях он противоречит или не учитывает нормы гражданского, земельного законодательства, законодательства о недрах и недропользовании, банкротстве и др.

Другим важным аспектом является вопрос о соотношении исполнительного производства и других процедур, в рамках которых обращается взыскание на имущество должника. Так, например, помимо исполнительного производства, на имущество должника взыскание может быть обращено в конкурсном и ликвидационном производстве, при обращении взыскания на предмет залога и др. В связи с изложенным, нормы Закона об исполнительном производстве не должны нарушать права иных кредиторов, которые в соответствии с ГК и иными законодательными актами имеют приоритет перед кредиторами, в интересах которых обращается взыскание в исполнительном производстве. Между тем анализ Закона об исполнительном производстве показывает, что его нормы в ряде случаев «игнорируют» нормы законодательных актов, в которых установлены права иных кредиторов (залоговых, кредиторов конкурсной массы и др.).

Одним из нерешенных вопросов, возникающих в исполнительном производстве, является вопрос о соотношении нескольких исполнительных производств, возбужденных для исполнения судебных актов нескольких судов. Так, например, на практике распространенным являются факты наложения арестов на одно и то же имущество несколькими судебными исполнителями. Однако нигде не регулируется вопрос об установлении приоритета между несколькими арестами. В сфере недвижимости ранее зарегистрированный арест должен иметь приоритет перед арестом, регистрация которого была

произведена позже (ст. 7 и др. Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество). Однако для обращения взыскания на имущество, на которое первым наложен арест, необходимо снять в установленном порядке все последующие аресты. На практике кредитору приходится «обходить» все судебные инстанции, которые наложили аресты для того чтобы были изданы акты о снятии арестов. Считаем, что такая процедура снятия ареста недопустима и на кредиторов не может быть возложена обязанность по сбору документов для снятия последующих арестов.

В этой связи, необходимо:

1) нормы Закона об исполнительном производстве привести в соответствии с нормами материального права¹;

2) привести в соответствие нормы Закона об исполнительном производстве с нормами, которые регулируют иные случаи обращения взыскания на имущество должника (по требованию залогодержателей, кредиторов конкурсной или ликвидационной массы)²;

3) урегулировать процедуру снятия всех последующих арестов в целях обращения взыскания на имущество, на которое арест наложен раньше.

3. Противоречия нормам гражданского, земельного и иного законодательства.

В Законе об исполнительном производстве обнаружены следующие основные противоречия нормам материального права:

1) в п. 3 ст. 35 Закон об исполнительном производстве установлено, что при отсутствии у должника денежных сумм, достаточных для погашения задолженности, взыскание обращается на другое принадлежащее должнику имущество. Судебный исполнитель с согласия взыскателя вправе *передать имущество в натуре* без реализации, предварительно оценив его.

Из изложенной нормы вытекает, что при отсутствии денежных средств взыскателю с его согласия может быть передано только имущество, имеющее вещественную форму (вещи, документарные ценные бумаги т.д.). Между тем в п. 1 ст. 36 Закона об исполнительном производстве установлено, что при отсутствии у должника денежных сумм, достаточных для погашения задолженности, взыскание может быть обращено *на любое другое принадлежащее ему имущество*, а также на имущество учредителей (участников) юридического лица, если законом не установлены ограничения в отно-

¹ Анализ норм Закона об исполнительном производстве на предмет их соответствия нормам материального права и предложения по устранению пробелов и противоречий даны в п. 3 настоящей аналитической справки

² предложения даны в п. 3 и 5 настоящей аналитической справки

шении этого имущества и предусмотрена имущественная ответственность учредителей (участников) юридического лица. Последнее положение соответствует нормам гражданского законодательства (ст. ст. 115, 344 ГК РК).

При обращении взыскания на имущество, не имеющее вещественную форму, возникает вопрос о том, какова процедура передачи взыскателю такого имущества должника (право требования, бездокументарные ценные бумаги и т.д.). Во-первых, в ряде случаев сам судебный исполнитель не может осуществить передачу имущества взыскателю, поскольку такое имущество не имеет вещественную форму и не находится во «владении» должника. Во-вторых, в механизме передачи имущества должника должны участвовать другие субъекты (банки, регистрирующие органы и др.).

В связи с изложенным, считаем необходимым дополнить пункт 3 ст. 35 Закона об исполнительном производстве нормами, регулирующими порядок передачи взыскателю имущества должника, не имеющего вещественную форму, в тех случаях, когда торги по такому имуществу не проводятся.

2) в п. 4 ст. 35 Закона установлено, что в случае, когда должник имеет в собственности имущество совместно с другими лицами, взыскание обращается на его долю, определяемую в соответствии с законодательством.

Из изложенной нормы вытекает, что на долю в общем имуществе взыскание может быть обращено только в тех случаях, когда имущество находится в общей собственности должника и иных лиц. Между тем общее имущество может находиться не только в собственности, но и ином общем праве. Например, земельный участок может находиться в общем землепользовании. За исключением некоторых случаев, на долю в общем землепользовании также может быть обращено взыскание (п. 1 ст. 24, п. 3 ст. 39, ст. 53, п. 1 ст. 63 ЗК РК). Или, например, в соответствии с п. 4-1 ст. 13 Закона РК «О недрах и недропользовании» право недропользования может быть пре доставлено нескольким лицам. В случае такого предоставления данные лица являются совместными обладателями права недропользования. Совместные обладатели права недропользования несут солидарную ответственность по обязательствам, возникающим на основе контракта. Нескольким лицам имущество может принадлежать не только на праве собственности или ином вещном праве (на праве землепользования, праве недропользования и др.), но и в рамках обязательственного права. Например, в долевых или солидарных обязательствах нескольким

лицам может принадлежать право требования к контрагенту (контрагентам) (ст. ст. 269, 287) ГК РК.

В этой связи в исполнительном производстве на общее имущество может быть обращено не только в тех случаях, когда оно находится в общей собственности, но и ином вещном праве, а также, если взыскание обращается на право требования, то и на обязательственные права.

В связи с изложенным, считаем, что в четвертом предложении пункта 4 ст. 35 Закона об исполнительном производстве слово «в собственности» после слова «имеет» необходимо исключить.

3) В п. 4 ст. 36 Закона об исполнительном производстве предусмотрено, что в случае отсутствия правопреемника при реорганизации юридического лица исполнительный документ возвращается взыскателю. Данная норма противоречит ст.ст. 45-47 ГК РК. В частности, при всех формах реорганизации юридического лица (слияние, присоединение, разделение, преобразование) в соответствии со ст. 46 ГК РК имеет место правопреемство, то есть права и обязанности реорганизованного лица на основании соответственно передаточного акта или разделительного баланса переходят к правопреемникам. В этой связи норма о возможности отсутствия правопреемника при реорганизации юридического лица ошибочна. Другое дело, что у правопреемника может отсутствовать имущество. Но тогда наступает банкротство.

В целях устранения противоречия с ГК РК предлагаем последнее предложение пункта 4 ст. 36 Закона об исполнительном производстве исключить.

4) Должниками в исполнительном производстве могут быть как физические, так и юридические лица, и государство. Между тем в ст. 39 Закона об исполнительном производстве, которая называется «Имущество, на которое не может быть обращено взыскание, сформулированы нормы, которые касаются в основном только физических лиц. Что же касается юридических лиц, то в п. 1 ст. 36 Закона об исполнительном производстве предусмотрено, что при отсутствии у должника денежных сумм, достаточных для погашения задолженности взыскание может быть обращено на любое другое принадлежащее ему имущество. Между тем существует имущество юридических лиц, на которое взыскание не может быть обращено. Так, согласно ст.ст. 26, 39, и 63 ЗКРК не может быть обращено взыскание на право временного краткосрочного землепользования, на право землепользования государственных юридических лиц, за исключением случаев обращения взыскания на право землепользования в связи с обращением взыскания на

здания и сооружения, переданными в залог и др. В соответствии с п. 4 ст. 885 ГК РК по обязательствам учредителя не допускается взыскание на имущество, переданное в доверительное управление, кроме случаев открытия наследства и банкротства учредителя доверительного управления.

В связи с изложенным предлагаем в п. 1 ст. 39 Закона об исполнительном производстве после слова «граждан» дополнить словами «и юридических лиц».

5) В соответствии с п. 2 ст. 40 Закона об исполнительном производстве арест может быть наложен на имущество должника, принадлежащее ему на праве собственности, хозяйственного ведения и оперативного управления (с учетом ограничений, установленных гражданским законодательством), независимо от того, где и в чьем фактическом пользовании оно находится. Между тем в исполнительном производстве взыскание может быть обращено не только на имущество, находящееся на праве собственности, хозяйственного ведения и оперативного управления. Например, как уже указывалось, взыскание может быть обращено на право постоянного и временного долгосрочного землепользования, на право недропользования и др. Например, в соответствии со ст. 37 ЗК РК право временного долгосрочного землепользования, выкупленного у государства, может быть отчуждено. В этой связи для обеспечения интересов взыскателя возникает необходимость наложения на любое имущество, на которое может быть обращено взыскание, в том числе на право постоянного землепользования, право временного долгосрочного землепользования, на право недропользования.

В связи с изложенным, предлагаем в п. 2 ст. 40 исключить слова «принадлежащее ему на праве собственности, хозяйственного ведения и оперативного управления».

6) Противоречит нормам гражданского законодательства норма, предусмотренная в п. 3 ст. 40 Закона об исполнительном производстве, в котором предусмотрено, что в случае если нахождение имущества должника у других лиц обусловлено заключенным между ними договором, вопрос о возможности сохранения за другими лицами вытекающих из договора прав и об изъятии имущества решается судом в порядке искового производства. В частности, гражданским и земельным законодательством предусмотрен ряд случаев, когда при смене собственника (иного правообладателя) имущество передается другому лицу вместе с правами третьих лиц, что, в свою очередь, для приобретателя является обременением его прав. Так, в п. 1 ст. 188 ГК РК предусмотрено, что право собственности передается

ся другому лицу со всеми обременениями, имевшимися на момент совершения сделки. К такого рода обременениям, следующим за судьбой имущества, являются аренда (ст. 559 ГК РК), сервитута (ст. 73 ЗК РК), безвозмездное пользование (ст. 614 ГК РК). Например, в п. 1 ст. 559 ГК РК предусмотрено, что переход права собственности, права хозяйственного ведения или права оперативного управления на сданное в наем имущество к другому лицу не является основанием для изменения или расторжения договора имущественного найма.

В связи с изложенным, нанимателям, ссудополучателям, сервитутариям и др. не требуется в порядке искового производства доказывать свои права на чужое имущество. Суд, вопреки указанным нормам гражданского и земельного законодательства, не вправе лишать или не лишать арендаторов, ссудополучателей, сервитутариев и др. прав, вытекающих из заключенных ими договоров или иных юридических фактов. Такие права они имеют на основании норм законов.

На основании изложенного считаем, что п. 3 ст. 40 Закона об исполнительном производстве необходимо изложить в следующей редакции:

«3. В случае если нахождение имущества должника у других лиц обусловлено заключенным между ними договорами или иными юридическими фактами (юридическими составами), вопрос о возможности сохранения за другими лицами прав и об изъятии имущества должен быть решен в исполнительном производстве в соответствии с законодательством, регулирующим соответствующие отношения, в том числе аренды, безвозмездного пользования и др.».

7) Нормы об описи имущества должника, предусмотренные в ст. 41 Закона об исполнительном производстве, сформулированы без учета того, что взыскание может быть обращено не только на имущество, имеющее вещественную форму, но и на иное имущество (право требования, объекты интеллектуальной собственности и др.). В частности, в п. 3 ст. 41 предусмотрено, что в опись имущества заносится наименование каждого предмета, его отличительные признаки (вес, метраж, степень износа, марка изделия и иные параметры), оценка каждого предмета в отдельности и стоимость всего имущества. Между тем при обращении взыскания на такое имущество как право долгосрочного возмездного землепользования, право недропользования, право требования, безличные деньги, бездокументарные ценные бумаги и др. в описи не может быть дано описание предмета, поскольку такое имущество не может быть отнесено

к предметам. Так, например, если объектом взыскания является право землепользования, то описание должно быть дано не земельного участка, которое является собственностью государства, а права землепользования. Безналичные деньги или право требования (например, вытекающего из договора займа) также не могут быть описаны как предмет (весом, метражом, степенью износа, маркой изделия и др.).

В связи с изложенным, в ст. 41 необходимо определиться, нужно ли описывать составляющие на все имущество должника, на которое обращается взыскание или только на имущество, имеющее вещественную форму. Если описи подлежит любое имущество (вещи, имущественные права), то способы их описания должны быть дифференцированы в зависимости от того, в какой форме имущество выражено.

8) Норма, установленная в п. 1 ст. 44 Закона об исполнительном производстве, сформулирована без учета того, на какое имущество наложен арест (движимое или недвижимое). Так, предусмотрено, что судебный исполнитель осуществляет передачу на хранение арестованного имущества на основании договора хранения путем получения от хранителя сохранной расписки. Между тем в соответствии с п. 3 ст. 768 ГК РК недвижимое имущество не может быть предметом договора хранения. Охрана такого имущества осуществляется не на основании договора хранения.

В целях устранения противоречия между п. 1 ст. 44 Закона об исполнительном производстве и п. 3 ст. 768 ГК РК предлагаем, в п. 1 ст. 44 Закона об исполнительном производстве после слова «арестованного» Записать «движимого». Возможно, следовало бы переименовать ст. 44 и ее название изложить в следующей редакции «Обеспечение сохранности имущества» и дополнить статью нормами о владении и пользовании арестованным недвижимым имуществом.

9) Нормы, предусмотренные в п. 2 ст. 46 Закона об исполнительном производстве, также противоречат нормам ГК и иных нормативных правовых актов. Так, например, в п. 2 ст. 46 рассматриваемого Закона предусмотрено, что, удостоверившись в принадлежности имущества должнику, судебный исполнитель включает его в опись, в зависимости от размера взыскания налагает на всю или часть имущества арест и направляет в соответствующие органы государственной регистрации недвижимости, залога движимого имущества и нотариусу предложение о регистрации ареста. Между тем в соответствии со ст. 118 ГК РК, ст. 4 Закона РК о государственной регистрации прав на не-

движимое имущество объектами государственной регистрации в правовом кадастре являются не недвижимость, а права и обременения прав на недвижимость. Более того, в соответствии со ст. 5 данного Закона регистрация ареста прав на недвижимое имущество осуществляется не нотариусами, а в правовом кадастре, который согласно и. 27 ст. 1 и ст. 11 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество осуществляется территориальными органами юстиции.

В связи с изложенным предлагаем п. 2 ст. 46 Закона об исполнительном производстве изложить в следующей редакции:

«3. Удостоверившись в принадлежности имущества должнику, судебный исполнитель включает его в опись, в зависимости от размера взыскания налагает на всю или часть имущества арест и немедленно направляет в соответствующие органы или организации (государственной регистрации прав на недвижимое имущество, залога движимого имущества, банки и др.)».

10) В четвертом абзаце ст. 48 предусмотрено, что в четвертую очередь реализуется имущество должника, имущество, переданное другим лицам по договору аренды (имущественного найма), займа, проката или иным договорам. Из изложенного вытекает, что договоры аренды и проката это разные гражданско-правовые договоры. Между тем в главе 29 ГК РК, которая называется «Имущественный наем (аренда)», договор проката относится к разновидностям договора имущественного найма (аренды). Более того, имущество, переданное должником на основании Договора займа, не является имуществом должника. В отличие от аренды, в заем передается имущество, определяемое родовыми признаками (зерно, деньги, нефтепродукты и т.д.). В этой связи переданное в заем имущество переходит в собственность (иное вещное право) заемщика. Л заемщик имеет право требовать возврата такой же суммы денег или равное количество вещей того же рода и качества (п. 1 ст. 715 ГК РК). Таким образом, имущество, переданное в заем, не принадлежит должнику и на него не может быть обращено взыскание по обязательствам должника. Однако должнику принадлежит право требования имущества, переданного в заем, в частности, такую же сумму денег или равное количество вещей того же рода и качества, если срок возврата имущества наступил. В этой связи взыскание обращается на право требования имущества, переданного в заем. Если же заемщик уже вернул имущество, переданное в заем, уже не считается переданным другим лицам.

В связи с изложенным, предлагаем в четвертом абзаце ст. 48 Закона об исполнительном производстве исключить слова «займа и проката».

11) Согласно п. 4 ст. 40 Закона об исполнительном производстве при обращении взыскания на имущество должника, если к моменту принятия решения о реализации имущества, на которое обращено взыскание, возбуждено производство по делу о несостоятельности (банкротстве) должника, до рассмотрения вопроса о несостоятельности (банкротстве) должника по существу, реализация имущества приостанавливается. Считаем, что при возбуждении производства по делу о несостоятельности (банкротстве) реализации имущества должника приостанавливается только тогда, когда суд откажет в признании должника банкротом. В тех же случаях, когда должник признается банкротом, реализация имущества банкрота осуществляется конкурсным управляющим и реализация имущества не может быть осуществлена в рамках исполнительного производства. Соответственно, на наш взгляд, исполнительное производство должно быть прекращено.

В связи с изложенным считаем, что в Законе об исполнительном производстве должны быть указаны случаи, когда реализация имущества должника в рамках исполнительного производства не может быть произведена. К таким случаям необходимо отнести открытие конкурсного или ликвидационного производства, внесудебная реализация заложенного имущества.

12) В п. 2 ст. 54 Закона об исполнительном производстве предусмотрено, что после уплаты покупателем имущества всей следуемой с него суммы *судебный исполнитель передает ему копию акта о состоявшихся торгах*. Между тем торги проводимые в рамках исполнительного производства, соответствуют признакам конкурсных обязательств, регулируемых главой 46 ГК РК, в частности, аукциону. В соответствии с п. 9 ст. 916 ГК РК, если иное не установлено условиями аукциона, с участником аукциона, предложившим наибольшую цену, заключается *договор о продаже ему предмета аукциона*. Более того, в тех случаях, когда победитель торгов должен зарегистрировать свои права на имущество, приобретенное на торгах, например, на недвижимость, для регистрации прав необходимо представить в регистрирующий орган правоустанавливающий документ (п. 2 ст. 21 Закона РК о государственной регистрации прав на недвижимое имущество). В соответствии с п. 6 ст. 24 указанного Закона для регистрации должен быть представлен подлинник или нотариально удостоверенная копия правоустанавливающего документа. Копия акта

о состоявшихся торгах, которую судебный исполнитель передает покупателю, не может быть квалифицирован как правоустанавливающий документ. На основании одного такого документа регистрацию прав на имущество нельзя произвести. В этой связи, помимо указанного акта, на основании п. 9 ст. 916 ГК РК с покупателем должен быть заключен договор и один экземпляр такого договора должен быть ему передан.

На основании изложенного, п. 2 ст. 54 Закона об исполнительном производстве необходимо привести в соответствие со ст. 916 ГК РК. В частности, необходимо предусмотреть, что с покупателем заключается договор о продаже предмета аукциона.

4. Внутренние противоречия

Помимо противоречий с иными законодательным актам, в Законе об исполнительном производстве допущены и внутренние противоречия. В частности:

1) в подпункте 3-1 пункта 1 статьи 5 к исполнительным документам отнесены исполнительные листы, выдаваемые на основании определения суда о принудительном исполнении решений *третейских судов*, в то время как согласно подпункта 1-1 пункта 1 статьи 7 исполнительные листы, выдаваемые на основании определения суда о принудительном исполнении решений *третейских судов или арбитражей* могут быть предъявлены к принудительному исполнению в течение трех лет. Между тем на основании Закона РК от 28 декабря 2004 года № 22-III «О третейских судах» (ст. 46) и Закона РК от 28 декабря 2004 года № 23-III ЗРК «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 32) к исполнительным документам необходимо отнести не только исполнительные листы, выдаваемые на основании определения суда о принудительном исполнении решений *третейских судов*, но и *арбитражей*.

В связи с изложенным в подпункте 3-1 пункта 1 статьи 5 Закона об исполнительном производстве после слов «третейских судов» необходимо дополнить словом «или арбитражей»;

2) согласно пункту 1 статьи 40 Закона об исполнительном производстве арест имущества должника состоит в производстве описи имущества и *запрете на распоряжение* этим имуществом, а также *объявлении запрета пользования и распоряжения денежными суммами должника, находящимися в банках и иных организациях*. Из изложенного вытекает, что при наложении ареста допускается пользование иным имуществом, в том числе потребляемым и непотребляемым. В то же время в ст. 40 предусмотрено, что нарушение запрета судебного исполнителя *распоряжаться*

или пользоваться имуществом, на которое наложен арест, влечет ответственность, предусмотренную законами Республики Казахстан. Из последнего вытекает, что при наложении ареста не допускается как пользование, так и распоряжение имуществом. Между тем означает ли арест только запрет на распоряжение или запрет как распоряжение, так и на пользование имуществом, должен зависеть от ряда факторов. Если вещь является индивидуально определенной и непотребляемой, то арест должен означать запрет на распоряжение (недвижимость, оборудование и др.). Если же арест накладывается на вещи, определяемые родовыми признаками и потребляемые, то арест, как правило, должен означать как запрет на распоряжение, так и запрет на пользование. Однако среди вещей, определяемых родовыми признаками и потребляемых вещей могут быть скоропортящиеся продукты (сельскохозяйственная продукция и др.), потребление которого нередко совпадает с производством (молоко) или должно быть осуществлено в короткие сроки. В этой связи запрет на потребление такого имущества не всегда возможен.

В связи с изложенным при наложении ареста вопрос о том, означает ли арест запрет на распоряжение или и на пользование имуществом должен решаться в зависимости от отнесения вещей к потребляемым или непотребляемым, индивидуально определенным или определяемым родовыми признаками. Для этого необходимо в ст. 40 Закона об исполнительном производстве внести соответствующие изменения.

5. Вопросы обращения взыскания в исполнительном производстве на заложенное имущество.

Одним из проблематичных вопросов, возникающих в исполнительном производстве, является вопрос об обращении взыскания на залоговое имущество. Из ст. 71 Закона об исполнительном производстве вытекает, что в рамках исполнительного производства удовлетворяются требования только на основании исполнительных документов. Если средств для удовлетворения всех требований по исполнительным документам недостаточно, то эта сумма распределяется между взыскателями в порядке очередности, установленной настоящим Законом. Перечень исполнительных документов, на основании которых может быть обращено взыскание в рамках исполнительного производства, дан в ст. 5 Закона об исполнительном производстве. В частности, к ним отнесены:

1) исполнительные листы, выдаваемые на основании судебных актов;

2) судебные приказы, выдаваемые в соответ-

ствии с гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан;

3) исполнительные листы, выдаваемые на основании судебных актов о принудительном исполнении на территории Республики Казахстан решений международных, иностранных судов и арбитражей;

3-1) исполнительные листы, выдаваемые на основании определения суда о принудительном исполнении решений третейских судов;

4) постановления судов, вынесенные по делу об административном правонарушении в случаях, предусмотренных Кодексом Республики Казахстан об административных правонарушениях;

5) постановления судов о принудительном исполнении постановления органа (должностного лица), уполномоченного рассматривать дела об административных правонарушениях в случаях, предусмотренных Кодексом Республики Казахстан об административных правонарушениях;

6) постановление прокурора о принудительном исполнении его требований;

7) постановления иных органов в случаях, предусмотренных законами Республики Казахстан. Из изложенного следует, что права залогодержателя подлежат удовлетворению в рамках исполнительного производства только в тех случаях, когда он имеет исполнительный документ. Между тем залогодержатель имеет исполнительный документ только в тех случаях, когда требования залогодержателя удовлетворяются в рамках судебных процедур. Помимо судебной реализации предмета залога, в ст. 319 ГК РК и ст. 20 Закона об ипотеке предусмотрено, что реализации ипотеки осуществляется *во внесудебном порядке, если это предусмотрено законодательными актами либо в ипотечном договоре, или последующем соглашении сторон*. Реализация ипотеки во внесудебном порядке производится путем проведения торгов на заложенное имущество, *организуемых доверенным лицом* (п. 1 ст. 24 Закона об ипотеке). При этом для внесудебной реализации предмета залога не требуется решение суда и, соответственно, исполнительного документа.

В этой связи может возникнуть ситуация, когда согласно законодательных актов или соглашения сторон реализация предмета залога осуществляется во внесудебном порядке или даже такая процедура еще не начата, когда срок исполнения обязательства, обеспеченного залогом, еще не наступил, а судебный исполнитель накладывает на предмет залога арест и оповещает об этом залогодержателя на основании ст.ст. 46 и 53 Закона об исполнительном производстве. Залогодержатель в таких ситуациях не

может предъявить судебному исполнителю исполнительный документ. В тех же случаях, когда срок исполнения обязательства, обеспеченного залогом, еще не наступил, основания для предъявления требований должнику еще нет. В результате этого залоговое имущество может пойти на удовлетворение требований незалоговых кредиторов, а также других залоговых кредиторов, которые имеют исполнительные документы. В результате этого нарушаются нормы, закрепленные в ст.ст. 299-328 ГК РК.

Более того, в тех случаях, когда требования залогодержателя удовлетворяются в судебном порядке и у него есть исполнительный документ, в соответствии с п. 2 ст. 73 Закона об исполнительном производстве его требование в пределах суммы обеспечения удовлетворяется *в третью очередь*. Между тем в соответствии с п. 1 ст. 299 ГК РК залогодержатель имеет права получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества *преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество, за изъятиями, установленными настоящим Кодексом*. К изъятиям в соответствии со ст.ст. 21, 51 и 1080 ГК РК относятся случаи банкротства индивидуального предпринимателя, ликвидации юридического лица, в том числе его банкротства, а также расходы, подлежащие оплате за счет наследства. В исполнительном же производстве залогодержатель в праве распоряжения и в очередности теряет приоритет в любом случае.

С таким положением законодательства нельзя согласиться. Во-первых, наложение ареста на заложенное имущество нарушает право распоряжения залогодержателя. И, во-вторых, судебная реализация предмета залога лишает залогодержателя право на его внесудебную реализацию, установленное договором или законодательными актами (ст. 318 ГК РК).

В мировой практике заложенное имущество даже при банкротстве должника не входит в состав конкурсной массы и незалоговые кредиторы могут получить удовлетворение своих требований за счет такого имущества только после удовлетворения требований залогодержателей.

Считаем, что при решении вопроса о возможности наложения ареста на заложенное имущество необходимо учитывать следующее. При залоге и аресте для правообладателя ограничивается правомочие распоряжения. В исполнительном производстве право распоряжения заложенным имуществом приобретает судебный исполнитель. Залогодержатель в связи с изложенным теряет приоритет, как в праве распоряжения, так и в очереднос-

ти. В частности, из суммы, взысканной судебным исполнителем, сначала погашаются штрафы, наложенные на должника в процессе исполнения исполнительного документа, после чего покрываются расходы по исполнению, оставшая сумма поступает на удовлетворение требований всех взыскателей (ст. 69). Следует предположить, что между взыскателями приоритет должен быть отдан залогодержателю. Однако согласно закону при недостаточности суммы обязательства залоговых кредиторов удовлетворяются в третью очередь. При удовлетворении требований при этом применяется принцип ранжирования, когда требования каждой очереди удовлетворяются после полного погашения требований предыдущей очереди. Внутри очереди при недостаточности имущества требования удовлетворяются пропорционально причитающейся каждому взыскателю сумме. Утрата приоритета залогодержателя в указанном случае, на наш взгляд, необоснованна. Более того, залог как способ обеспечения исполнения обязательства, становится просто бессмысленным.

В связи с изложенным мы считаем что все нормы Закона об исполнительном производстве об обращении взыскания на залоговое имущество должны быть пересмотрены с учетом норм, предусмотренных в ГК РК. При этом необходимо исходить из следующих основных положений:

1) если законодательными актами или соглашением сторон предусматривается принудительная внесудебная реализация заложенного имущества, на такое имущество не может быть обращено взыскание в исполнительном производстве;

2) при обращении взыскания на залоговое имущество по требованию залогодержателя в судебном порядке в исполнительном производстве должно быть соблюдено право залогодержателя получить удовлетворение своих требований преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество, за изъятиями, установленными ГК РК (ст.ст. 21, 51 и 1080).

6. Отсылочные нормы

1) Статья 2.

Законодательство об исполнительном производстве основывается на Конституции Республики Казахстан, нормах международных договоров, ратифицированных Республикой Казахстан, и состоит из настоящего Закона и других нормативных правовых актов Республики Казахстан.

См.: ГПК. Указ Президента РК от 04.10.1995 г. «О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений»; Закон Республики

Казахстан от 7 июля 1997 года № 150-1 «О судебных приставах»

2) Статья 3. Пункт 2.

Исполнительное производство по взысканию задолженности налоговых и иных обязательных платежей в бюджет, пеней за задержку уплаты штрафов и иных санкций за нарушение законодательства о налогах и иных обязательных платежах в бюджет производится в порядке, установленном настоящим Законом, и в соответствии с налоговым и таможенным законодательством.

См.: Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)» от 12.06.2001 года; Таможенный кодекс РК от 5 апреля 2003 года; См. также: Письмо НК МФ РК от 28 мая 2003 года № НК-УНК-08-3-15/1636, Письмо МГД РК от 26 июля 2000 г. № ЮД-1-2-14/6908.

Пункт 2-1.

Исполнительное производство по взысканию с государства сумм капитализации, соответствующих поврежденных платежей по возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью работников, в случае отсутствия или недостаточности имущества у ликвидируемого юридического лица, признанного в установленном порядке ответственным за данный вред, осуществляется в порядке, определяемом Правительством Республики Казахстан.

См.: Нормативное постановление Верховного Суда РК от 28.10.2005 г. «О возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью работников, в случае отсутствия или недостаточности имущества у ликвидируемого юридического лица».

Пункт 3

Исполнительное производство в отношении исполнительных документов других государств на территории Республики Казахстан осуществляется в соответствии с действующим законодательством, если иное не вытекает из ратифицированных Республикой Казахстан международных договоров.

См.: ст. 5 Закона об исполнительном производстве, глава 45 ГПК РК, ст. 32 Закона РК от 28 декабря 2004 года «О международном коммерческом арбитраже», Указ Президента РК от 04.10.1995 г. «О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений»; Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.).

3) Статья 4 Пункт 2

В случаях, предусмотренных законом, исполнение исполнительных документов осуществляется

при содействии судебных приставов. См.: Закон Республики Казахстан от 7 июля 1997 года № 150-1 «О судебных приставах»

4) Статья 4-1 Пункт 2

Полномочия и порядок деятельности уполномоченного органа определяются положением, утвержденным Президентом Республики Казахстан.

См.: Положение о Комитете по судебному администрированию при Верховном Суде Республики Казахстан Утверждено Указом Президента Республики Казахстан от 12 октября 2000 г. № 471

Пункт 3

Противоправное вмешательство в деятельность сотрудника органов исполнительного производства влечет ответственность, установленную законами Республики Казахстан.

См.: УК РК, ГК РК, Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 30.01.2001 г.

5) Статья 15

Исполнительное производство подлежит приостановлению в случаях:

2) реорганизации юридического лица, являющегося должником, или принятия, в установленном законодательством порядке, решения о его ликвидации или возбуждении производства о несостоятельности (банкротстве).

См.: ст. ст. 45- 57 ГК РК, Закон РК от 21.01.1997 г. «О банкротстве»

6) Статья 36 Пункт 2

Если в ходе исполнения будет установлено, что имущества должника -юридического лица или индивидуального предпринимателя - окажется недостаточно для погашения задолженности, а гражданское законодательство допускает признание должника несостоятельным (банкротом), судебный исполнитель обязан поставить об этом в известность взыскателя.

См.: ст. 21, п.п.2 и 4 ст. 49, ст. 52 и 53 ГК РК

Пункт 3

Обращение взыскания на имущество должника, признанного в установленном порядке несостоятельным (банкротом), осуществляется в соответствии с законодательством. 31. См.: ст. 49- 57 ГК РК, Закон РК от 21.01.1997 г. «О банкротстве» Закон РК от 31.08.1995 г. «О банках и банковской деятельности»; Закон РК от 18.12.2000 «О страховой деятельности»; Закон РК от 23.07.2000 «О пенсионном обеспечении»; Правила принудительной ликвидации негосударственных накопительных пенсионных фондов: утв. постановлением Правления Агентства РК по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от

25.03.2006 г. № 79; Правила принудительной ликвидации банков в Республике Казахстан: утв. постановлением Правления Агентства РК по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 25.02.2006 г. № 40;

7) Статья 37 Пункт 1

На заложенное имущество, за исключением недвижимости, являющейся обеспечением по обязательству ипотечного жилищного займа, может быть обращено взыскание при недостаточности прочего имущества должника для полного удовлетворения всех предъявленных к нему требований, необеспеченных залогом, с соблюдением установленных законодательством прав залогодержателя. См.: ст.ст. 299- 328 ГК РК

8) Статья 39 Пункт 1

При исполнении исполнительных документов в отношении граждан взыскание не может быть обращено на имущество, на которое законодательством запрещено обращение взыскания.

См.: ст.ст. 62 Закона об исполнительном производстве; ст. 63 ЗК РК, п. 4 ст. 885 ГК РК

Пункт 2

Перечень денежных сумм и иного имущества, на которые не может быть обращено взыскание, определяется в соответствии с законодательством.

См.: ст.ст. 62 Закона об исполнительном производстве, п. 3 ст. 39, ст. 63 ЗК РК, п. 4 ст. 885 ГК РК.

9) Статья 44 Пункт 2

Порядок и условия хранения арестованного имущества определяются Гражданским кодексом и другими нормативными правовыми актами. См.: глава 39 ГК РК

10) Статья 45

В случае растраты, отчуждения или сокрытия переданного на хранение арестованного имущества хранитель несет ответственность в соответствии с законодательством.

См.: УК РК, ГК РК, Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 30.01.2001 г.

10) Статья 49 Пункт 1

Реализация арестованного имущества, кроме имущества, изъятого по закону из оборота, независимо от оснований ареста и видов имущества производится судебным исполнителем через торговые и иные специализированные организации, на торгах и аукционах в порядке, предусмотренном законодательством Республики Казахстан.

См.: глава 46 ГК РК

11) Статья 50

Имущество, арестованное на основании приговора суда по уголовному делу в части конфискации

имущества либо на основании решения о передачи имущества государству, реализуется или используется в установленном законодательством порядке.

См.: УПК РК

12) Статья 51

Изъятые у должника и переданные на хранение учреждения банка ценные бумаги, валютные ценности, ювелирные и другие изделия из драгоценных металлов, драгоценных камней и жемчуга, а также лом таких изделий и антиквариат реализуются в соответствии с правилами, устанавливаемыми Правительством Республики.

См.: Правила реализации ценных бумаг, валютных ценностей, ювелирных и других изделий из драгоценных металлов, драгоценных камней и жемчуга, а также лома таких изделий и антиквариата, изъятых у должника и переданных на хранение банкам и организациям, осуществляющим отдельные виды банковских операций: Утверждены постановлением Правительства Республики Казахстан от «4» июня 2003 года № 526

13) Статья 60 Пункт 3

В случае злостного уклонения осужденного от уплаты штрафа, назначенного в качестве основного вида наказания, судебный исполнитель вправе направить в суд, вынесший приговор, представление о замене неуплаченной суммы штрафа на другое наказание в соответствии с уголовным законодательством Республики Казахстан.

См.: УК РК

14) Статья 65. Пункт 3

Постановление судебного исполнителя об определении задолженности может быть обжаловано или опротестовано в установленном законом порядке.

См.: ст. 87 Закона об исполнительном производстве 15) Статья 67

Порядок взыскания алиментов с должника при выезде его на постоянное жительство или на работу и для прохождения воинской службы за границей определяется законодательством. См.: Закон Республики Казахстан от 17 декабря 1998 года № 321-1 «О браке и семье»

16) Статья 67-1

В случае неисполнения должником требований судебного исполнителя в установленный срок судебный исполнитель принимает меры по привлечению должника к ответственности, предусмотренной законами Республики Казахстан.

См.: УК РК, Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях»

17) Статья 68-1 Пункт 3

При производстве выселения составляется опись имущества из освобождаемого помещения и в не-

обходимых случаях обеспечивается его хранение с возложением на должника понесенных расходов. Хранение имущества должника осуществляется в срок, не превышающий трех лет, по истечении которого указанное имущество реализуется в порядке, установленном для реализации бесхозяйного имущества.

См.: ст. 242 ГК РК. Правила учета, хранения, оценки и дальнейшего использования имущества, обращенного (поступившего) в собственность государства по отдельным основаниям: Утверждены постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 июля 2002 года № 833

18) Статья 78. Пункт 1

За неисполнение исполнительного документа должник может быть привлечен к административной либо уголовной ответственности.

См.: УК РК, Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях»

19) Статья 80

Порядок исполнения в Республике Казахстан решений международных и иностранных судов, а также арбитражей определяется соответствующими международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан и настоящим Законом.

См.: ст. 5 Закона об исполнительном производстве, глава 45 ГПК РК, ст. 32 Закона РК от 28 декабря 2004 года «О международном коммерческом арбитраже», Указ Президента РК от 04.10.1995 г. «О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений»; Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.).

20) Статья 84

Неисполнение либо ненадлежащее исполнение судебным исполнителем возложенных на него обязанностей и должностных полномочий влечет установленную законами Республики Казахстан ответственность.

См.: ГК РК, УК РК, Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях»

21) Статья 86. Пункт 1.

Судебный исполнитель в установленном законом порядке вправе:

3) безвозмездно получать необходимую информацию, объяснения и справки по вопросам, возникающим при совершении исполнительных действий, с соблюдением установленных законодательными актами Республики Казахстан требований к разглашению сведений, составляющих коммерческую, банковскую и иную охраняемую законом тайну. При

этом органы, организации, должностные лица и граждане обязаны предоставить их судебному исполнителю незамедлительно, а в случаях, требующих обработки, подготовки специальных документов, не позднее трех дней:

См.: ст. ст. 126, 144, 961 и др. ГК РК, Закон РК от 31.08.1995 г. «О банках и банковской деятельности»

21) Статья 87

Решение и действие (бездействие) судебного исполнителя по исполнению исполнительного документа или отказ в совершении таких действий могут быть обжалованы взыскателем или должником в суд. Жалоба подается в суд в порядке и сроки, которые предусмотрены гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан.

См.: ГПК РК 22) Статья 88 Пункт 5

Неисполнение законных требований судебного исполнителя, отказ в допуске судебного исполнителя к проверке наличия денежных сумм или имущества должника, непредставление по запросам сведений, оскорбление, угроза, насилие или посягательство на жизнь, здоровье, имущество судебного исполнителя или членов его семьи в связи с его служебной деятельностью, другие действия, препятствующие выполнению судебным исполнителем служебных обязанностей, влекут ответственность в соответствии с законодательством.

См.: ГК РК, УК РК, Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях»

Пункт 6

При воспрепятствовании законной деятельности судебного исполнителя, выразившемся в отказе беспрепятственного по предъявлению служебного удостоверения доступа в здание, помещение или на территорию государственного органа, организации независимо от формы собственности, судебный исполнитель составляет об этом акт, а материал передает в суд по месту исполнения для решения вопроса о привлечении виновных к предусмотренной законами Республики Казахстан ответственности.

См.: УК РК, Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях».

Анализ Закона Республики Казахстан «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» осуществлен по состоянию на 25.09.2007 г.

Анализ положений Закона РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» выполнен по заказу ТОО «Институт законодательства Республики Казахстан»

С.И. КЛИМКИН*ведущий научный сотрудник Института законодательства РК,
кандидат юридических наук,***Н.Г. САРСЕНОВ***кандидат юридических наук*

**АНАЛИТИЧЕСКАЯ СПРАВКА
ПО ЗАКОНУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
ОТ 13 МАЯ 2003 г. «ОБ АКЦИОНЕРНЫХ ОБЩЕСТВАХ»**

1. История развития законодательства независимого Казахстана об акционерных обществах начинается, пожалуй, с Положения «Об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью», утвержденного Постановлением Совета Министров СССР от 19 июня 1990 г. № 590.

21 июня 1991 г. был принят Закон Казахской ССР «О хозяйственных товариществах и акционерных обществах».

27 декабря 1994 года принимается Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), также содержащий нормы об акционерных обществах, на основе которого 2 мая 1995 г. Президентом Республики Казахстан издается Указ, имеющий силу закона, «О хозяйственных товариществах».

На смену Указу (в части регулирования правового положения акционерных обществ) приходит Закон Республики Казахстан от 10 июля 1998 г. «Об акционерных обществах».

Наконец, 13 мая 2003 г. принимается действующий в настоящее время Закон Республики Казахстан «Об акционерных обществах».

2. Анализируемый Закон не противоречит Конституции Республики Казахстан, в том числе в части реализации конституционного права граждан на занятие предпринимательской деятельностью, а также равной защиты частной и государственной собственности.

Закон в целом не противоречит основным принципам, заложенным в Гражданском кодексе РК, его нормам об акционерных обществах и иным законодательным актам страны. Однако с учетом требований Закона РК «О нормативных правовых актах» анализируемый Закон находится в подчиненном положении по отношению к ГК и законам, введенным в действие позднее.

3. Законом 2003 г. резко были увеличены требования к минимальному размеру уставного капитала АО: со 100 МРП (для закрытых обществ) и 5000 МРП (для открытых обществ) до 50000 МРП без деления на закрытые и открытые. Это обстоятельство мы расцениваем положитель-

но, поскольку оно дает возможность функционировать акционерным обществам как субъектам крупного предпринимательства, что отвечает их правовой природе.

4. При этом мы считаем возможным высказать ряд замечаний по вопросам, которые не нашли своего разрешения в анализируемом Законе, либо регламентирует их не вполне корректно.

Проблемы казахстанской системы корпоративного управления.

Казахстан выбрал в качестве базовой континентальную модель корпоративного управления. Создание двухзвенной системы управления в компаниях является обязательной для всех акционерных обществ. До недавнего времени некоторые исключения существовали на этот счет для компаний, все голосующие акции которых принадлежали единственному акционеру. Законодательство позволяло в таких случаях не создавать совет директоров. В отечественной практике довольно распространены акционерные общества с единственным акционером. Однако изменениями в законодательство от 19 февраля 2007 г. (имеется в виду Закон РК №230-III «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам защиты прав миноритарных инвесторов») это правило было отменено. Теперь требование о создании двухступенчатой системы управления звучало более категорично, не допуская уже вообще никаких исключений из этого правила. Между тем обоснованность такой категоричности довольно сомнительна.

Законодательство любое в том числе в области корпоративного управления, должно «прислушиваться» к потребностям реальной практики. Не должно существовать законов, оторванных от реальных потребностей общества и существующих условий. А если такие законы все же принимаются, то заложенные в них положения заведомо являются «мертворожденными».

До введения вышеуказанных изменений в законодательство об акционерных обществах не все

компания с единственным акционером создавали советы директоров. Более того, многие акционерные общества, имевшие более чем одного акционера, создавали совет директоров чисто формально. В таких компаниях совет директоров не играл ровным счетом никакой роли. Все вопросы управления в таких компаниях решаются либо исполнительным органом самостоятельно, либо акционерами. Акционеры здесь, как правило, либо напрямую спускают указания исполнительному органу, минуя совет директоров, либо сами представлены в исполнительном органе, что позволяет принимать решения непосредственно. В других, не менее распространенных случаях, основные акционеры компании сами входят в состав совета директоров и все решения по вопросам повседневной деятельности компании здесь принимаются советом директоров. Исполнительный орган здесь фактически «атрофируется», он превращается в номинальный орган, который не может принять самостоятельно ни одного решения. Между тем акционеры-члены совета директоров, ежедневно приходя в компанию как на работу, заменяют собой исполнительный орган.

Мы абсолютно не выступаем против создания совета директоров или правления, это было бы довольно абсурдным заявлением. И тот, и другой орган важны при нынешней двухзвенной модели. Но существующая практика управления в отечественных компаниях свидетельствует о том, что двухзвенная континентальная модель корпоративного управления не может и не должна являться на настоящем этапе развития единственно возможной. Ее нельзя навязывать сейчас акционерным обществам. Ведь предыдущего опыта в этом отношении почти нет. А текущая практика показывает, что во многих компаниях советы директоров и правление действуют в режиме единого совета директоров, подобно тому, что существует в однозвенной системе. Существуют и другие причины того, что собственники компаний постоянно находятся, так сказать, «у руля». Это объясняется и высокой концентрацией акций в руках контролирующих акционеров, и не полным доверием менеджменту, и отсутствием у многих компаний намерения делиться контролем, привлекая деньги непосредственно на фондовом рынке.

Таким образом, на данном этапе, когда предыдущего опыта цивилизованного корпоративного управления фактически нет, а существующая модель не полностью отвечает потребностям отечественных компаний, полагаем, что было бы правильней не навязывать компаниям то, что не

соответствует реалиям, а предоставить альтернативу использовать однозвенную модель корпоративного управления или двухзвенную.

Проблемы причинения вреда акционерному обществу его должностными лицами.

Должностные лица акционерного общества стоят на самой вершине пирамиды управления компанией. С их правильными действиями очень тесно связан рост и продвижение компании. С их же действиями часто напрямую связаны крах компании и ее банкротство.

До недавнего времени вопрос о причинении вреда должностными лицами обществу и его акционерам, а также об их имущественной ответственности практически не стоял ни в теории, ни в практике гражданского права. Считалось, что должностные лица компании по определению не могут причинить вреда самой компании. Наоборот, было принято считать, что это лица, которые должны были всячески способствовать развитию и процветанию той компании, в которой они работают.

Сегодня в связи с разразившимися корпоративными скандалами, вызванными в немалой степени злоупотреблениями со стороны должностных лиц компаний, прежние взгляды в отношении должностных лиц претерпели кардинальные изменения. Возникла целая отрасль знаний, посвященных этим вопросам – «Корпоративное управление». Сама по себе эта область знаний является смешанной и объединяет в себя отдельные сферы, такие, как право, экономика, финансы, бухгалтерия и т.д.

В ходе заимствования опыта корпоративного управления наиболее развитых стран в наше отечественное гражданское законодательство стали вкрапливаться нормы, ранее неизвестные отечественному гражданскому законодательству. Одними из таких положений стали нормы о конфликте интересов, независимых директоров, заинтересованных сделках и т.д. Все более значимое место среди таких новшеств, внедряемых в современные законодательства, начинают занимать положения, посвященные ответственности должностных лиц и, так называемой, активности акционеров, которая корреспондирует ей. О большой актуальности и сравнительной новизне этих институтов говорит и постоянная динамика в этих правовых институтах, непостоянство содержания и частое изменение и корректировка формулировок. Последнее, кстати, подчеркивает нахождение этих институтов в стадии активного формирования.

Часть из этих норм, не вводя по существу ничего нового в регламентацию отношений, несут

в себе лишь информативную нагрузку для участников корпоративных отношений, тогда как другие приносят новое в сам регулятивно-охранительный механизм существующих институтов корпоративного законодательства.

Примером первых может служить п. 1 ст. 63 Закона. Согласно этой норме должностные лица общества несут ответственность перед обществом и акционерами за вред, причиненный их действиями (бездействием), в соответствии с законами Республики Казахстан, в том числе за убытки, понесенные в результате:

- 1) предоставления информации, вводящей в заблуждение, или заведомо ложной информации;
- 2) нарушения порядка предоставления информации, установленного настоящим Законом.

Ко второй категории норм, норм создающих новые модели в регулировании корпоративных отношений, можно отнести п. 2 ст. 63 Закона, в котором говорится, что общество вправе на основании решения общего собрания акционеров обратиться в суд с иском к должностному лицу о возмещении вреда либо убытков, нанесенных им обществу. Более того, ко второй категории также можно отнести и правила Закона, устанавливающие, что на должностных лиц акционерного общества теперь законодательством возлагается обязательство

- 1) выполнять свои обязанности добросовестно;
- 2) при выполнении своих обязанностей использовать такие способы, которые в наибольшей степени отражают интересы акционеров и общества.

Данные нормы в совокупности с институтом деликтных обязательств составляют новую правовую основу для предъявления исков о возмещении вреда применительно к должностным лицам акционерных обществ.

Однако все указанные нормы на сегодня пока еще далеки от потребностей реальной практики, тем не менее, однако, законодатель предусмотрительно вводит нормы, которые упреждают возможные нарушения со стороны должностных лиц компаний и связанные с такими нарушениями требования к должностным лицам со стороны акционеров и общества.

Как показывает практика западных стран, вопрос об ущербе, причиняемом должностными лицами компаний, это достаточно серьезный вопрос как для акционеров, так и для самого общества. Яркими примерами тому являются Enron, WorldCom, Tyco и др. И чем развитей фондовый рынок, тем выше становится активность акционеров. А чем выше активность со стороны акци-

онеров, тем выше становится потребность в правовых механизмах, позволяющих привлечь к ответственности нерадивых директоров и иных должностных лиц компаний.

Какие действия приводят к возникновению ущерба для общества и для акционеров?

Отечественное законодательство исходит из общей установки о том, что ущерб (имущественный или неимущественный) может быть причинен любыми действиями и, при наличии достаточных оснований (вина, противоправность, вред, причинно-следственная связь), лицу, которому такой ущерб был причинен, независимо от того, инвестор это или само акционерное общество, вправе требовать возмещения нанесенного ущерба от причинителя.

Вред, причиненный должностными лицами акционерному обществу, охватывается общими правилами деликтных обязательств, а потому справедливым могло бы показаться и возражение о целесообразности внедрения в законодательство дополнительных норм, обособляющих вопросы имущественной ответственности должностных лиц за вред, причиненный компании. Вместе с тем появление новых общественных отношений или повышение социальной значимости отдельных участков общественных отношений, а также изменения, вызванные метаморфозами, происходящими в общественной жизни, вызывают к жизни все новые методы регламентации, приводят к необходимости пересмотра прежних подходов, криминализации отдельных действий и т.д.

Часть действий, представляющих опасность для компании и ее акционеров, уже сегодня предусмотрена поименно в отечественном законодательстве. Другая часть пока еще покрывается общими нормами. Так, например, вышеупомянутое правило п. 1 ст. 63 Закона гласит, что должностные лица общества несут ответственность перед обществом и акционерами за вред, причиненный их действиями (бездействием), в соответствии с законами Республики Казахстан, выделяя среди иных возможных нарушений, которые могут быть совершены должностными лицами, действия по:

- 1) предоставлению информации, вводящей в заблуждение, или заведомо ложной информации;
- 2) нарушение порядка предоставления информации, установленного Законом об АО.

Иные возможные нарушения, которые могут повлечь наступление убытков для акционерного общества и акционеров, мы находим в КоАП и УК РК. К примеру, в соответствии со ст. 202-1 УК РК («Непредоставление информации либо

представление заведомо ложных сведений должностным лицом эмитента ценных бумаг») непредоставление информации либо представление заведомо ложных сведений государственным органам и держателям ценных бумаг должностными лицами эмитента ценных бумаг в целях извлечения имущественной выгоды, причинившее крупный ущерб держателям ценных бумаг либо эмитенту, – наказывается штрафом в размере от трехсот до пятисот месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от трех до пяти месяцев либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет, либо исправительными работами на срок до двух лет, либо арестом на срок до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до одного года с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового.

Из вышеизложенного можно сделать следующие выводы. Сегодня в казахстанское законодательство внедряется множество норм, связанных с регулированием отношений, вытекающих из причинения вреда акционерному обществу ее должностными лицами. Сами отношения такого рода представляют для нас нечто новое. Раньше было принято считать, что нет более приверженных для компании лиц, чем ее должностные лица. Отсюда и полное отсутствие предыдущего опыта по предъявлению исков к должностным лицам о возмещении имущественного вреда, причиненного компании и ее акционерам. Многие иски ограничивались до сегодняшнего дня лишь признанием некоторых сделок, совершенных с участием должностных лиц компаний, недействительными при наличии, казалось бы всех оснований для взыскания с должностных лиц причиненных компании убытков. Чаще всего должностные лица просто подвергаются уголовно-правовым или административно-правовым взысканиям.

Проблемы выполнения руководителями параллельной деятельности для других организаций как одного из видов конфликтов интересов.

В соответствии с частью второй п. 2 ст. 59 Закона член исполнительного органа вправе работать в других организациях только с согласия совета директоров. Общее правило, которое вытекает из данной нормы, представляет собой не дозволение, а запрет на работу члена исполнительного органа в других организациях. Работа в других организациях может быть разрешена только в слу-

чае, если совет директоров одобрит это. Такая норма, в целом, верно отражает существующие в мире тенденции по дозволению руководителю и членам исполнительного органа работы в иных, помимо данной компании, организациях.

Несмотря, однако, на наличие подобной нормы в действующем законодательстве, рекомендуется, чтобы каждое общество при разработке условий договора с членами исполнительного органа учитывало неточность ее формулировки и, в связи с этим, возможность ее неоднозначного толкования. Так, не совсем понятно, какой смысл законодатель вкладывает в понятие «работа в других организациях». Можно ли, к примеру, занятие поста члена совета директоров в другой организации квалифицировать как работу в другой организации? Если понимать норму в соответствии с ее буквальным значением, то, думается, что вряд ли. Международная практика допускает возможность занятия поста члена совета директоров в других организациях руководителям компании. Считается, что член совета директоров, который одновременно является руководителем другой организации, может внести немалый вклад в работу совета директоров другой компании, поскольку он лучше понимает руководителя этой организации и может содействовать принятию советом директоров действительно эффективных решений и превратить совет директоров и исполнительный орган в союзников, выполняющих одно общее дело.

Касааясь существа вышеуказанной нормы, можно также поставить вопрос и о том, насколько оправдано применение данной нормы в случае, например, оказания членом исполнительного органа определенных услуг для другой организации в соответствии с заключенным гражданско-правовым договором. Предметом такого договора могут стать и консультации для чужой организации, и предоставление информационных услуг, и все, что угодно. Между тем, в случае различного толкования данной нормы, а это неизбежно при ее нынешней формулировке, проблем с применением указанной выше нормы не избежать. Из буквального толкования становится понятным, что речь идет, прежде всего, о трудовых функциях, тогда как работа или услуги в соответствии с гражданско-правовыми договорами, в том числе и в качестве члена совета директоров в другой компании, не относятся к трудовым отношениям, и, соответственно, не будут напрямую подпадать под действие указанной нормы.

Более того, недостатком приведенного правила является и то, что в ней говорится о работе членов исполнительного органа только применительно к другим организациям, оставляя без внимания индивидуальных предпринимателей, или консорциумов (простых товариществ). Индивидуальные предприниматели, консорциум (простое товарищество), хотя и могут, также как и организации, преследовать коммерческие цели, но в соответствии с положениями действующего гражданского законодательства не включены в понятие «организация», а потому, в буквальном понимании тоже не охватываются указанной выше нормой. Соответственно, правило этой нормы должно быть расширено, то есть она должна применяться не только в отношении работы членов исполнительного органа в организациях иных, нежели сама компания, но и в отношении их работы по договорам, осуществляемой ими для других лиц или их групп, не являющихся юридическими лицами.

К сказанному следует добавить еще одно обстоятельство, связанное с указанным выше правилом. Нераскрытым в данной норме остается вопрос о том, вправе ли член исполнительного органа выступать партнером (участником) в другой организации, а если вправе, то в каких, и существуют ли (должны ли существовать) какие-либо ограничения по роду деятельности таких других организаций (в смысле организаций, ведущих аналогичный бизнес или даже являющихся конкурентом основной компании), в которых члены исполнительного, были бы вправе осуществлять деятельность в качестве участников.

Законом от 19 февраля 2007 г. пункт 2 статьи 59 Закона был дополнен частью третьей. Это новое положение имеет прямое отношение к вопросу о правах членов исполнительного органа занимать должности в иных организациях и существенно дополняет данную норму закона. Новелла выглядит следующим образом: «Руководитель исполнительного органа либо лицо, единолично осуществляющее функции исполнительного органа общества, не вправе занимать должность руководителя исполнительного органа либо лица, единолично осуществляющего функции исполнительного органа, другого юридического лица». Данное нововведение направлено по сути на исключение конфликта интересов, присущего для одновременного осуществления руководства двумя или более компаниями, занятыми в одной сфере. Очевидно, законодатель исходил из предположения о том, что влияние второй работы в ка-

честве руководителя непременно будет отрицательным для первой, хотя и теоретически, и практически возможно обратное, когда работа в данной компании негативно будет влиять на работу в другой компании. Вместе с тем сам по себе факт одновременного выполнения функции руководителя в нескольких компаниях, не конкурирующих между собой, не всегда может приводить непосредственно к конфликту интересов, хотя в целом считается, что могут возникнуть нахлесты обязанностей перед разными организациями, вызванные необходимостью одновременного исполнения обязательств в разных компаниях, требующих полной отдачи. С практической точки зрения, причин, по которым может возникнуть ситуация с «двойным директорством», может быть более чем достаточно. Подобная ситуация в принципе не редкость для нашей действительности. В этой связи установление в указанной новелле категорического запрета на «двойное директорство» можно было бы изложить по аналогии с вышеуказанным правилом, то есть допустив в целом возможность «двойного директорства», но с обязательного одобрения советом директоров компании. Такое изложение вполне соответствовало бы общепринятому принципу: «При наличии объективных и существенных обстоятельств, препятствующих надлежащему осуществлению должностным лицом компании своих функций, такое должностное лицо обязано прекратить свою деятельность в этой компании».

В целом отсутствие правильной и детальной регламентации отношений, связанных с возможностью возникновения конфликтов интересов в компании, а в особенности, конфликта интересов в деятельности членов исполнительного органа, могут приводить к тяжелым последствиям. Рассмотренное нами явление в виде возможности исполнения членами исполнительного органа деятельности иной, не связанной с управлением в данной компании, в пользу других субъектов гражданского оборота, есть всего лишь один из всех возможных, наиболее распространенных конфликтов интересов. В действительности существует немалый перечень сделок с заинтересованными лицами, которые тоже охватываются сферой конфликта интересов и включают в себя огромный пласт вопросов, подлежащих самостоятельному урегулированию во внутренних документах компании и в договорах с должностными лицами.

В этой связи в целях проведения мероприятий по избежанию в ходе управления компанией конфликтов интересов и минимизации рисков, связан-

ных с ними, считаем весьма полезным начать этот процесс уже при разработке внутренних документов по регламентации деятельности исполнительного органа, и составлении образцов договоров с членами исполнительного органа, как с лицами от чужей деятельности напрямую зависит успех компании.

5. Ряд положений Закона носит отсылочный характер. Речь идет об отсылке к законодательству о лицензировании, рынке ценных бумаг, банковскому и страховому законодательству, о государственной регистрации юридических лиц и учетной регис-

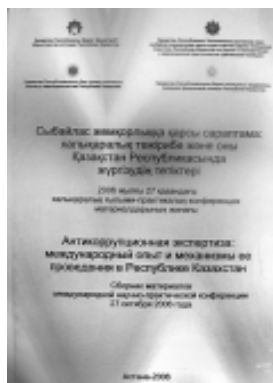
трации филиалов и представительств и т.д.

6. Каких-либо норм, способных привести коррупционным правонарушениям, в анализируемом Законе не обнаружено.

Анализ Закона РК от 13 мая 2003 г. «Об акционерных обществах» осуществлен по состоянию на 18 ноября 2007 г.

**Анализ положений Закона РК
«Об акционерных обществах»
выполнен по заказу ТОО «Институт
законодательства Республики Казахстан»**

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, И.Ш.Борчашвили, С.В.Скрябин.

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.

Материалы сборника адресованы широкому кругу читателей.

А.С. МУСРАЛИНОВ

заведующий сектором отдела законопроектных работ
Института законодательства РК,
магистр права

АНАЛИЗ ПРАКТИКИ ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСАМ АРХИВНОГО ПРОИЗВОДСТВА НОТАРИУСА

Самостоятельность и независимость нотариуса - это важные и незыблемые принципы работы нотариуса, предопределяющие его ответственность перед людьми, которые обращаются к нему за помощью сегодня и которые обратятся в архив через много лет¹.

Вопросы архивирования документации нотариуса в настоящее время все больше привлекают внимание как государственных органов, так Республиканской нотариальной палаты и частных нотариусов. Об этом свидетельствуют предпринимаемые Комитетом по организации правовой помощи и оказанию юридических услуг населению Министерства юстиции Республики Казахстан и Республиканской нотариальной палатой попытки по решению данного вопроса при разработке проектов Концепций развития казахстанского нотариата², а также проекта Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам нотариата»³.

Ранее население знало, что архивы государственных нотариусов хранятся при государственных нотариальных конторах, которые обычно дислоцировались в нескольких точках города, либо иного населенного пункта. Архивы частного нотариуса хранятся в местах совершения нотариальных действий несмотря на то, что многие нотариусы находятся в арендованных помещениях по обстоятельствам, не зависящим от воли и сознания нотариуса⁴.

22 декабря 1998 года был принят Закон Республики Казахстан «О Национальном архивном фонде и архивах», где в пункте 14 статьи 1 указано: «частный архив - учреждение или структурное подразделение негосударственного юридического лица, осуществляющее собирание, хранение, использование документов Национального архивного фонда, а также документов, не вошедших в его состав, или архив физического лица, возникший в результате его деятельности, собирания (приобретения) документов».

Ссылаясь на это, государственный архив г. Алматы с 1999 года прекратил принимать архив, выбывающих из состава членов Нотариальной Палаты, предложив формировать свой частный архив Нотариальной Палаты и заключить с ними договор о взаимоотношениях и сотрудничестве в области архивного дела и документационного обеспечения управления. Поэтому Нотариальной Палатой г. Алматы 19 апреля 1999 года был заключен указанный договор⁵.

Вместе с тем, согласно действовавшему на тот момент Закону «О нотариате», документы нотариусов в установленном законодательством порядке подлежали обязательной сдаче в государственный архив⁶. Существование частных нотариальных архивов в законодательстве не предусматривалось.

В данном случае подход законодателя к сложившейся ситуации оказался весьма непоследовательным, поскольку вопросы хранения документов нотариусов на законодательном уровне

¹ Концепция развития казахстанского нотариата. – Астана, 2006. – 26 с.

² См. Аленова А.Х. Структура и основные положения Концепции развития казахстанского нотариата. Проект – Астана, 2006. – 49 с.

Концепция развития казахстанского нотариата. – Астана, 2006. – 26 с.

³ Разработка соответствующего законопроекта была предусмотрена пунктом 54 Плана законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2005 год, утвержденного постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 декабря 2004 года № 1422, и исключена постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 декабря 2005 года № 1311 «О внесении изменений в постановление Правительства Республики Казахстан от 29 декабря 2004 года № 1422» //

⁴ Копенова Ж. Архив – наше общее дело // Бюллетень нотариуса. - № 6 – 2002 г. – С. 18-19.

⁵ Указано в письме Заместителя Председателя Нотариальной палаты г. Алматы Г.С. Кельдыбаевой (Исх. №717/04-09).

⁶ Закон Республики Казахстан от 14 июля 1997 года N 155-1 «О нотариате» (по состоянию на 5 мая 2003 года) // Ведомости Парламента Республики Казахстан 1997 г., N 13-14 ст.206; 1998 г., N 22 ст.307; 2000 г., N 3-4, ст.66; 2001 г., N 15-16, ст.236; N 24, ст.338, 2003 г.

остались нерешенными. Фактически в связи с противоречием норм законодательных актов создан четырехлетний правовой вакуум, в результате которого нотариальным палатам необходимо было самостоятельно создавать частный архив для хранения документов выбывающих частных нотариусов, а в случае необходимости и действующих нотариусов.

Закон Республики Казахстан от 5 мая 2003 года N 408-III «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О нотариате»¹ узаконил уже сложившиеся правоотношения. Но это была временная мера.

Законом был определен правовой статус частных нотариальных архивов как филиалов территориальных нотариальных палат. Частный нотариальный архив осуществляет функции по накоплению, хранению и использованию нотариальных документов в соответствии с законодательством Республики Казахстан о Национальном архивном фонде и архивах (статья 29-1 Закона «О нотариате»).

Во исполнение статьи 29-1 Закона «О нотариате» 23 октября 2003 года Правлением Республиканской нотариальной палаты по согласованию с Центральной экспертно-проверочной комиссией Комитета по управлению архивами и документацией Министерства культуры, информации и общественного согласия Республики Казахстан утверждено Типовое положение о частном нотариальном архиве территориальной нотариальной палаты.

Между тем предпринятый шаг законодателя не урегулировал правоотношения государственных архивов и частных нотариальных архивов, а наоборот, дезорганизовал их работу и породил ряд проблем.

Согласно положениям Закона «О Национальном архивном фонде и архивах» документы Национального архивного фонда находятся в государственной и частной собственности.

Законом «О нотариате» определено, что документы государственных нотариусов подлежат обязательной сдаче в государственный архив, а документы частных нотариусов подлежат обязательной сдаче в частный нотариальный архив. При этом соответствующие порядки должны устанавливаться законодательством Республики Казахстан.

Вместе с тем остался не урегулированным правовой режим хранения принадлежащих оптимизированным государственным нотариальным конторам документов, не подлежащих сдаче в государственный архив (алфавитные книги учета завещаний, алфавитные книги учета наслед-

ственных дел, книги учета регистрации наследственных дел, алфавитные книги учета запрещений отчуждения жилых домов (квартир) и арестов, наложенных на имущество граждан, заявлений о принятии наследства).

В республике сложилась различная практика хранения таких документов. Нотариальная палата г. Алматы занималась приемом документов оптимизированных государственных нотариальных контор, не сдаваемых в государственный архив. При этом Департамент юстиции то передавал документы в нотариальную палату, то требовал их возврата снова в Департамент юстиции². Нотариальная палата г. Астаны приняла алфавитные книги, книги учета регистрации наследственных дел государственных нотариальных контор после их оптимизации, обеспечила их сохранность, а граждан соответствующей информацией.

Частные нотариальные архивы хранили и сегодня продолжают хранить документы, находящиеся в государственной собственности, что не в полной мере соответствует действующему законодательству. Таким образом, статья 4 Закона «О нотариате» фактически не могла дословно использоваться и не используется на практике.

Документы физических, негосударственных юридических лиц и их объединений, образовавшиеся в результате их деятельности или собирания (приобретения) относятся к частной собственности (пункт 3 статьи 7 Закона «О Национальном архивном фонде и архивах»).

Учитывая данные положения Закона, документы частных нотариусов находятся в их частной собственности, а следовательно, бремя содержания полностью возлагается на частного нотариуса.

При этом следует обратить внимание на характер документов, хранящихся у нотариуса, исходя из перечня нотариальных действий, совершаемых нотариусом. Архив нотариуса – это совокупность действительных, юридически значимых документов, подтверждающих совершение той или иной сделки, выдачи доверенности, верность копий документов и выписок из них, подлинность подписи на документах, верность перевода документов с одного языка на другой и т.п.

Данные документы для нотариуса имеют значение лишь постольку, поскольку по ним можно оценить работу нотариуса. Между тем следует заострить внимание на том, что нотариальные документы имеют первостепенное значение при реализации конституционных прав и свобод граждан.

¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2003 г., № 10, ст. 48.

² Указано в письме Председателя Нотариальной палаты г. Алматы М.М. Илизовой (Исх. №496/07-07 от 1 июня 2006 года)

«Нотариат в Республике Казахстан представляет собой законодательно закреплённую систему защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц путем совершения нотариальных действий, направленных на удостоверение прав и фактов, а также решение иных предусмотренных законом задач... В силу того что деятельность нотариата носит публично-правовой характер, на государство возлагается юридическая обязанность обеспечивать права и свободы человека и гражданина, устанавливать правовые механизмы их охраны и защиты»¹.

Учитывая изложенное, государство в первую очередь, должно быть заинтересовано в сохранности нотариальных документов.

Например, уже сегодня имеются проблемы, когда встает вопрос о контроле за архивированием документов, о сдаче нотариального архива лицом, прекратившим свою деятельность. В случае смерти частного нотариуса вообще возникает угроза не сдачи документов, их последующая утрата.

Также следует отметить, что документы Национального архивного фонда, находящиеся в частной собственности, могут быть объектом купли-продажи, обмена или дарения, а также вывезены за пределы Республики Казахстан лишь после предварительного письменного согласования собственника с уполномоченным органом и при условии сдачи дубликатов или копий указанных документов на постоянное хранение в государственный архив.

Между тем весьма спорным является данное положение при его использовании к нотариальным документам, поскольку, например, вывоз за пределы Республики Казахстан таких документов будет напрямую касаться вопросов национальной безопасности.

Подзаконное урегулирование вопросов архивного производства нотариуса также носит весьма размытый характер. Согласно пункту 6 статьи 11 Закона «О Национальном архивном фонде и архивах», порядок постоянного и временного хранения документов Национального архивного фонда и их страховых копий в государственных, ведомственных и **частных архивах** устанавливается уполномоченным органом Республики Казахстан.

Соответствующий приказ уполномоченного органа, которым бы определялись Правила по-

стоянного и временного хранения документов в частных архивах, не принят, что не позволяет правоприменителю использовать данную норму на практике.

В сложившейся ситуации частные нотариальные архивы пользуются Инструкцией по нотариальному делопроизводству в Республике Казахстан, утвержденной приказом Министра юстиции Республики Казахстан от 16 июля 1998 года № 83, и положениями основных правил работы ведомственных архивов, утвержденных приказом председателя Комитета по управлению архивами и документацией Министерства культуры Республики Казахстан от 29 декабря 2003 года № 93.

В соответствии с пунктом 5 статьи 15 Закона «О Национальном архивном фонде и архивах» государственные, ведомственные и **частные архивы обязаны** выдавать физическим и юридическим лицам на основе документов архивные справки, необходимые им для защиты прав и законных интересов. Физические и юридические лица имеют право на получение заверенных копий и архивных выписок из архивного документа. Копии и выписки, выданные государственными архивами и их филиалами, ведомственными и частными архивами, являются официальными документами, имеющими юридическую силу подлинников.

Вопрос о взимании оплаты нотариальным архивом за оказание услуг физическим и юридическим лицам по выдаче архивных справок, дубликатов нотариально удостоверенных документов выбывших из Нотариальной палаты частных нотариусов не регулируется нормативными правовыми актами.

В этой связи территориальные нотариальные палаты в своей работе по организации частного нотариального архива руководствуются Типовым положением о частном нотариальном архиве территориальной нотариальной палаты, в соответствии с подпунктом 3) пункта 17 которого для выполнения возложенных основных задач и функций частный нотариальный архив имеет право взимать, согласно утвержденным Правлением территориальной нотариальной палаты тарифам, оплату за выдачу гражданам из частного нотариального архива сведений (выписок), не носящих социально-правового характера².

¹ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 31 января 2005 года № 1 «О проверке конституционности пункта 3 статьи 15 Закона Республики Казахстан «О нотариате» по обращению суда города Астаны» // «Юридическая газета» от 4 февраля 2005 г. № 22 (756); «Казахстанская правда» от 5 февраля 2005 г. № 26 (24636); «Официальная газета» от 12 февраля 2005 г. № 7 (216).

² Указано в письме Председателя Республиканской нотариальной палаты А. Жанабиловой (Исх. № 1-7/241 от 30.11.2004 г.).

Практика взимания оплаты за выдачу гражданам из частного нотариального архива сведений (выписок) имеет место в г. Алматы. В других регионах Казахстана такой практики нет. Такое положение обусловлено тем, что нотариальная деятельность в действующих законах не признается публично-правовой, а в нормативном постановлении Конституционного Совета Республики Казахстан – признается таковой.

Таким образом, анализ проблем практики применения законодательства Республики Казахстан по вопросам архивного производства нотариуса позволил выявить существенные недостатки действующего законодательства, не позволяющие в будущем гарантировать защиту прав и свобод граждан.

Данные проблемы возникают из-за концептуально непроработанной позиции законодателя в отношении характера всей деятельности частного нотариуса, и, как следствие, перекосов в системе правоотношений трех субъектов: государства, нотариуса и гражданина. В этой связи видится необходимым государству взять под крыло частные нотариальные архивы для обеспечения гарантии сохранения юридически значимых документов, культурного наследия республики.

Настоящий анализ подготовлен на основе предоставленных материалов, а также консультаций сотрудников Комитета по организации правовой помощи и оказанию услуг населению Министерства юстиции Республики Казахстан и Республиканской нотариальной палаты.

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 г. – 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.

Л.К. ТУСУПОВА*ведущий научный сотрудник**Института законодательства Республики Казахстан**кандидат юридических наук*

**АНАЛИТИЧЕСКАЯ СПРАВКА
ПО ЗАКОНУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОТ 04 НОЯБРЯ 2003 ГОДА № 490-ІІ
«О ГОСУДАРСТВЕННОМ МОНИТОРИНГЕ СОБСТВЕННОСТИ В ОТРАСЛЯХ ЭКО-
НОМИКИ, ИМЕЮЩИХ СТРАТЕГИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИЕ»**

В целях всестороннего, полного анализа Закона были использованы следующие нормативные правовые акты:

1. Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 г.);
2. Бюджетный кодекс Республики Казахстан от 24 апреля 2004 г;
3. Кодекс Республики Казахстан от 12 июня 2001 г. «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс);
4. Закон Республики Казахстан от 24 марта 1998 года «О нормативных правовых актах»;
5. Закон Республики Казахстан от 26 июня 1998 года № 233-І «О национальной безопасности Республики Казахстан»;
6. Постановление Правительства Республики Казахстан от 24 июля 2001 года № 998 «О внедрении системы комплексного мониторинга функционирования и эффективности управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности».
7. Постановление Правительства Республики Казахстан от 02 июля 2004 года № 730 «Вопросы государственного мониторинга собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение»;
8. Постановление Правительства Республики Казахстан от 21 июля 2000 года № 1095 «Об утверждении Концепции управления государственным имуществом и приватизации».

Пункт 9 статьи 17 Закона Республики Казахстан от 24 марта 1998 года «О нормативных правовых актах» гласит: «При необходимости уточнения терминов и определений, используемых в нормативном правовом акте, в нем помещается статья, разъясняющая их смысл».

Следовательно, статья 1 анализируемого Закона с заголовком «Основные понятия, используемые в настоящем Законе» призвана давать разъяснения терминов, то есть объяснять, делать ясным, понятным.

Считаем необходимым провести работу по согласованию и уточнению терминов и определений, используемых в Законе.

Согласно преамбуле Закона Республики Казахстан о государственном мониторинге собственности, Закон регулирует общественные отношения, возникающие в процессе осуществления государственного мониторинга собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение, а также определяет основания и условия его проведения.

Исходя из вышеизложенного, Закон о государственном мониторинге собственности регулирует общественные отношения, возникающие в процессе осуществления государственного мониторинга собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение.

Поскольку предметом регулирования являются отношения, то элементами отношения являются субъект отношения, объект отношения, содержание отношения.

1. Основные понятия государственного мониторинга собственности

Понятие государственного мониторинга собственности

Анализ Закона о государственном мониторинге собственности необходимо начать, прежде всего, с изучения вопроса о соотношении понятий «государственный контроль», «государственный мониторинг», «надзор».

Как известно, в настоящее время в Казахстане осуществляется:

- в области финансового рынка и финансовых организаций – надзор финансового рынка и финансовых организаций;
- в области бюджета - государственный финансовый контроль;
- в налоговой сфере – налоговый контроль, мониторинг налогоплательщиков;
- в области валютных ценностей – валютный контроль;
- в отраслях экономики, имеющих стратеги-

ческое значение – государственный мониторинг собственности;

- в области управления государственной собственностью - комплексный мониторинг функционирования и эффективности управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности,

Государственный финансовый контроль (внешний и внутренний) – это проверка соответствия законодательству Республики Казахстан деятельности объектов государственного финансового контроля в части исполнения, ведения учета и отчетности по исполнению республиканского и местных бюджетов, оценки их исполнения, использования связанных грантов, активов государства, гарантированных государством займов, денег от реализации государственными учреждениями товаров (работ, услуг), остающихся в их распоряжении (статья 131 Бюджетного кодекса Республики Казахстан).

Налоговый контроль – контроль органов налоговой службы за исполнением налогового законодательства, полнотой и своевременностью перечисления обязательных пенсионных взносов в накопительные фонды и социальных отчислений в Государственный фонд социального страхования.

Мониторинг налогоплательщиков осуществляется путем применения системы наблюдения за финансово-хозяйственной деятельностью налогоплательщиков с целью определения их реальной налогооблагаемой базы и проведения обоснованности формирования себестоимости товаров (работ, услуг), соблюдения финансового, валютного законодательства Республики Казахстан и применяемых рыночных цен (статья 544 Налогового кодекса Республики Казахстан).

Валютный контроль – определение отсутствия

Государственный мониторинг собственности – наблюдение, сбор информации, анализ, оценка и прогноз состояния структуры собственности и эффективности управления объектами собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение (п.п. 1 статьи 1 Закона Республики Казахстан «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение»).

Комплексный мониторинг функционирования и эффективности управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности, представляет собой систему базово-

го и оперативного (периодического) отслеживания и аналитических оценок качественного и количественного состояния технологической, финансово-хозяйственной деятельности, правовой характеристики данных объектов в целях своевременного выявления происходящих изменений, прогноза дальнейшего развития и выработки рекомендаций по предупреждению и устранению последствий негативных процессов в их деятельности (п. 2 Постановления Республики Казахстан «О внедрении системы комплексного мониторинга функционирования и эффективности управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности»).

Надзор финансового рынка и финансовых организаций – определение отсутствует.

Сопоставление вышеуказанных понятий, изучение норм, регламентирующих осуществление государственного финансового контроля, налогового контроля, проведения мониторинга налогоплательщиков, валютного контроля, государственного мониторинга собственности свидетельствуют об отсутствии единого научного обоснованного концептуального подхода в понимании столь важных направлений деятельности государства – контроля, мониторинга, надзора.

Анализ действующего законодательства свидетельствуют, что имеют место разночтения в понимании финансового контроля, мониторинга, соотношения контроля, надзора, мониторинга, в определении элементов отношений, классификации государственного контроля, государственного мониторинга. Так, например, в содержание государственного мониторинга собственности входит анализ финансового состояния объектов, к предмету государственного мониторинга собственности отнесены финансовое и экономическое состояние объектов мониторинга.

Учитывая вышесказанное, считаем необходимым, прежде всего, разработать теоретические основы осуществления государственного контроля, мониторинга, надзора.

П.п. 1 статьи 1 Закона Республики Казахстан «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение» определяет **государственный мониторинг собственности** как наблюдение, сбор информации, анализ, оценка и прогноз состояния структуры собственности и эффективности управления объектами собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение.

Изучение приведенного определения государственного мониторинга собственности, на наш взгляд, носит формальный характер и не дает точного его разъяснения. Последующее ознакомление с содержанием норм статьи 4, которая устанавливает цели и задачи государственного мониторинга собственности, статьи 6, определяющей содержание и предмет государственного мониторинга собственности, не способствует постижению смысла понятия государственного мониторинга собственности, а только его усложняет.

Полагаем, что понятие государственного мониторинга собственности с учетом имеющихся в законодательстве других определений мониторинга может быть сформулировано следующим образом:

«государственный мониторинг собственности – система комплексного и оперативного (периодического) отслеживания и аналитических оценок качественного, количественного, структурного состояния собственности, эффективности управления объектами собственности, осуществляемая с целью выявления, предупреждения и устранения негативных процессов, а также прогнозирования дальнейшего развития отраслей экономики, имеющих стратегическое значение».

1. 2. Объекты государственного мониторинга собственности

Среди основных понятий Закона указывается понятие «объекты мониторинга».

Прежде всего, необходимо формулировку понятия «объекты мониторинга» привести в соответствие с понятием государственного мониторинга собственности, а именно, заменить понятие «объекты мониторинга» на понятие «объекты государственного мониторинга собственности».

«Объекты мониторинга – физические, юридические лица и все виды имущества государственной или частной собственности, в отношении которых проводится государственный мониторинг собственности».

Однако, на наш взгляд, приведенное выше разъяснение понятия «объекты мониторинга» не делает его ясным, понятным, по следующей причине.

Статья 18 Закона Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» устанавливает определенные требования к стилю изложения нормативного правового акта. Одним из таких требований является требование к тексту нормативного правового акта – текст нормативного правового акта должен излагаться с соблюдением норм литературного языка и юридической терминологии.

Согласно словарю русского языка (С.И. Ожегов), **«ОБЪЕКТ**, - а, м. 1. То, что существует вне нас и независимо от нашего сознания, явление внешнего мира, материальной действительности (спец.). 2. Явление, предмет, на который направлена какая-нибудь деятельность (книжн.) *Объект изучения*». 3. Предприятие, учреждение, а также все то, что является местом какой-нибудь деятельности. *Оборонный объект...*».

Отсюда под объектом мониторинга должно понимать явление или предмет, на который направлен мониторинг.

«ПРЕДМЕТ, - а, м. 1. Всякое материальное явление, вещь. 2. То, на что направлена мысль, что составляет ее содержание или на что направлено какое-нибудь действие. *Предмет спора. Предмет любви*. 3. Отдельный круг знаний, образующий особую школьную дисциплину...».

Полагаем, что объектом мониторинга должны быть отношения по реализации права собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение, а предметом мониторинга – все виды имущества независимо от форм собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение.

Между тем, если исходить из разъяснения понятия «объект мониторинга» и толкования слов «объект» и «предмет», то физические и юридические лица – это есть материальные явления, вещи, на которых направлен мониторинг или «в отношении которых проводится государственный мониторинг».

Тот факт, что физические лица в Законе о государственном мониторинге собственности фактически приравнены к явлениям, предметам, вещам подтверждается и самим разъяснением понятия «объекты мониторинга», так как в нем указывается «...и все виды имущества государственной или частной собственности».

На наш взгляд, такое разъяснение понятия «объекты мониторинга» недопустимо.

Кроме того, разъяснение «объекты мониторинга» можно рассматривать и как определенную тавтологию (повторение того же самого другими словами, не уточняющее смысл), так как объекты мониторинга – это то, в отношении чего проводится государственный мониторинг.

Предлагаем следующее разъяснение понятия «объекты государственного мониторинга» с учетом понятия «управление собственностью» (п.п.5 статьи 5 Закона о государственном мониторинге собственности):

«2) объекты государственного мониторинга собственности – отношения по управлению соб-

ственность в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение.

Кроме того, предлагаем ввести понятие «предметы государственного мониторинга собственности», дополнив статью 1. Основные понятия, используемые в Законе о государственном мониторинге собственности подпунктом 2-1 следующего содержания:

«2-1) предметы государственного мониторинга собственности - все виды имущества не зависимо от форм собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение».

На необходимость уточнения понятия «объекты мониторинга» указывает и существующая в Законе о государственном мониторинге собственности статья 5, определяющая участников государственного мониторинга.

Согласно п.п. 2 статьи 1 Закона о государственном мониторинге собственности, объектами мониторинга являются:

- а) физические, юридические лица;
- б) все виды имущества государственной или частной собственности.

Между тем в п.п.3. статьи 5 Закона о государственном мониторинге собственности физические и юридические лица, в собственности либо в управлении которых находятся объекты мониторинга, называются участниками мониторинга.

Простое сопоставление указанных положений 5 Закона приводит к мысли об их несогласованности, так как в соответствии с этими положениями физические и юридические лица одновременно являются и объектами мониторинга, и участниками государственного мониторинга.

В связи с вышеизложенным предлагаем в Закон о государственном мониторинге собственности ввести понятие «субъекты государственного мониторинга собственности», дав ему следующее разъяснение:

«субъекты государственного мониторинга собственности – физические и юридические лица, обладающие на законных основаниях объектами государственного мониторинга».

Введение этого понятия позволит согласовать понятия «субъекты государственного мониторинга собственности», «уполномоченный орган», «участники государственного мониторинга собственности», «объекты государственного мониторинга собственности», «предметы государственного мониторинга собственности».

В пользу введения понятия «субъекты государственного мониторинга собственностью» свидетельствует статья 17 Закона о государственном мо-

нитинге собственностью – Права и обязанности хозяйствующих субъектов при осуществлении государственного мониторинга собственностью – так как во всем тексте законодательного акта понятие хозяйствующие субъекты не используется. Определение прав и обязанностей хозяйствующих субъектов при осуществлении государственного мониторинга собственностью лишней раз подтверждают необходимость введения понятия «субъекты государственного мониторинга собственностью», поскольку объекты не могут обладать какими-либо правами и нести какие-либо обязанности.

Кроме того, необходимо привести Постановление Правительства Республики Казахстан от 24 июля 2001 года № 998 «О внедрении системы комплексного мониторинга функционирования и эффективности управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности в соответствии с Законом о государственном мониторинге собственности», поскольку в подзаконном акте также применяются такие понятия, как «хозяйствующий субъект», «предприятия отраслей экономики, имеющих стратегическое значение».

В случае принятия наших доводов в пользу введения понятия «субъекты государственного мониторинга собственностью», уточнения понятия «объекты государственного мониторинга собственностью» следует внести соответствующие изменения по всему тексту Закона о государственном мониторинге собственностью.

В связи с изложенным выше необходимо будет провести работу и по пересмотру содержания и предмета государственного мониторинга собственности.

В качестве аргумента приведем статью 6 Закона о государственном мониторинге собственности с небольшими нашими пометками исходя из существующего разъяснения объектов мониторинга.

Статья 6. Содержание и предмет государственного мониторинга собственности

Содержание государственного мониторинга собственности составляют:

- 1) наблюдение за состоянием и эффективностью управления объектов мониторинга (* Буквально: наблюдение за состоянием и эффективностью управления физическими лицами и юридическими лицами и всеми видами имущества государственной или частной собственности);
- 2) сбор и системный анализ информации по предмету мониторинга;
- 3) непосредственное обследование объектов мониторинга (* Буквально: непосредственное

обследование физических и юридических лиц и всех видов имущества государственной или частной собственности...);

4) анализ финансового, экономического, правового, технологического, производственно-технического, экологического состояния объектов (* Буквально: анализ финансового, экономического, правового, технологического, производственно-технического, экологического состояния физических и юридических лиц и всех видов имущества государственной или частной собственности...);

5) оценка эффективности управления объектами мониторинга и прогноз влияния деятельности объектов мониторинга на развитие экономики отрасли, региона и республики в целом (* Буквально: оценка эффективности управления физическими и юридическими лицами и всеми видами имущества государственной или частной собственности.. и прогноз влияния деятельности физических и юридических лиц и всех видов имущества государственной или частной собственности. на развитие экономики отрасли региона и республики в целом);

6) выработка мер, направленных на повышение эффективности деятельности отдельных объектов мониторинга (* Буквально: выработка мер, направленных на повышение эффективности деятельности отдельных физических и юридических лиц и всех видов имущества государственной или частной собственности...);

Считаем, что введение понятия «субъекты государственного мониторинга собственности», уточнение понятий «объекты государственного мониторинга собственности», «государственный мониторинг собственности» позволит объяснить, сделать ясным, понятным статью 6 Закона о государственном мониторинге собственности - «Содержание и предмет государственного мониторинга собственности».

Предлагаем следующую редакцию статьи 6 Закона о государственном мониторинге собственности, при этом исключив п.2. этой статьи, так как она фактически дублирует содержание государственного мониторинга собственности.

«Статья 6. «Содержание и предмет государственного мониторинга собственности»

1. Содержание государственного мониторинга собственности составляют:

1) наблюдение за состоянием и эффективностью управления объектами государственного мониторинга собственности;

2) сбор и системный анализ информации о ди-

намике и структуре производства, состоянии предметов государственного мониторинга собственности;

3) непосредственное обследование технологического, производственно-технического, экологического состояния объектов государственного мониторинга собственности;

4) анализ финансового, экономического, правового состояния субъектов государственного мониторинга собственности;

5) оценка эффективности управления объектами государственного мониторинга собственности, в том числе трудовыми ресурсами, и прогноз влияния деятельности субъектов государственного мониторинга собственности на развитие экономики отрасли, региона и республики в целом;

6) выработка мер, направленных на повышение эффективности деятельности отдельных субъектов государственного мониторинга собственности.

Вместе с тем, по нашему убеждению, статья 6 Закона о государственном мониторинге собственности определяет в большей степени методы осуществления государственного мониторинга собственности, нежели его содержание.

2. Законодательство Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности

2.1. Закон Республики Казахстан от 24 марта 1998 года «О нормативных правовых актах» призван регулировать нормотворческий процесс в Республике Казахстан.

Как нам представляется, значимость статьи 1 Закона Республики Казахстан от 24 марта 1998 года «О нормативных правовых актах» обусловлена не только необходимостью уточнения терминов и определений, используемых в этом Законе, но и предопределена необходимостью формирования единого понятийного аппарата нормотворческого процесса.

Статья 1 Закона Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» выделяет и уточняет следующие основные понятия:

«нормативный правовой акт – письменный официальный документ установленной формы, принятый на референдуме либо уполномоченным органом или должностным лицом государства, устанавливающий правовые нормы, изменяющий, прекращающий или приостанавливающий их действие;

«законодательство – совокупность нормативных правовых актов, принятых в установленном порядке;

«закон - нормативный правовой акт, который регулирует общественные отношения, устанавливает основополагающие принципы и нормы, предусмотренные пунктом 3 статьи 61 Конституции Республики Казахстан, принимаемый Парламентом Республики Казахстан, а в случаях, предусмотренных подпунктом 4 статьи 53 Конституции Республики Казахстан, - Президентом Республики Казахстан»;

«законодательный акт – конституционный закон, указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу конституционного закона, кодекс, закон, указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу закона, постановление Парламента Республики Казахстан, постановления Сената и Мажилиса.

«подзаконные нормативные правовые акты – иные, не являющиеся законодательными, нормативные правовые акты, издаваемые на основе и во исполнение Конституции и законодательных актов Республики Казахстан».

Учитывая сказанное, на наш взгляд, законодатель в своей законотворческой деятельности должен исходить именно из указанных дефиниций.

2.2. В соответствии со статьей 2 Закона о государственном мониторинге собственности законодательство Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности основывается на Конституции Республики Казахстан, состоит из Закона Республики Казахстан «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение» и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан.

Как видим, в состав законодательства Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности входят: закон и иные нормативные правовые акты.

Однако Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» среди основных понятий, используемых в этом Законе (статья 1), не указывает понятие «иные нормативные правовые акты». Хотя в отдельных случаях, например, в пункте 1 статьи 2, применяет термин «иные нормативные правовые акты».

В связи с этим представляется необходимым, либо статью 1 Закона Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» дополнить понятием «иные нормативные правовые акты», либо дать его разъяснение, в противном случае исключить в законотворческой деятельности применение понятия «иные нормативные правовые акты».

Применение понятия «иные нормативные правовые акты», на наш взгляд, усложняет возмож-

ность определения состава законодательства о Казахстан в области государственного мониторинга собственности.

Исходя из статьи 1 Закона о государственном мониторинге собственности Республики Казахстан от 04 ноября 2003 года «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение» (с дополнением от 11.01.2007 года), является основополагающим законодательным актом, на основе и во исполнение которого, должны издаваться иные нормативные правовые акты, т.е. подзаконные нормативные правовые акты.

К иным нормативным правовым актам, действующим в области государственного мониторинга собственности, отнесены:

1. Закон Республики Казахстан от 04 ноября 2003 года № 490-ІІ «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение» (с дополнением от 11.01.2007 года).

2. Постановление Правительства Республики Казахстан от 24 июля 2001 года № 998 «О внедрении системы комплексного мониторинга функционирования и эффективности управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности».

3. Постановление Правительства Республики Казахстан от 02 июля 2004 года № 730 «Вопросы государственного мониторинга собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение».

Как нами установлено, включение в состав законодательства Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности Постановления Правительства Республики Казахстан от 24 июля 2001 года № 998 «О внедрении системы комплексного мониторинга функционирования и эффективности управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности основано на том, что мониторинг эффективности управления объектами государственной собственности осуществляется в соответствии с Правилами осуществления комплексного мониторинга функционирования и эффективности управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности.

Однако в преамбуле указанного Постановления сказано, что оно принято в «соответствии с Законом Республики Казахстан от 26 июня 1998

года «О национальной безопасности Республики Казахстан» и Концепцией управления государственным имуществом и приватизации, одобренной постановлением Правительства Республики Казахстан от 21 июля 2000 года № 1095, в целях обеспечения экономической безопасности и независимости Казахстана, сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны, единых и самостоятельных коммуникационной и энергетической систем, недопущения дисбаланса в социально-экономическом развитии регионов, обеспечения устойчивого экономического роста, а также в целях совершенствования управления государственной собственностью.

В связи с вышеизложенным включение в состав законодательства Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности Постановления Правительства Республики Казахстан от 24 июля 2001 года № 998 «О внедрении системы комплексного мониторинга функционирования и эффективности управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности» вызывает некоторые сомнения, так как оно принято на основе и во исполнение Закона Республики Казахстан «О национальной безопасности Республики Казахстан», а не Закона Республики Казахстан от 04 ноября 2003 года «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение».

Все сказанное выше свидетельствует о том, что вопрос о составе законодательства в области государственного мониторинга, прежде всего, зависит от решения вопроса о характере рассматриваемого законодательства.

В теории права выделяют три группы отраслей законодательства:

1-я группа – отрасли законодательства одноименные с отраслями права (конституционное, гражданское, уголовное, административное и т.д.);

2-я группа – комплексные отрасли законодательства, т.е. отрасли, состоящие из норм различных отраслей права (конституционное, гражданское, уголовное, административное и т.д.). К таким комплексным отраслям законодательства относят – банковское законодательство, страховое законодательство, предпринимательское законодательство и т.д.

3-я группа – специальные отрасли законодательства, т.е. отрасли законодательства, «привязанные к соответствующим сферам государственного управления и сферам государственной дея-

тельности (бюджетное законодательство, налоговое законодательство, законодательство о нефти и т.д.).

Представляется, что в случае признания законодательства Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности комплексной отраслью законодательства, то включение Постановления Правительства Республики Казахстан от 24 июля 2001 года № 998 «О внедрении системы комплексного мониторинга функционирования и эффективности управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности» в состав законодательства Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности является правоммерным.

С этой точки зрения в состав законодательства Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности должны входить:

а) законодательные акты:

- Гражданский кодекс Республики Казахстан;
- Закон Республики Казахстан от 26 июня 1998

года «О национальной безопасности Республики Казахстан»;

- Закон Республики Казахстан от 04 ноября 2003 года № 490-II «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение» и т.д.

б) подзаконные акты:

- Постановление Правительства Республики Казахстан от 21 июля 2000 года № 1095 «Об утверждении Концепции управления государственным имуществом и приватизации»;

- Постановление Правительства Республики Казахстан от 24 июля 2001 года № 998 «О внедрении системы комплексного мониторинга функционирования и эффективности управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности»;

- Постановление Правительства Республики Казахстан от 02 июля 2004 года № 730 «Вопросы государственного мониторинга собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение» и т.д.

В случае же отнесения законодательства Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности к специальным отраслям законодательства, Постановление Правительства Республики Казахстан от 24 июля 2001 года № 998 «О внедрении системы комплексного мониторинга функционирования и эффективнос-

ти управления объектами государственной собственности, а также объектами, в которых государство имеет долю собственности» не должно входить в состав законодательства Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности.

С этой позиции в состав законодательства Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности будут входить:

а) законодательный акт:

- Закон Республики Казахстан от 04 ноября 2003 года № 490-ІІ «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение»;

б) подзаконные акты:

- Постановление Правительства Республики Казахстан от 02 июля 2004 года № 730 «Вопросы государственного мониторинга собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение» и т.д.

На наш взгляд, законодательство Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности, являясь специальной отраслью законодательства, входит в состав финансового законодательства.

Следовательно, в состав законодательства в области государственного мониторинга собственности, входят: Закон Республики Казахстан от 04 ноября 2003 года № 490-ІІ «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение»; Постановление Правительства Республики Казахстан от 02 июля 2004 года № 730 «Вопросы государственного мониторинга собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение» и т.д.

2.3. Помимо указанного, следует обратить внимание на то, что в тексте нормы, содержащейся в статье 21 «Ответственность за нарушение законодательства Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности» Закона о государственном мониторинге собственности, допущена неточность, а именно вместо «законодательства Республики Казахстан в области государственного мониторинга собственности» написано - «законодательство Республики Казахстан о государственном мониторинге собственности».

Необходимо устранить эту неточность.

3. Принципы государственного мониторинга

3.1. Статья 3 Закона о государственном мониторинге собственности закрепляет следующие принципы государственного мониторинга собственности:

1) законность при осуществлении деятельности по проведению государственного мониторинга собственности;

2) научность, комплексность, последовательность, системность, объективность, достоверность и достаточность при проведении государственного мониторинга собственности.

Представляется, что с учетом Правил доступа к информации государственного мониторинга собственности, утвержденных Постановлением Правительства Республики Казахстан от 02 июля 2004 года № 730 необходимо п.п. 2 статьи 3 Закона о государственном мониторинге собственности дополнить таким принципом, как конфиденциальность.

4. Методы государственного мониторинга

Статья 7 Закона о государственном мониторинге собственности гласит:

1. Государственный мониторинг собственности осуществляется путем проведения:

- базовых комплексных обследований объектов мониторинга не чаще одного раза в три года, а в случаях, представляющих угрозу безопасности государства, по мере необходимости, но не чаще одного раза в год;

- периодического оперативного сбора информации по деятельности объектов мониторинга по мере необходимости, но не чаще одного раза в год.

2. Базовые комплексные обследования объектов мониторинга осуществляются путем непосредственного обследования и включают в себя:

1) сбор и системный анализ информации по производственно-техническому, технологическому, инвестиционному, финансово-экономическому, экологическому и правовым параметрам деятельности объектов мониторинга;

2) оценку состояния эффективности управления объектами мониторинга, прогноз изменения состояния с целью выработки рекомендаций по предупреждению и преодолению негативных процессов, составляющих угрозу экономической безопасности государства;

3) экспертную оценку перспектив развития техники и применения достижений научно-технического прогресса;

4) обеспечение государственных органов необходимой информацией о состоянии объектов мониторинга, тенденциях и прогнозах их развития.

3. Периодический оперативный сбор информации предназначен для текущего обновления основных данных мониторинга по деятельности объектов в периоды между комплексными систематическими обследованиями.

4. Обследование объектов мониторинга мо-

жет быть проведено по всем либо по отдельным вопросам, относящимся к предмету государственного мониторинга собственности.

4.1. Как явствует из содержания вышеприведенной статьи, она посвящена определению способов проведения государственного мониторинга собственности.

В финансовом праве конкретные приемы и способы осуществления финансовой деятельности государства, финансового контроля, налогового контроля принято называть методами их осуществления.

В связи с этим представляется более правильным озаглавить статью «Методы осуществления государственного мониторинга собственности» вместо «Осуществление государственного мониторинга».

4.2. В ходе анализа содержания статьи обнаружилось, что пути осуществления государственного мониторинга собственности обозначены не совсем четко. Так, из пункта 1 следует, что государственный мониторинг собственности осуществляется двумя путями.

Первый путь - базовое комплексное обследование объектов мониторинга;

Второй путь - периодический оперативный сбор информации по деятельности объектов мониторинга.

Это подтверждается нормами, содержащимися в пунктах 2 и 3 статьи 7 Закона о государственном мониторинге собственности.

Однако норма пункта 4 статьи 7 Закона о государственном мониторинге собственности указывает, что обследование объектов мониторинга может быть проводиться как по всем, так и по отдельным вопросам, относящимся к предмету государственного мониторинга собственности.

Из этого следует, что государственный мониторинг собственности (объекта) может проводиться тремя способами:

1) базовым комплексным обследованием по всем вопросам, т.е. обследованием, носящим комплексный характер;

2) обследованием по отдельным вопросам, т.е. носящим выборочный характер;

3) периодическим оперативным сбором информации.

Учитывая сложившуюся в науке финансового права практику классификации методов финансового контроля (полные (сплошные) ревизии, выборочные (частичные) ревизии), считаем возможным применение подобной классификации в отношении государственного мониторинга соб-

ственности.

Предлагаем, обследование объектов государственного мониторинга собственности по всем вопросам называть комплексным обследованием, а обследование объектов государственного мониторинга собственности по отдельным вопросам – выборочным обследованием.

4.3. Пункт 2 статьи 7 Закона о государственном мониторинге собственности определяет конкретные приемы осуществления обследования. Поскольку методика осуществления комплексного обследования объекта государственного мониторинга собственности не может и не должна существенно отличаться от методики проведения выборочного обследования объекта государственного мониторинга собственности, то действие нормы, содержащейся в пункте 2, должно быть распространено, как на комплексное обследование объекта государственного мониторинга собственности, так и на выборочное обследование.

4.4. Согласно статье 3 Закона о государственном мониторинге собственности принципами государственного мониторинга собственности являются:

1) законность при осуществлении деятельности по проведению государственного мониторинга собственности;

2) научность, комплексность, последовательность, системность, объективность, достоверность и достаточность при проведении государственного мониторинга собственности.

В свете борьбы с коррупционными преступлениями законодательное закрепление принципов осуществления государственного мониторинга собственности имеют особое значение. Однако значимость этих принципов может существенно снизиться ввиду отсутствия четких норм, устанавливающих периодичность проведения государственного мониторинга собственности.

Так, пункт 2 статьи 7 Закона о государственном мониторинге собственности устанавливает, что:

- базовые комплексные обследования объектов мониторинга проводятся не чаще одного раза в три года, а в случаях, представляющих угрозу безопасности государства, по мере необходимости, но не чаще одного раза в год;

- периодический оперативный сбор информации по деятельности объектов мониторинга проводится по мере необходимости, но не чаще одного раза в год.

Полагаем, что периодичность проведения государственного мониторинга собственности должна быть пересмотрена. Кроме того, должны быть выработаны известные критерии (или по аналогии с

бюджетным законодательством – стандарты), позволяющие определять меру необходимости.

Наша позиция должна быть признана обоснованной, поскольку она касается обеспечения гарантий неприкосновенности собственности, невмешательства в оперативное управление и производственно-хозяйственную деятельность, недопустимости нарушения текущей деятельности субъектов государственного мониторинга собственности, сохранения конфиденциальности данных, относящихся к государственным секретам и (или) являющихся предметом охраняемой законом тайны, и ставших известными в ходе обследования, соблюдения других гарантий и прав, предоставленных законодательными актами Республики Казахстан.

4.5. Вышесказанное позволяет статью 7 Закона о государственном мониторинге собственности с учетом наших ранее высказанных предложений о субъекте мониторинга изложить в следующей редакции:

«Статья 7. Методы осуществления государственного мониторинга собственности

1. Методами осуществления государственного мониторинга собственности являются:

1) комплексное обследование (проверка) субъекта государственного мониторинга собственности, осуществляемое по всем вопросам, относящимся к содержанию государственного мониторинга собственности;

2) выборочное обследование (проверка) субъекта государственного мониторинга собственности, осуществляемое по отдельным вопросам, относящимся к предмету государственного мониторинга собственности;

3) периодический оперативный сбор информации по деятельности субъекта государственного мониторинга собственности

2. Обследование (проверка) субъектов государственного мониторинга собственности осуществляются путем непосредственного обследования (проверки) и включает в себя:

1) сбор и системный анализ информации по производственно-техническому, технологическому, инвестиционному, финансово-экономическому, финансово-экономическому, экологическому и правовым параметрам деятельности субъекта государственного мониторинга собственности;

2) оценку состояния эффективности управления объектом государственного мониторинга собственности, прогноз изменения состояния объекта государственного мониторинга собственности;

3) экспертную оценку перспектив развития

техники и применения достижений научно-технического прогресса.

3. Обследование (проверка) объекта государственного мониторинга собственности осуществляются в целях обеспечения государственных органов необходимой информацией о состоянии объектов государственного мониторинга собственности, тенденциях и прогнозах их развития, предупреждения возможных негативных процессов, угрожающих экономической безопасности государства

4. Периодический оперативный сбор информации осуществляется в целях текущего обновления основных данных государственного мониторинга собственности по деятельности субъектов государственного мониторинга собственности в периоды между обследованиями объекта государственного мониторинга собственности.

5. Государственный мониторинг собственности осуществляется со следующей периодичностью:

1) комплексное обследование субъекта государственного мониторинга собственности проводится не чаще одного раза в три года;

2) выборочное обследование субъекта государственного мониторинга собственности проводится не чаще одного раза в год;

3) периодический оперативный сбор информации по деятельности субъекта государственного мониторинга собственности осуществляется по мере необходимости, но не чаще одного раза в год».

6. Единые требования к государственному мониторингу собственности определяются стандартами государственного мониторинга собственности.

5. Виды государственного мониторинга собственности

В соответствии со статьей 8 Закона о государственном мониторинге собственности выделяется три вида государственного мониторинга собственности:

1. Мониторинг форм собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение.

2. Мониторинг эффективности управления объектами государственной собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение.

3. Мониторинг эффективности управления объектами частной собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение.

Как известно, в правовой науке классификация может проводиться по различным основаниям – по субъектам, объектам, содержанию. При этом виды в систематике выделяются в зависимости от одного критерия.

Между тем, изучение классификации государственного мониторинга собственности свидетель-

ствует, что подразделение на виды произведено по различным основаниям.

Полагаем, что дифференциация государственного мониторинга собственности необходима, однако она требует определенной доработки. Так, например, основаниями классификации могут явиться содержание государственного мониторинга собственности, субъекты государственного мониторинга собственности.

В связи с этим предлагаем следующую классификацию государственного мониторинга собственности.

«Статья 8. Виды государственного мониторинга собственности

Видами государственного мониторинга собственности являются:

1. Мониторинг собственности – определение соотношения частной и государственной собственности Республики Казахстан, собственности граждан и (или) национальных юридических лиц и иностранных граждан и (или) иностранных юридических лиц в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение.

2. Мониторинг управления объектом государственного мониторинга собственности – наблюдение и оценка мер, предпринимаемых для достижения целей деятельности субъекта государственного мониторинга собственности.

3. Мониторинг эффективности управления объектами государственного мониторинга в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение – наблюдение и оценка показателей, характеризующих соотношение цели и результата управления объектом государственного мониторинга собственностью в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение.

Мониторинг эффективности управления объектами государственного мониторинга собственностью подразделяется на:

- мониторинг эффективности управления объектами государственного мониторинга собственностью, являющихся государственной собственностью;

- мониторинг эффективности управления объектами государственного мониторинга собственностью, являющихся частной собственностью;

- мониторинг эффективности управления объектами государственного мониторинга эффективностью управления объектами государственного мониторинга собственностью, принадлежащих иностранным лицам или созданных с иностранным участием.

4. Мониторинг экономической эффективности

– наблюдение и оценка показателей экономической деятельности, характеризующих соотношение полученного результата к затраченным ресурсам.

6. Статья 9 Закона о государственном мониторинге собственности очерчивает круг лиц, в отношении которых осуществляется мониторинг эффективности управления объектами собственности, а статья 10 Закона – выделяет особенности осуществления государственного мониторинга собственности в отношении иностранных предприятий и предприятий с иностранным участием.

Считаем, что нормы указанных статей также требуют своей доработки.

7. Требует своего уточнения положения п.п.4. статьи 12 Закона о государственном мониторинге собственностью.

Согласно указанной норме, Правительство Республики Казахстан по результатам обследования объектов государственного мониторинга собственностью использует экономические, финансовые и иные предусмотренные законодательством Республики Казахстан меры, направленные на сохранение и повышение эффективности предприятий в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение.

Полагаем, что предоставление Правительству Республики Казахстан полномочий по использованию иных предусмотренных законодательством Республики Казахстан мер, входит в противоречие с нормами статьи 11 Закона о государственном мониторинге собственностью, гарантирующими неприкосновенность собственности, невмешательство в оперативное управление и производственно-хозяйственную деятельность, недопустимость нарушения текущей деятельности субъектов мониторинга, соблюдение других гарантий и прав, предоставленных законодательными актами Республики Казахстан.

В виду того, что государственные органы, должностные лица вправе действовать в рамках предоставленных ему полномочий, применение формулировки «иных предусмотренных законодательством Республики Казахстан меры...» не допустимо.

Анализ Закона РК от 04 ноября 2003 г. «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение» осуществлен по состоянию на 4 ноября 2007 года.

**Анализ положений Закона РК
«О государственном мониторинге
собственности в отраслях экономики,
имеющих стратегическое значение»
выполнен по заказу ТОО «Институт
законодательства Республики Казахстан»**

В.И. ОЛЕЙНИК

*Начальник управления
Департамента по надзору за законностью
оперативно-розыскной деятельности
Генеральной прокуратуры РК,
старший советник юстиции*

ВОПРОСЫ ДАЛЬНЕЙШЕГО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ МЕР ПО ПРЕДУПРЕЖДЕНИЮ ОРГАНИЗОВАННОЙ ПРЕСТУПНОСТИ

На сегодняшний день в Республике Казахстан организованная преступность – это явление, которое стало реальностью. Организованная преступность открыто противопоставила себя государству, правоохранительным органам, обществу и закону.

Негативное влияние организованной преступности на социальные, политические, морально-психологические, экономические и правовые процессы, происходящие в обществе, обуславливается рядом таких факторов, как: слабая законодательная система, высокая коррумпированность государственных органов, существующими проблемами в социальной структуре общества и противоречиями в развивающейся экономике.

Недостатки в деятельности правоохранительных органов также имеют множество причин, прежде всего, бессистемный характер противодействия организованной преступности. Это связано с их разобщенностью, узковедомственной направленностью, отсутствием углубленной специализации оперативно-следственных подразделений и четкого механизма их взаимодействия, недостаточным использованием всего комплекса оперативных возможностей, предусмотренных Законом Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности».

В этой связи необходим особый подход в борьбе с организованной преступностью, реализация которого требует усилий всех субъектов оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД). Координирующую роль в этом должны осуществлять органы прокуратуры, используя свои полномочия в этой сфере.

Сегодня основной задачей, поставленной перед субъектами ОРД, является разобщение организованных преступных групп, длительное время состоящих на специализированном учете и оказывающих негативное влияние на криминальную обстановку в регионах.

Об этих и других вопросах, связанных с повышением эффективности противодействия орга-

низованной преступности шел предметный разговор на состоявшемся 19 сентября текущего года под председательством Генерального Прокурора заседании Координационного совета правоохранительных органов страны, по результатам которого принято конкретное решение.

Необходимо отметить, что в деятельности правоохранительных и специальных органов имеются и позитивные результаты. Приведу некоторые характерные примеры.

В течение 2005-2006 годов в результате спецмероприятий сотрудниками КНБ были установлены факты влияния и сращивания организованных преступных групп с коррумпированными должностными лицами таможни «Коргас» и других правоохранительных органов по организации контрабандного ввоза товаров народного потребления из КНР в Республику Казахстан.

Приговором Медеуского районного суда г. Алматы от 8 августа 2006 года признаны виновными и осуждены к различным срокам лишения свободы заместитель начальника ДТК по Алматинской области Рамазанов С.А., начальник отдела УБОП этой области Мамажанов Е.С. и другие лица (всего 20 человек).

В результате оперативных разработок КНБ и проведенных спецмероприятий, санкционированных Генеральной прокуратурой и прокуратурой г.Алматы возбуждены уголовные дела в отношении начальника таможни «Коргас», его заместителя, заместителя начальника 7-го Управления ДВД г.Алматы, лидера одной из организованной преступной группы (далее – ОПГ) и других лиц, которые в составе организованного преступного формирования занимались незаконными поборами и вымогательством денежных средств за беспрепятственный провоз контрабандного груза с участников внешнеэкономической деятельности, а также совершили ряд коррупционных и общеуголовных преступлений. В настоящее время по данному делу осуждено 20 лиц.

В Акмолинской и Атырауской областях пресечена деятельность ряда ОПГ, которые негативно влияли на криминогенную обстановку в этих регионах.

В Карагандинской области разоблачена деятельность нескольких организованных преступных групп, которые на протяжении длительного времени занимались хищениями металла с предприятий АО «Миттал Стил Темиртау» с целью дальнейшей реализации, в том числе за пределами страны.

Тенденцию распространенности имеют преступления, связанные с незаконным оборотом наркотиков и оружия. Большая их часть совершается в составе организованных преступных групп.

Оперативная обстановка по линии борьбы с наркобизнесом характеризуется существенным ростом активности транснациональных и региональных наркоструктур, специализирующихся на организации каналов наркотрафика, прежде всего, «тяжелых» наркотиков опийной группы из Центрально-Азиатских стран на территорию Казахстана и далее в Россию и Европейские страны.

Наркогруппировки предпринимают меры по расширению рынка сбыта наркотиков, распространяя зону преступной деятельности практически на весь спектр развлекательных центров. Основным каналом поступления в Казахстан синтетических наркотиков, предназначенных для реализации в ночных клубах, является маршрут из Германии через территорию России.

Выявлен ранее не встречающийся в оперативной практике наших спецслужб маршрут наркотрафика из Таджикистана и Кыргызстана через Казахстан в Китай.

В результате проведенных оперативно-розыскных мероприятий при попытке транспортировки около 10 кг. героина в международном аэропорту г. Алматы были задержаны пассажиры авиарейса Алматы - Пекин, две гражданки России и сопровождавший их гражданин нашей страны. В дальнейшем задержан организатор данного преступления гражданин Азербайджана.

В целях противодействия наркодельцам с международными связями Комитетом по борьбе с наркобизнесом и контролем за оборотом наркотиков МВД только в истекшем году было проведено более 40 оперативно-розыскных мероприятий по методу «контролируемая поставка», из которых 21 международная. Из незаконного оборота изъято свыше 350 кг. наркотических средств.

За указанный период пресечена деятельность 8 организованных преступных групп, которыми совершено более 30 преступлений данной категории.

Например, в г. Шымкенте задержан Махаев И.М., который на протяжении длительного времени занимался поставкой наркотиков из Таджикистана транзитом через Казахстан в Европу. В ходе проведения спецоперации данный канал наркотрафика был ликвидирован, по месту жительства Махаева было изъято 40 кг. героина. В Австрии задержан его родной брат, который в настоящее время осужден за незаконный оборот наркотиков к 12 годам лишения свободы.

Современную организованную преступность не обуздать без широкого международного сотрудничества.

Важнейший международный документ, направленный на консолидацию усилий в этом направлении - Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности (резолюция №55\25, которая вступила в силу 29 сентября 2003 года) и которую ратифицировали уже почти 100 государств.

В текущем году Казахстан рассматривает вопрос о ратификации этой Конвенции, поэтому после ее ратификации, главная задача - обеспечить эффективное выполнение этой Конвенции и Протокола к ней.

В целях повышения эффективности деятельности правоохранительных органов на данном направлении представляется необходимым:

- 1) укрепить систему безопасности госграниц;
- 2) усилить миграционный контроль за въездом, пребыванием и выездом иностранных граждан;
- 3) привести национальное законодательство в соответствие с требованиями международного законодательства;
- 4) постоянно совершенствовать и расширять правовую базу международного сотрудничества, в первую очередь, по вопросам выдачи преступников, конфискации и возврата преступных доходов;
- 5) регулярно проводить рабочие встречи с зарубежными коллегами в целях обмена информацией о лидерах и участниках организованных преступных формирований, а также их связях;
- 6) эффективно использовать оперативные возможности зарубежных коллег, каналы НЦБ Интерпола и Бюро по координации борьбы с организованной преступностью и иными видами преступлений (БКБОП) на территории го-

сударств-участников СНГ для выявления и пресечения деятельности организованных преступных формирований;

7) регулярно проводить совместные комплексные оперативно-профилактические мероприятия по выявлению и раскрытию наиболее опасных преступлений транснационального характера;

8) постоянно повышать уровень профессиональной подготовки сотрудников правоохранительных органов.

Перечисленные меры составляют лишь незначительную часть в широком диапазоне мер, осуществление которых позволит позитивно повлиять на ситуацию в сфере борьбы с транснациональной организованной преступностью.

Процессы глобализации и интеграции создали новые возможности для ОПГ, которые используют их для расширения своей преступной деятельности. Им стало легче использовать легальную экономику для сокрытия своих операций, быстрого перевода и отмыкания доходов. Используя новые информационные технологии, они имеют возможность поддерживать связь и координировать свои действия, невзирая на государственные границы.

Наибольшую криминальную активность при этом проявляют граждане стран СНГ, на долю которых приходится около 90% данных преступлений.

Несмотря на это, в структуре правоохранительных органов нет специализированных подразделений, предметно ориентированных на борьбу с организованной экономической и коррупционной преступностью.

В этой связи представляется необходимым рассмотреть вопрос о создании такого специализированного подразделения в органах финансовой полиции, с наделением полномочий по выявлению организованных преступных групп, занимающихся «латентными» экономическими и коррупционными преступлениями.

Сегодня в борьбе с организованной преступностью мы должны обратить внимание на экономический сектор, именно там создаются условия для совершения коррумпированных преступлений, происходит сращивание ОПГ с государственным аппаратом.

Органами финансовой полиции только за последние полтора года было зарегистрировано 16 преступлений, предусмотренных статьей 235 УК РК.

Нарастающая тенденция совершения преступлений ОПГ в экономическом секторе дик-

тует необходимость совместной работы по разоблачению организованных преступных групп и противодействию их финансированию.

Для лишения организованной преступности возможности эффективной деятельности нужно лишить ее легального и нелегального (преступного) бизнеса.

В юридической практике появилось такое понятие, как «*организованная коррупция*», которая развивается при активном участии ОПГ.

Развитие «*организованной коррупции*» связано с осуществлением так называемого «*крышевания*» со стороны государственных и правоохранительных органов, их участие в спорах хозяйствующих субъектов. Такое участие имеет характер коррупционной услуги. Необходимо учитывать, что «*крышевание*» со стороны государственных органов направлено преимущественно не на защиту от криминалитета, а на получение нелегальных доходов, носящих коррупционный характер.

Малоизученной околокриминальной формой организованной коррупции, находящейся вне должного реагирования со стороны правоохранительных органов, является рейдерство. Рейдеры, это специалисты по перехвату оперативного управления или собственности коммерческих организаций с помощью специального инициирования конфликтов и методов коррупции.

Как видим, происходит совершенствование криминального профессионализма потенциальных субъектов подкупа.

Любая социальная группа, в том числе преступная, не может возникнуть сама по себе. На ее поведение оказывает влияние совокупность тех или иных факторов, как внешних, так и внутренних.

Организованные этнические преступные формирования, как правило, состоят из руководителей (организаторов), пособников (коррумпированных должностных лиц), исполнителей - специалистов в различных областях профессиональных знаний, и исполнителей - боевиков, охранников.

Проблема этнической преступности - представляет особый интерес для теоретиков и практиков в связи с тем, что это один из видов преступности, который имеет огромную латентность.

Поэтому должна существовать стратегия борьбы с организованной этнической преступностью, которую целесообразно строить с учетом психологических и поведенческих особен-

ностей представителей различных этнических общностей.

Роль оперативно-розыскной деятельности в борьбе с организованными преступными формированиями.

Успех борьбы с организованной преступностью во многом предопределяется специфической организацией борьбы с ней (в том числе специализированных подразделений с высококвалифицированными кадрами), широким использованием возможностей того, что за рубежом называют негласным расследованием, а у нас является не только оперативно-розыскной, но и контрразведывательной, разведывательной деятельностью.

Все чаще результаты конкретных оперативно-розыскных мероприятий (далее - ОРМ) передаются в следственные подразделения для решения вопроса о возбуждении уголовных дел либо для приобщения к материалам дела в качестве доказательств.

В целом уголовно-процессуальным законодательством должен быть предусмотрен простой и в то же время гарантирующий соблюдение конституционных прав граждан порядок использования результатов ОРД в уголовном судопроизводстве.

Противодействие организованной преступности требует инициативной деятельности правоохранительных органов, в этом отношении активное выявление и своевременное пресечение преступлений данной категории, путем использования оперативных возможностей приобретает главенствующее значение.

Основным критерием оценки деятельности правоохранительных органов в борьбе с организованной преступностью должно стать не количество выявленных преступлений этой категории, а количество лидеров и членов ОПГ, преступная деятельность которых пресечена, и их вина в совершении преступлений, предусмотренных ст.ст. 235, 237 УК РК, доказана вступившим в законную силу судебным приговором.

Организованная преступность является социальным явлением. Поэтому не только перед правоохранительными органами, но и другими государственными органами стоит задача выработки эффективной системы противодействия организованной преступности.

На наш взгляд, необходим комплексный подход к решению этого вопроса. Только проводя социальные преобразования с участием различных субъектов профилактики можно вли-

ять на причины и условия, способствующие развитию организованной преступности.

Следует выделить ряд задач, направленных на совершенствование методов борьбы с организованной преступностью.

Прежде всего, необходимо проведение общегосударственной политики. Должна осуществляться разработка государственных программ борьбы с организованной преступностью, учитывающая и региональную специфику.

Необходимо создать комплекс социально-правовых и социально-экономических условий, способствующих повышению результативности борьбы с данным явлением. Следует вовлекать в процесс контроля над организованной преступностью те государственные структуры, которые располагают подобными механизмами. Необходимо обеспечить совместность действий всех государственных структур с установлением взаимной ответственности. Реализация последнего должна основываться на правовой базе и коллегиальных решениях органов управления с участием первых руководителей заинтересованных ведомств.

Совершенствования требует и законодательство в этой сфере.

Представляется необходимым правоохранительным органам инициировать разработку и принятие специального закона «О борьбе с организованной преступностью», а также Концепции либо Стратегии в данном направлении. Имеются пробелы законодательства в процессе сбора доказательственной базы, необходимой для применения уголовных санкций и мер к субъектам, чья деятельность связана с преступностью.

Одной из причин недостаточно эффективной борьбы с организованной преступностью, является отсутствие уголовной ответственности за участие в организованной преступной группе (*часть 1 статьи 235 УК РК*).

В действующем уголовном законодательстве отсутствует понятие транснациональной организованной преступности.

Понятие «*транснациональная организованная преступность*» юристы и законодатели других стран предлагают излагать в следующей редакции – «*совокупность совершенных преступлений, заранее объединившихся устойчивой группой лиц, наносящих ущерб двум и более государствам либо интересам юридических или физических лиц двух и более государств*».

В этой связи предлагается внести соответству-

ющие дополнения в статью 31 УК РК, проработать на законодательном уровне вопросы борьбы с транснациональной преступностью, с созданием соответствующего специализированного учета у субъектов ОРД.

Борьба с организованной преступностью должна вестись не только ликвидацией физических субъектов ее деятельности, но и устранением возможностей для их благополучного развития и функционирования.

Именно наличием финансовой базы и сильна организованная преступность. Имея значительные денежные средства, организованная преступность может подкупить чиновников органов государственной власти, набрать в свои ряды бсевичков для силового обеспечения проводимых криминальных операций, материально-

го поддержания лиц, находящихся в местах лишения свободы, их родственников и т.п. Именно данная цель определяет средства и методы ее достижения.

Говоря о законодательном совершенствовании методов борьбы с организованной преступностью необходимо также совершенствовать и ведомственные нормативные правовые акты в части, закрепления законодательной базы по легализации результатов ОРД, ввода их в уголовный процесс и др.

Для успешного воздействия на организованную преступность необходимо определить цель профилактического воздействия, наметить поэтапные задачи ее достижения, создать условия, в том числе организационные, для их решения и эффективного применения.

* * * * *

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., Сейдалина Ж., Жалбуров 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.

1. Лапшин Д.В. Вопросы совершенствования мер по предупреждению организованной преступности. // Юрист, №9 – 2003г. – 64-66 с.
2. Тен Д.С. Юридические лица как субъекты организованной преступной деятельности. // Экономика и право Казахстана, №18\2005 – 50-53 с.
3. Белоцерковский С.Д. Роль оперативно-розыскной деятельности в борьбе с организованными преступными формированиями. // Прокурорская и следственная практика, №1-2, 2007г. – 106,108-110 с.
4. Астанин В.В. Криминологическая характеристика проявлений организованной коррупции. // LEX RUSSICA, №1-2007г., январь – 174-182 с. // Научные труды Московской государственной Академии.
5. Сухаренко А.Н. Противодействие транснациональной организованной преступности в России. // Международное и публичное частное право, №2(35) – 37-38 с.
6. Касьяненко М.А. О некоторых этносоциальных особенностях этнических преступных группировок в РФ // Российский следователь, №7 – 2007г. – 30-32с.
7. Голик Ю., Коробеев А. Теоретические основы к осмыслению организованной преступности. Преступность планеты земля: Глобальная угроза, поиски адекватных ответов. Конгресс ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию. // Предупреждение преступности, №2 – 2004г. – 109с.
8. Долгова А.Н. Закономерности преступности, организованная преступность и криминология. // Прокурорская и следственная практика, №1-2 – 2007г. – 85 с.

А.К. ШАЙМУРУНОВА

*и.о. начальника Отдела систематизации и анализа правоприменительной практики
Института законодательства РК,
кандидат юридических наук*

А.С. МУСРАЛИНОВ

*зав. сектором отдела законопроектных работ
Института законодательства РК,
магистр права*

А. АХМЕТОВА

младший научный сотрудник Института законодательства РК

Б. ОМАРОВА

старший научный сотрудник Института законодательства РК

ИНФОРМАЦИОННОЕ СООБЩЕНИЕ

о международной научно-практической конференции на тему:

«Правовой мониторинг как средство повышения качества нормотворческой деятельности», г. Астана, 30 октября 2007 года

30 октября 2007 года Министерством юстиции Республики Казахстан совместно с Институтом законодательства Республики Казахстан в целях дальнейшего повышения качества нормотворческой деятельности была проведена международная научно-практическая конференция на тему: «Правовой мониторинг как средство повышения качества нормотворческой деятельности».

В работе конференции приняли участие представители государственных органов, ведущие ученые Республики Казахстан, Российской Федерации, Республики Белоруссии, Германии.

Основными целями конференции было обсуждение следующих вопросов:

1) проекта Государственной программы правовой политики;

2) проблем комплексного использования результатов мониторинга действующего законодательства и правоприменительной практики в нормотворческой деятельности государственных органов;

3) проблем систематизации и анализа действующего законодательства.

Конференция проходила в три этапа: пленарное заседание, работа секций и подведение итогов.

Пленарное заседание приветственным словом открыл Вице-министр юстиции Республики Казахстан **Бекетаев Марат Бахытжанович**, который отметил, что правовой мониторинг как системное наблюдение и оценка эффективности законодательства должен стать средством повышения качества нормотворческой деятельности. В ходе конференции, по мнению Вице-министра, необходимо обсудить и выработать предложения по следующим вопросам:

- построение целостной системы наблюдения, оценки и прогноза за состоянием законодательства, правоприменительной практики;

- учет результатов мониторинга при разработке нормативных правовых актов;

- разработка методологической основы мониторинга, обеспечивающей рациональную и эффективную организацию деятельности субъектов мониторинга;

- совершенствование механизма взаимодействия государственных органов при проведении правового мониторинга;

- формирование эталонного текста нормативных правовых актов;

- разработка проекта Государственной программы правовой политики.

Директор Института законодательства Республики Казахстан, кандидат юридических наук, доцент **Скрябин Сергей Васильевич** отметил, что одним из приоритетных направлений деятельности Института является проведение фундаментальных научных исследований совершенствования системы законодательства. Презентуемый на конференции проект Государственной программы правовой политики (2008-2018 г.г.) разработан на основе отраслевых концепций развития системы законодательства, подготовленных Институтом. Разработка проекта Госпрограммы вызвана необходимостью выработки научно-обоснованного подхода к развитию системы законодательства, что должно обеспечить его стабильность.

Заведующий кафедрой теории и истории государства и права Казахского гуманитарно-юридического университета, доктор юридических наук, профессор, академик НАН Республики Казахстан **Баймаханов Мурат Таджи-Муратович**, высту-

пая с докладом «О роли правового мониторинга в совершенствовании нормотворчества» отметил, что главной частью правового мониторинга охватываются все виды подготовительных работ к правотворчеству. Они имеют целью сделать правотворчество качественным, обоснованным, учитывающим всю совокупность существующих на данный момент жизненных факторов и обстоятельств. Мониторинг также направлен на то, чтобы выявить, проанализировать и предложить меры, обеспечивающие максимальную реализацию правовых норм, воплощение в жизни всего того, что охватывается их содержанием.

В приведенных двух случаях понятие правового мониторинга будет разным: если в первом случае имеется в виду мониторинг как условие успеха нормотворческой деятельности государства, то во втором случае речь уже идет о мониторинге процесса правореализации. Можно выделить и третье направление мониторинговой деятельности – оптимальное соотношение национального законодательства с принципами и нормами международного права.

Самая главная задача мониторинговых мер в сфере законотворчества – обеспечение максимального соответствия разрабатываемого закона и всех содержащихся в нем норм существующих на данный момент условиям жизни общества, потребностям поступательного развития страны, характеру экономических, социально–политических, этнодемографических, духовных, межличностных и иных общественных отношений. Только решив эту главную (содержательную) задачу, можно обеспечить успех законотворчества в целом. Несмотря на определенные трудности, разработчики законопроектов должны видеть, представлять и осмысливать причинно-следственные связи между разрабатываемыми нормами с одной стороны, и регулируемые ими общественными отношениями – с другой.

Одна из мониторинговых мер по обеспечению законодательства состоит в анализе результатов только что осуществленного законодательного регулирования, в отслеживании всех существенных моментов, которыми характеризовались и характеризуется эта работа. Надо хорошо знать нынешнее состояние развития законодательства, его особенности и тенденции, учитывать его сильные и слабые стороны, преимущества и недостатки с тем, чтобы отталкиваясь от достигнутого уровня продолжить работу по подготовке законодательных актов, в которых получит дальнейшее воплощение намеченная прежде и постоянно уточняемая законодательная стратегия и тактика.

Осуществлению такой задачи могло бы отвечать составление аналитических обзоров законодательства республики в разрезе как временных периодов, так и крупных отраслевых показателей. Польза от обзоров будет лишь тогда, когда их авторы будут стараться излагать, наряду с достоинствами законодательных актов, также обнаруженные у них недостатки и ошибки.

Первый заместитель Генерального прокурора Республики Казахстан, кандидат юридических наук **Бахтыбаев Ильяс Жакипбекович** в докладе «Правовой мониторинг – инструмент прокурора в обеспечении законности» отметил, что осуществление мониторинга является центральной задачей Генеральной прокуратуры.

Под правовым мониторингом подразумевается непрерывное наблюдение за соответствием законов потребностям страны и существующих общественных отношений, за точным и единообразным применением законов. Для решения проблемных вопросов предложено наделить Генерального прокурора правом законодательной инициативы, поскольку представляется весьма расточительным для государства не использовать в полной мере правотворческий потенциал прокуратуры в процессе формирования современной законодательной базы страны.

Депутат Сената Парламента Республики Казахстан, секретарь Комитета по аграрным вопросам и охране окружающей среды **Меркель Иоган Давыдович** в своем докладе «О некоторых актуальных вопросах правового мониторинга» отметил необходимость создания системы мониторинга законодательства, который должен стать неотъемлемой частью правовой системы Казахстана.

Докладчик обратил внимание на то, что Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» обязывает осуществлять мониторинг только подзаконных актов. Не разрешенной остается проблема внедрения результатов мониторинга в законотворческий процесс. В целях решения этого вопроса предложил пересмотреть существующий подход к правовому регулированию правового мониторинга и отметил необходимость внесения изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» в части закрепления обязанности государственных органов по проведению правового мониторинга законодательных актов.

Доктор права, профессор господин **Рольф Книпер** отметил, что в Германии с 2006 года существует Национальный совет по контролю за законодательными нормами при Федеральном

Канцлере, состоящий из 8 человек. В Германии отсутствует специальное учреждение, занимающееся проблемами мониторинга. Вместе с тем законодательство Германии предусматривает обязанность государственных органов при разработке законодательного акта анализировать последствия принятия закона и готовить обоснование его принятия. Данный опыт может стать позитивным примером для Казахстана.

Заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук, доцент **Лафитский Владимир Ильич**, выступая с докладом на тему: «Мониторинг законодательства Российской Федерации», отметил, что в рамках Совета Федерации России ежегодно готовится доклад о состоянии законодательства в стране. В положениях о министерствах предусмотрена норма, обязывающая их проводить исследования в пределах своей компетенции. По его мнению, эффективность правового мониторинга в настоящее время зависит от решения организационных вопросов.

Заместитель директора Национального центра законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь, кандидат сельскохозяйственных наук **Дорошкевич Валерий Александрович** поделился опытом анализа правоприменительной практики и прогнозирования последствий принятия нормативных правовых актов в Республике Беларусь.

В соответствии со статьей 77 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» нормотворческие органы (должностные лица) и иные уполномоченные специальные органы на основе проверки реализации нормативных правовых актов, анализа жалоб и обращений определяют качество, законность и эффективность действия нормативных правовых актов. Специалистами Центра совместно с представителями Парламента, Верховного Суда и ряда министерств подготовлены Методические рекомендации по прогнозированию последствий принятия нормативных правовых актов. Этот методологический подход может быть использован при проведении правового мониторинга в Республике Казахстан.

Директор научно-исследовательского центра частного права Казахского гуманитарно-юридического университета, доктор юридических наук, профессор, академик НАН Республики Казахстан **Сулейменов Майдан Контурарович** в докладе на тему: «Тенденции развития экономического законо-

дательства: соотношение публичных и частных начал» отметил, что деление системы права на публичное и частное является главным и основным делением системы права. Поэтому структуру права и место в ней отраслей права необходимо определять именно с точки зрения отнесения той или иной отрасли к публичному или частному.

Вторичная структура права, по мнению докладчика, тоже представляет собой достаточно стройную и взаимосогласованную систему. В этой системе докладчик выделяет три комплексные отрасли права: экономическое (предпринимательское, коммерческое, хозяйственное) право, социально-политическое право, экологическое право.

Подробный анализ вопросов обеспечения экономической независимости республики, сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны, позволил докладчику прийти к выводу, что наиболее обоснованным механизмом защиты национальных интересов является процедура национализации. Поэтому назрела необходимость разработки и принятия Закона Республики Казахстан «О национализации». Подобные законы используются в мировой практике, и национализация является общепринятым механизмом защиты национальных интересов государства.

В заключении докладчик подчеркнул общественно-политическую значимость деятельности Института законодательства Республики Казахстан по разработке Концепции развития системы законодательства Республики Казахстан.

Главный научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор, академик АЕН Республики Казахстан **Когамов Марат Чекишулы** в докладе на тему: «Правовой мониторинг как измеритель эффективности законодательства о чрезвычайных ситуациях и прохождении правоохранительной службы» подробно остановился на вопросах законодательства, регулирующего деятельность Конституционного Совета, специальных служб и исполнительного органа Республики Казахстан по чрезвычайным ситуациям.

С учетом анализа правоприменительной практики названных органов, международного опыта им отмечена необходимость проведения правового мониторинга законодательства, который позволит исключить дублирующие функции государственных органов.

Второй этап работы конференции проходил в режиме секционных заседаний.

В работе секции «Правовой мониторинг: тео-

ретико-методологические аспекты» под руководством доктора юридических наук, профессора, академика НАН Республики Казахстан **Баймаханова Мурата Таджи-Муратовича** обсуждались вопросы организации, методологии, методики проведения правового мониторинга.

Заведующий сектором отдела законодательства Аппарата Мажилиса Парламента Республики Казахстан, доктор педагогических наук, кандидат технических наук **Галиев Темир Тлекович** в выступлении на тему «Правовой мониторинг: теоретико-методологические аспекты реализации системного подхода» отметил, что с помощью мониторинга могут формироваться определенные индикаторы нормального состояния (функционирования) объекта и, наоборот – наличие и оптимальное расположение указанных индикаторов существенно повышает эффективность, качество, надежность и системность мониторинга. Индикаторы оценки состояния законодательства и правоприменительной практики используются для оценки качества и эффективности законодательных и иных нормативных правовых актов с момента их планирования и далее на этапах разработки, принятия и практической реализации. Ученым предложены разработанная технология конструирования концептуальной модели интегрированной системы мониторинга и связанные с этим основные процедуры системного подхода, обуславливающие целостное познание изучаемых объектов окружающей действительности.

Профессор кафедры конституционного и международного права Университета им. Д.А. Кунаева, кандидат юридических наук **Айтхожин Кабдулсамих Кошекovich** в своем выступлении на тему «Вопросы совершенствования законотворческого процесса в Республике Казахстан» обратил внимание, что в настоящее время в республике в основном созданы нормативные и организационные основы для эффективного взаимодействия государственных органов в сфере законотворческого процесса. Актуальной задачей сейчас является устранение «теневое» влияния министерств, ведомств и иных исполнительных органов на разработку конкретных законопроектов, регламентирующих права и обязанности государственных органов. В этой связи возникает необходимость скорейшего принятия Закона Республики Казахстан «О лоббизме», который бы не только придал процессам лоббирования цивилизованные рамки, но и существенно укрепил бы фактический статус Парламента в системе ор-

ганов государственной власти.

Главный консультант Отдела экспертизы Аппарата Сената Парламента Республики Казахстан, кандидат юридических наук, доцент **Сартаева Наталья Абаевна** в выступлении на тему «К вопросу о методологии правового мониторинга» отметила, что казахстанской юридической и социологической наукам предстоит разработать систему критериев эффективности правовых норм, которые будут использоваться при проведении правового мониторинга. Для этого необходимо проведение соответствующих научно-практических исследований, впрочем, как и соответствующих экспертных опросов, позволяющих изучить искомую проблему системно и комплексно. В категорию экспертов целесообразно включить представителей: законодательной, исполнительной и судебной власти; юридической общественности; правоприменительных государственных органов; неправительственных организаций правозащитной и юридической направленности. Это позволит проанализировать и обобщить мнение, как государственных структур, так и институтов гражданского общества, что представляется весьма важным.

Заведующая кафедрой теории и истории государства и права Карагандинского государственного университета им. Е.А. Букетова, кандидат юридических наук, доцент **Какимова Майра Шариповна** в своем выступлении на тему «Отражение принципов права в действующем законодательстве Республики Казахстан» отметила, что идея правового мониторинга не нова. В советской юридической науке это было известно под понятием «принципы правотворчества». Проблема «войны» законов и подзаконных актов, имеющая место в настоящее время, является результатом того, что принцип верховенства закона находится в состоянии декларации, а реализации не находит. Особо обращено внимание на то, что для решения проблемы «рождения неработающих законов» научные принципы должны просто воплощаться.

В ходе секционного заседания «Правовой мониторинг: конституционное, административное, финансовое законодательство», проходившего под руководством Заместителя директора Института законодательства Республики Казахстан, кандидата юридических наук **Нугмановой Эльмиры Абдыковны**, были рассмотрены вопросы, связанные с административной реформой, нормотворческой деятельностью, гражданским обществом и др.

Руководитель Проекта ГТЦ «Поддержка пра-

вой и судебной реформы в странах Центральной Азии» господин **Йенс Демпе** в своем выступлении рассказал о германском административном законодательстве, о его роли и месте в правовой системе страны, а также о его нормативном содержании. Признавая важность создания в Германии Закона «Об административных процедурах» он выразил пожелание казахстанским ученым учесть некоторые особенности немецкого законодательства при проведении законопроектных работ в этой области.

Ведущий научный сотрудник Института законодательства РК, доктор юридических наук, профессор **Жанузакова Лейла Тельмановна** выступила с докладом на тему: «Вопросы совершенствования правотворческой деятельности государственных органов и развития конституционного законодательства в новых социально-политических условиях», в котором подчеркнула о необходимости проведения мониторинга действующего законодательства с целью его приведения в соответствие с конституционными поправками от 21 мая 2007 года, а также для их полной реализации в новых социально-политических условиях.

В своем выступлении докладчик отметила о несовершенстве отдельных норм конституционного законодательства, неточности, пробелы и противоречия, внесла ряд предложений о совершенствовании правового регулирования порядка проведения митингов, законодательного определения статуса уполномоченного по правам человека, механизмов законодательной регламентации деятельности институтов государственной власти, механизмов правового регулирования местного самоуправления.

Ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, кандидат юридических наук **Сман Айсана Смановна** в своем выступлении на тему «Актуальные проблемы нормотворчества: признание или гарантирование прав и свобод личности в современный период» отметила некоторые особенности правового статуса личности, механизм реализации прав и свобод человека и гражданина.

Ею было отмечена необходимость при осуществлении законотворческой деятельности исходить не только из приоритетности прав и свобод человека и гражданина, но и их гарантированности. Этот подход, по мнению докладчика, должен быть основополагающим в деятельности судебной власти.

Доктор юридических наук, профессор **Сапаргалиев Гайрат Сапаргалиевич** в своем докла-

де на тему: «Некоторые вопросы правового мониторинга» отметил, что сама проблема мониторинга законодательства не новая, хотя в принципе само слово «мониторинг» только вводится в оборот юридической науки.

Ретроспективный анализ развития казахстанской юридической науки позволил ученому прийти к заключению, что объективные процессы в сфере государства и права профессионально могут изучать, проводить мониторинг, главным образом, ученые юристы. Поэтому среди других предложений, направленных на совершенствование законотворческого процесса в республике, докладчик подчеркнул, о важности создания специального научно-исследовательского государственного учреждения, занимающегося фундаментальными правовыми исследованиями.

Ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, кандидат юридических наук, доцент **Иржанов Алимжан Самигуллаевич** в докладе на тему: «К вопросу мониторинга двухсторонних международных договоров» определил одну из задач мониторинга выявление и устранение противоречий между нормами национального законодательства и нормами международных договоров.

Докладчик отмечает важным по итогам проведенного мониторинга инициировать либо процедуру внесения изменений и дополнений в международные договора, либо внесение изменений и дополнений в действующее законодательство.

В работе секции «Правовой мониторинг: гражданское, гражданско-процессуальное, трудовое законодательство» под руководством Директора Института законодательства Республики Казахстан, кандидата юридических наук, доцента **Скрябина Сергея Васильевича**, обсуждались вопросы мониторинга законодательства в сфере недвижимости и земельных участков, мониторинга инвестиционного законодательства, международного усыновления, проблемы применения процессуального законодательства.

Судья Верховного Суда Республики Казахстан **Балтабай Марзия Аппасовна** в своем выступлении на тему: «Некоторые вопросы применения судами гражданского и гражданского-процессуального законодательства» осветила проблемы незавершенного строительства, самовольной постройки, продажи жилых помещений, внесла ряд предложений по совершенствованию законодательства. Ею было предложено дополнить объекты недвижимости, перечисленные в определении этого понятия, объектами незавершенного стро-

ительства и исключить из ГК РК норму, позволяющие суду узаконивать самозахват земельных участков в случае наличия на нем построенных зданий.

В своем выступлении докладчик отразил ряд проблемных вопросов, связанных с международным усыновлением, и внес ряд предложений по совершенствованию законодательства о браке и семье. По вопросам медиации было предложено процессуально реанимировать ст. 12 ГПК.

Главный научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, доктор юридических наук **Ильясова Куляш Муратовна** в своем выступлении на тему: «Правовой мониторинг в сфере недвижимости» отметила, что незавершенное строительство является объектом недвижимости. Что касается иных видов недвижимого имущества, то, по мнению докладчика, само понятие недвижимости неудачное и его необходимо заменить, поскольку оно закрепляет концепцию самостоятельности всех объектов перечисленных в ст. 117 ГК РК.

В докладе были затронуты вопросы правового регулирования земельных участков, линейных объектов (трубопроводы, линии электропередач, железные дороги). По проблеме государственной регистрации прав на недвижимое имущество, автором было отмечено, что с принятием Закона о государственной регистрации нормы ст. 118 ГК РК пришли в противоречие, что отражается на практике применения закона. Для этого необходимо скореспондировать нормы Закона о государственной регистрации с Гражданским кодексом.

Главный научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор **Мороз Светлана Павловна** в своем выступлении на тему: «Правовой мониторинг инвестиционного законодательства РК», поддержав мнение Сулейменова М.К., отметила отсутствие необходимости разработки Торгового кодекса, поскольку гражданско-правовые отношения, по ее мнению, должны быть урегулированы единым законом, то есть Гражданским кодексом. Докладчик считает, что по своей сути понятие инвестиционного контракта, которое закреплено в законе, вообще не имеет никакого отношения к договору. Это одностороннее решение комитета по инвестициям о предоставлении преференций.

В докладе говорилось о необходимости кодификации законодательства о недрах и недропользовании, поскольку в настоящий момент вопросы исчерпаемости и невозобновляемости недр являются крайне актуальными.

Ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, кандидат юридических наук **Акимбекова Саида Аминовна** в своем выступлении на тему: «Проблемы гражданско-процессуального законодательства в свете Конституции РК» предложила расширить понятие свидетельского иммунитета.

В данное понятие, по мнению ученого, должно входить не только право лица давать показания против самого себя, супруга и близких родственников, но и также против лиц, предусмотренных законом и гражданским процессуальным кодексом.

В работе третьей секции «**Правовой мониторинг: уголовное, уголовно-процессуальное, уголовно-исполнительное законодательство**» обсуждались вопросы развития законодательства в данных сферах. Модератором секции стал главный научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор, академик АЕН РК **Когамов Марат Чекишулы**.

Преподаватель кафедры уголовного права и криминологии Карагандинского юридического института Министерства внутренних дел Республики Казахстан им. Б. Бейсенова, кандидат юридических наук **Жуманиязов Мейрам Арыстанович** в докладе на тему: «Сущность уголовной политики Республики Казахстан» подробно остановился на проблемах развития уголовного законодательства. На основе анализа криминогенной ситуации в государстве, положений развития уголовного законодательства, обозначенных в Концепции правовой политики Республики Казахстан, докладчик пришел к заключению, что уголовная политика должна развиваться в направлении гуманизации, в первую очередь, по отношению к лицам, впервые совершившим преступления небольшой и средней тяжести, а также к социально уязвимым группам населения — беременным и одиноким женщинам, имеющим на иждивении несовершеннолетних детей, несовершеннолетним, людям преклонного возраста.

Заместитель декана юридического факультета Евразийского университета им. Л.Н. Гумилева, кандидат юридических наук **Баймолдина Сауле Маликовна** выступила с докладом на тему: «Совершенствование мер борьбы с нарушениями прав интеллектуальной собственности». Существующие гражданско-правовые и административные меры, отметил докладчик, не в полной мере осуществляют и защищают права интеллектуальной собственности, не уменьшают фактов нарушения прав интеллектуальной собственности, а наоборот,

создают благоприятную возможность избежать от ответственности за нарушение прав интеллектуальной собственности, о чем свидетельствует неуклонный рост нарушений указанных прав в отечественной и мировой практике.

Данные, полученные в ходе проведения эмпирических исследований по вопросу выяснения причин и условий возникновения правонарушений в сфере интеллектуальной собственности, позволили докладчику сформулировать ряд мер, способствующих предупреждению нарушений прав в исследуемой сфере. Среди них были названы правовые, организованные, идеологические, экономические, технические, таможенные и др. меры.

Старший научный сотрудник научно-исследовательской лаборатории № 2 НИЦ Костанайского юридического института Комитета уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Республики Казахстан, кандидат юридических наук **Казиканов Талгат Туремуратович** в докладе «Совершенствование законодательного регулирования института экстрадиции в Республике Казахстан» осветил результаты комплексного изучения института экстрадиции с точки зрения международного, конституционного, уголовного и уголовно-процессуального права.

Докладчик полагает, что комплексность и межотраслевой характер института экстрадиции предполагают урегулирование соответствующих правоотношений в рамках специального закона. Подобное решение обеспечит непротиворечивость экстрадиционного законодательства и учет того факта, что комплексные институты права могут быть урегулированы лишь посредством издания специальных законов, включающих нормы различных отраслей права.

Заслушав выступления представителей государ-

ственных органов, ведущих ученых Республики Казахстан, Российской Федерации, Республики Белоруссии, Германии, подводя итог дискуссиям на секциях, участниками конференции постановили:

1. Принять к сведению проект Государственной программы правовой политики Республики Казахстан (2008-2018 г.г.).

2. Институту законодательства Республики Казахстан доработать проект Государственной программы правовой политики Республики Казахстан (2008-2018 г.г.) с учетом предложений, высказанных участниками конференции.

3. Заинтересованным государственным органам с привлечением ученых и специалистов, продолжить работу над обсуждением и разработкой Государственной программы правовой политики Республики Казахстан (2008-2018 г.г.), с использованием различных способов осуществления правового мониторинга.

4. Рекомендовать Министерству юстиции:

- в рамках проекта Плана законопроектных работ на 2008 год предусмотреть разработку проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» в части правового регулирования проведения правового мониторинга;

- направить проект Государственной программы правовой политики Республики Казахстан (2008-2018 г.г.) на согласование заинтересованным государственным органам, научным организациям;

- выработать эффективные механизмы реализации результатов правового мониторинга;

- создать центр мониторинга законодательства и правоприменительной практики и обеспечить координацию работы по разработке и принятию Государственной программы правовой политики Республики Казахстан (2008-2018 г.г.).

А.К. ШАЙМУРУНОВА

*и.о. начальника Отдела систематизации и анализа правоприменительной практики
Института законодательства РК,
кандидат юридических наук*

О.В. САВЕЛЕНКО

*зав. сектором отдела систематизации и анализа правоприменительной практики
Института законодательства РК*

А.З. ЗАХАРДИНОВА

младший научный сотрудник Института законодательства РК

ИНФОРМАЦИОННОЕ СООБЩЕНИЕ

О МЕЖДУНАРОДНОМ КРУГЛОМ СТОЛЕ НА ТЕМУ:

«КОНСТИТУЦИЯ – ОСНОВА СТАБИЛЬНОСТИ И ПРОЦВЕТЕНИЯ КАЗАХСТАНА»

г. АСТАНА, 1 НОЯБРЯ 2007 ГОДА

21 мая 2007 года внесены поправки в действующую Конституцию Республики Казахстан, направленные на дальнейшую демократизацию политической системы страны (расширение субъектов права законодательной инициативы, участие Президента в деятельности политической партии, реформирование избирательной системы, укрепление роли политических партий, усиление независимости и эффективности судебной системы, роли Высшего Судебного Совета и так далее).

В целях выработки научно-обоснованных предложений по реализации конституционных поправок Институт законодательства подготовил научный комментарий к Закону Республики Казахстан от 21 мая 2007 года № 254-III «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан».

Для всестороннего обсуждения указанных вопросов Министерством юстиции Республики Казахстан совместно с Институтом законодательства Республики Казахстан 1 ноября 2007 года был организован международный круглый стол на тему: «Конституция – основа стабильности и процветания Казахстана».

В работе круглого стола приняли участие представители государственных органов, ведущие ученые Республики Казахстан, Российской Федерации, Германии.

Заседание круглого стола открыл директор Института законодательства Республики Казахстан, кандидат юридических наук, доцент **Скрябин Сергей Васильевич**. Он отметил, что целью круглого стола является обсуждение конституционных изменений, произошедших в мае нынешнего года, их анализ, а также выработка предложений по дальнейшей реализации потенциала норм Конституции.

Институтом законодательства Республики Казахстан ведется активная работа, направлен-

ная на приведение действующего законодательства в соответствии с Конституцией. Например, был подготовлен проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения меры пресечения в виде ареста». Ведется работа по подготовке ряда законопроектов, как: Проект Конституционного закона «О внесении изменений и дополнений в Конституционный закон Республики Казахстан «О Конституционном Совете Республики Казахстан»; Проект Конституционного закона «О внесении изменений и дополнений в Конституционный закон Республики Казахстан «О республиканском референдуме»; Проект Конституционного закона «О внесении изменений и дополнений в Конституционный закон Республики Казахстан «О государственных символах» и т.д.

Кроме того, Институтом был подготовлен и выпущен комментарий к Закону Республики Казахстан от 21 мая 2007 года «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» на государственном и русском языках.

Проведение международного круглого стола, по мнению докладчика, станет шагом, подводящим итоги работы всех государственных органов, ученых-правоведов по выработке новых предложений, проходящей конституционной реформы в Республике Казахстан.

Главный научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, член рабочей группы по разработке проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан», академик, доктор юридических наук, профессор **Сапаргалиев Гайрат Сапаргалиевич** выступил с докладом, посвященным модернизации Конституции Республики Казахстан. Он отметил, что концепция двух-

палатной структуры Парламента Республики Казахстан выдержала исторический экзамен. Поэтому Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституцию» от 21 мая 2007 г. не только сохранил структуру этого государственного органа, но и расширил полномочия Парламента и его Палат – Сената и Мажилиса.

Положительным, по мнению докладчика, следует признать введение таких новелл, как назначение Президентом не семи, а пятнадцати депутатов Сената с учетом необходимости обеспечения представительства в Сенате национально-культурных и иных значимых интересов общества, увеличение числа депутатов Мажилиса Парламента РК до 107, из которых девять депутатов Мажилиса избирается Ассамблеей народа Казахстана. Закон установил новый порядок утверждения республиканского бюджета. Согласно введенной новелле Парламент в раздельном заседании Палат путем последовательного рассмотрения вопросов вначале в Мажилисе, а затем в Сенате утверждает республиканский бюджет, вносит в него изменения и дополнения. По мнению докладчика, установлена логическая последовательность: вначале утверждается республиканский бюджет, во время утверждения вносятся изменения и дополнения, а затем заслушивается отчет об его исполнении.

Член Конституционного Совета Республики Казахстан доктор юридических наук, профессор **Малиновский Виктор Александрович** в своем выступлении на тему: «Изменения Конституции Республики Казахстан и совершенствование казахстанской формы правления» отметил, что в настоящее время необходимо создать эффективную партийную систему, обеспечить соответствующую ей избирательную систему, что позволит всерьез в дальнейшем заниматься парламентаризмом при соответствующей корректировке отдельных элементов «президентской формы правления» и кардинальных изменениях системы сдержек и противовесов.

Докладчик особо подчеркнул о важности взвешенного, содержательного и профессионального обсуждения различных аспектов конституционного развития страны, корректировок основного закона.

Главный научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, профессор Университета «Туран», профессор, доктор юридических наук **Жанузакова Лейла Тельмановна** выступила с докладом на тему: «Проблемы совершенствования законодательства о местном государственном управлении и местном самоуправлении в условиях конституционной реформы».

Она отметила, что изменения и дополнения, внесенные в Конституцию Республики Казахстан 21 мая 2007 г., внесли существенные коррективы в систему государственного механизма на всех этажах власти. Не обошли эти процессы и уровень местной власти.

Вместе с тем конституционная реформа поставила перед законодателем ряд вопросов, которые остаются открытыми и которые необходимо решить путем скорейшего принятия нового законодательства о местном управлении.

Закон Республики Казахстан «О местном государственном управлении в Республике Казахстан» от 23 января 2001 г., в ряде положений противоречит действующей Конституции. Даже его название уже не стыкуется с конституционными нормами, поскольку маслихаты (по крайней мере, в районах и городах) потеряли статус представительных органов местного государственного управления, а признаны в качестве структур местного самоуправления. Внесенные поправки так и не определили уровни территориального управления, на которых признается местное самоуправление. Существенным вопросом, который надо решить законодательно, является статус местных исполнительных органов. По ее мнению, нуждается в существенном пересмотре и Закон Республики Казахстан «Об административно-территориальном устройстве Республики Казахстан», принятый еще 8 декабря 1993 г. Многие его положения устарели с позиций сегодняшнего дня.

Профессор кафедры конституционного и международного права Университета им. Д.А. Кунаева, кандидат юридических наук **Айтхожин Кабдулсамих Кошекovich** в докладе на тему: «Конституция Республики Казахстан: стабильность и динамизм» подчеркнул, что Конституция Республики является нормативным правовым актом долговременного действия, положения которого имеют устойчивый характер. Стабильность Конституции, по мнению докладчика, прежде всего, вытекает из ее особой роли как центрального стабилизирующего ядра действующего права страны.

Только Конституция, адекватная динамичным процессам общественного развития, способна обеспечить стабильность в государстве и обществе, необходимую для успеха демократических преобразований. В этой связи основной задачей нашей страны, находящейся в условиях первоначального посттранзитного периода своего развития, является постоянное приведение Основного закона в соответствие с демократическими вызовами, перед которыми стоит казахстанское общество.

Председатель Комитета по экономической и региональной политике Сената Парламента Республики Казахстан **Джолдасбаева Нурлыгайым Чалдановна** выступила с докладом на тему: «Основопологающие принципы Конституции Республики Казахстан». По ее мнению, в нашем государстве создан адекватный механизм реализации прав и свобод человека и гражданина, обеспечивающий в целом стабильное развитие гражданского общества. Государство предвзряет в жизнь основопологающие конституционные принципы посредством работы комиссии по правам человека при Президенте, Уполномоченного по правам человека, комитета по правам ребенка при Министерстве образования, а также комиссии по делам семьи и гендерной политики при Президенте.

Главный научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор, академик АЕН РК **Когамов Марат Чекишулы** в своем докладе на тему: «Предварительное следствие в контексте конституционных преобразований» обратил внимание на проблемы современного предварительного следствия и необходимость выработки новой модели правового регулирования системы правоохранительных органов, взаимодействия органов предварительного следствия с органами прокуратуры в условиях наделения суда правом санкционирования ареста. Исключение статьи 84 Конституции свидетельствует о необходимости институционального реформирования системы правосудия и предварительного следствия.

По мнению докладчика, 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 докладчиком предложено оставить также право преимущественного расследования уголовных дел из числа уголовных дел, подследственных другим органам расследования.

Первый заместитель Генерального Прокурора Республики Казахстан, кандидат юридических наук **Бахтыбаев Ильяс Жакипбекович** в своем докладе на тему «Обеспечение законности и некоторые приоритеты государственной правовой политики в свете конституционных преобразований» обратил внимание на необходимость разработки проекта Государственной программы правовой политики (2008-2018 г.г.). Он полага-

ет неверным отстранение прокурора от участия в санкционировании ареста и считает возможным проведение прокуратурой уголовного преследования, но по строго ограниченным видам преступлений. В частности по преступлениям, совершаемым правоохранительными органами. Также им было предложено наделить Генерального прокурора правом законодательной инициативы и обращением в Конституционный Совет.

Заместитель директора Института законодательства Республики Казахстан, кандидат юридических наук **Нугманова Эльмира Абдыковна** выступила с докладом на тему: «Проблемы совершенствования судебной власти в контексте конституционных преобразований», в котором подчеркнула о необходимости в пересмотре всей судебной системы и определения содержания понятия «других судов», а также разграничении между ними подсудности и порядка обжалования решений таких судов. При этом докладчиком предложено исключение такой категории судов как приравненные суды, что потребует корректировки ряда постановлений Конституционного Совета Республики Казахстан.

Доктор права, профессор из Германии **Рольф Книппер** в своем докладе на тему: «Принцип прямого действия Конституции и его реализация» на основе сравнительно-правового анализа Конституции Республики Казахстан и Конституции Германии отметил о сходстве основопологающих идей, положенных в основу Конституций двух стран.

По мнению докладчика, реализация конституционных принципов служит не только реализации гуманистических идеалов, но может быть рассмотрена с точки зрения функциональности: конституционные государства отличаются более высокой политической стабильностью и в долгосрочной перспективе - более высокой культурной динамикой.

Ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, кандидат юридических наук, доцент **Идрышева Сара Кимадиевна** в своем докладе на тему: «Проблемы совершенствования гражданского законодательства в свете требований Конституции Республики Казахстан и законодательства о языках» отметила, что в настоящее время сфере совершенствования языка законодательных актов наблюдается период стагнации, оказывающий негативное информационное воздействие на правосознание и правопонимание всего общества, снижающий степень эффективности законодательства.

Ею были рассмотрены тексты некоторых законодательных актов Республики Казахстан, регулирующих гражданские правоотношения в их ре-

дакции на казахском языке, и названы недостатки в терминологии. Резюмируя, докладчик предложил выработать единую юридическую терминологию на государственном языке, что обеспечит аутентичность текстов нормативных правовых актов.

Ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, кандидат юридических наук, доцент **Сафарова Тамарахан Сериковна** выступила с докладом на тему: «Конституционные поправки об общественных объединениях: сравнительно-правовой аспект». Она отметила, что назревшая необходимость постепенного ослабления курса «дистанцирования» и отдаления государства и общественных организаций друг от друга повлекла изменения в действующую Конституцию.

Внесенные поправки в пункт 1 статьи 5 Конституции, по мнению докладчика, создали условия для привлечения общественных организаций к законотворческим, правоприменительным, правоохранительным и иным государственным делам.

Начальник отдела праворазъяснительной работы Комитета по организации правовой помощи и оказанию юридических услуг населению **Оразбай Айсулу Аминовна** выступила с докладом на тему: «О некоторых вопросах прав человека в свете законодательных реформ». Она отметила, что Закон «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» является

закономерным продолжением последовательной политики Президента и Правительства нашей страны, направленной на развитие гражданского общества и становление правового государства.

Конституционные реформы, проводимые государством, расширяют как права граждан, так и их ответственность, что, по мнению докладчика, должно привести к росту правосознания граждан Казахстана, дальнейшему формированию его гражданского общества.

В результате обсуждения конституционных реформ участники круглого стола приняли решение:

1. Выработать научно обоснованные механизмы реализации конституционных новелл в действующее законодательство, предусмотрев их в проекте Государственной программы правовой политики Республики Казахстан (2008-2018 г.г.).

2. Государственным органам, научным организациям продолжить работу по реализации потенциала Конституции Республики Казахстан.

3. Государственным органам, научным организациям продолжить работу по правовой пропаганде норм Конституции Республики Казахстан и повышению правовой культуры.

4. Государственным органам активнее осуществлять реализацию «Государственной программы функционирования и развития языков на 2001-2010 годы» в части ведения делопроизводства и законотворческого процесса на государственном языке.

* * * * *

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Молдабаев С.С. Судебный документ: теория и практика: учебно-практическое пособие – Астана: Институт законодательства МЮ РК, 2002. – 224 с.

Данное учебно-практическое пособие представляет собой систематизированное изложение основных понятий судебных документов по уголовному судопроизводству. Подготовлен на основе Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, введенного в действие с 1 января 1998 года с внесенными изменениями и дополнениями по состоянию законодательства на 1 августа 2001 года.

Публикуемые в пособии примерные варианты судебных документов преследует цель помочь судьям, секретарям судебных заседаний и другим работникам суда правильно составлять судебные документы. Необходимо учесть, что приводимые образцы судебных документов являются примерными, не охватывают все встречающиеся в судебной практике случаи и не учитывают специфику всех рассматриваемых дел.

Для судей, секретарей судебных заседаний, преподавателей и студентов юридических вузов, а также широкого круга читателей.

Г.Н. КАНБАЕВА

библиотекарь Института законодательства РК

НОВЫЕ ПОСТУПЛЕНИЯ В БИБЛИОТЕКУ ИНСТИТУТА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

1. Судебная практика по наследственным спорам. Книга 2 / Сост. П.В. Крашенинников.- М.: Статут, 2004.- 301 с.

В настоящем сборнике представлены материалы судебной практики по наследственным спорам (постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, Определение Конституционного Суда Российской Федерации. Обзоры практики Верховного Суда Российской Федерации, а также некоторых судов субъектов Российской Федерации, судебные решения по конкретным делам Верховного Суда Российской Федерации, судов субъектов Российской Федерации, федеральных арбитражных судов округов, возникающим из наследственных правоотношений).

Использованные материалы приведены начиная с 1 января 1995 г.

Издание будет полезно для судей, лиц, участвующих в судебных спорах, юристов-практиков, студентов и преподавателей юридических вузов, а также всех тех, кто защищает свои наследственные права.

2. Слепакова А. В. Правоотношения собственности супругов.- М.: Статут, 2005.- 444 с.

В монографии рассматриваются различные аспекты правового регулирования отношений по поводу принадлежащего супругам имущества, в том числе отнесения различных объектов к общему и раздельному имуществу супругов, содержание и действие брачного договора, ответственность супругов по обязательствам. Специальные главы посвящены международному частному праву и фактическим брачным отношениям. Проводится сравнительный анализ российского законодательства и законодательства стран Европы, США, Канады, Латинской Америки, Африки и мусульманских стран. Дается обширный исторический материал, как по отечественному праву, начиная со времен Киевской Руси, так и по праву стран Западной Европы, начиная с римского права. Излагаются научные дискуссии, существующие на сегодняшний день в правовой науке. Использовано много новой, неизвестной русскоязыч-

ному читателю литературы, изданной на немецком языке. Даются рекомендации по толкованию и практическому применению норм действующего гражданского и семейного законодательства Российской Федерации.

Монография предназначена для студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов, для научных работников, а также для практических работников в сфере брачно-семейных споров.

3. Лебедев В. М. Современное трудовое право(Опыт трудового компаративизма).- М.: Статут, 2007.- 301 с.

В монографии с учетом трудового права Соединенных Штатов Америки, Великобритании, Германии и других стран рассматриваются вопросы теории трудового права России, анализируются современное трудовое законодательство, практика его применения.

Работа рассчитана на преподавателей, аспирантов, студентов, практических работников, интересующихся теорией трудового права и практикой его применения.

4. Муранов А.И Российское валютное право: регулирование статуса и деятельности адвокатов.- М.: Статут, 2006.- 536 с.

В работе впервые в отечественной литературе всесторонне анализируются правовые вопросы статуса и деятельности российских и иностранных адвокатов в свете отечественного валютного регулирования и практики российских судов. Указанные вопросы рассматриваются в ней de lege lata, de ferenda, равно как и в исторической ретроспективе. Особое внимание уделяется тем проблемам, которые возникали и возникают у российских адвокатских образований из-за непонимания банками тех особенностей национального валютного регулирования применительно к таким образованиям, которые обуславливаются спецификой статуса и деятельности адвокатов.

Книга адресована, прежде всего, адвокатам и сотрудникам банков. Ее содержание может представлять интерес также для правоведов, участников международного гражданского и торгового оборота, судей, преподавателей, аспирантов и

студентов. Она может быть использована в правоприменительной практике для совершенствования нормативного регулирования, а также в качестве учебного пособия при изучении спецкурсов в высших учебных заведениях.

5. Поворинский А. Ф. Систематический указатель русской литературы по гражданскому праву, 1758- 1904гг./ Исслед. центр частного права: Научн.ред. О.Ю. Шиловост.- М.: Статут, 2001.- 503 с.

Указатель, включающий сведения о более чем 24.500 книгах, брошюрах, журнальных и газетных публикациях по гражданскому праву, напечатанных в России на русском языке с середины XVIII до начала XX в., переиздается впервые после 1904 г. Издание представляет интерес не только с исторической, но и с практической точки зрения, так как многие проблемы и коллизии, обсуждавшиеся в старой русской литературе, не утратили своей актуальности и в современном гражданском праве. Указатель, построенный по дореволюционной системе права, содержит сведения о литературе практически по всем разделам современной цивилистики.

Книга будет полезна для практикующих юристов и научных работников, студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов и факультетов, всех, кто интересуется историей становления и развития отечественного гражданского права.

6. Сасов К. А. Споры о конституционности налоговых законов: полномочия Конституционного Суда Российской Федерации / Под ред. М.Ф. Ивлиевой.- М.:Статут, 2006.- 206 с.

В книге анализируются правовая природа Конституционного Суда Российской Федерации и его решений: проблемы, возникающие в процессе реализации его полномочий: причины возникновения проблем конституционного правосудия в России и пути их решения на законодательном уровне. Рассуждения и выводы автора снабжены иллюстративным материалом, состоящим в основном из решений Конституционного Суда РФ по налоговым спорам.

Книга предназначена для широкого круга лиц юридического сообщества: налогоплательщиков, работников налоговых органов, судей, научных сотрудников. Она может быть полезна для студентов, аспирантов и граждан, интересующихся процессом становления демократических правовых институтов в современной России.

7. Шепенко Р.А. Налоговое право: конституционные нормы.- М.: Статут, 2006.- 303 с.

В настоящей работе на основе нормативного и доктринального материала, с учетом исторического развития и правоприменительной практики, анализируются и систематизируются положения конституций о налогообложении.

Представляет интерес для преподавателей и студентов юридических и экономических факультетов высших учебных заведений, а также всех тех, кто интересуется налоговым и конституционным правом.

8. Франчози Дж. Институционный курс римского права/ Пер. с итальянского:Отв. ред. Л.Л. Кофанов.- М.: Статут, 2004.- 428 с.

Данный учебник римского частного права написан одним из известнейших современных итальянских юристов, крупным специалистом по римскому семейному праву. Несмотря на сравнительно небольшой объем, учебник содержит большое количество цитат из основных римских правовых источников: Законов XII таблиц, Институций и Кодекса Юстиниана, произведений античных историков и т.д. Учебник создан с учетом новейших западных научных разработок в области римского права, поэтому он позволяет обучать студентов римскому праву на современном уровне знаний по этой дисциплине. Благодаря значительному научному аппарату отсылок учебник представляет интерес и для преподавателей римского частного права.

Учебник предназначен для студентов юридических вузов, юристов, историков, а также для всех тех, кто интересуется римским правом.

9. Шепенко Р. А. Налоговое право Китая: источники и субъекты.- М.: Статут, 2004.- 414 с.

В настоящей работе раскрываются и систематизируются правовые основы налогообложения, определяются и анализируются права и обязанности участников налоговых правоотношений в Китайской Народной Республике, особых административных районах Гонконг и Макао, а также в Китайской Республике (Тайвань).

Представляет интерес для студентов и преподавателей юридических и экономических факультетов высших учебных заведений, предпринимателей, а также всех тех, кто интересуется налоговым правом зарубежных стран и территорий.

10. Щекин Д.М. Судебная практика по налоговым спорам. 2003 – 2004 гг.- М.: Статут, 2005.- 589 с.

В настоящем издании приводятся материалы судебной практики по налоговым спорам. Содержание каждого судебного акта дано кратко, в виде аннотации с изложением основного вывода, к которому пришел суд при разрешении дела. В сборник включены аннотации всех судебных актов по вопросам налогообложения высших судебных инстанций России (КС РФ, ВС РФ и ВАС РФ), которые были обнародованы в 2003 – 2004 гг., а также аннотации наиболее интересных судебных актов по налоговым спорам всех 10 федеральных арбитражных судов России, которые стали доступны в 2003 – 2004 гг.

В сборнике можно найти судебную практику по очень многим проблемам налогообложения, в том числе и по вопросам применения части второй НК РФ.

Сборник может быть использован для изучения налогового законодательства в его реальном судебном применении и толковании, для налогового консультирования, для подготовки к судебным спорам по вопросам налогообложения, для планирования хозяйственной деятельности с целью устранения налоговых рисков. Настоящий сборник позволит налогоплательщикам решить многие спорные вопросы, выявив имеющиеся переплаты или налоговые ошибки.

Рекомендуется финансовым работникам и юристам предприятий, судьям, работникам налоговых органов, а также студентам, изучающим налоговое право.

11. Практическое пособие по НДС.- М.: Статут, 2006.- 416 с.

Цель издания этой книги – подробно и в то же время максимально просто и понятно разъяснить особенности налогообложения НДС и связанные с ними вопросы бухгалтерского учета.

В книге вы найдете конкретные рекомендации и советы, как в той или иной ситуации правильно исчислить налог, какие документы при этом оформить, как отразить это в бухгалтерском и налоговом учете. Все рекомендации и советы сопровождаются большим количеством примеров из практики, в которых вы найдете расчет налога для каждого конкретного случая и бухгалтерские проводки, пошаговые инструкции, образцы заполнения счетов – фактур, претензии, искового заявления, первичных документов, необходимых для исчисления НДС, а также многое другое.

Помимо общих вопросов, касающихся построения налога и основанных на Налоговом кодексе РФ, в издании рассмотрено множество практических ситуаций. Вы узнаете, как и когда начислить и перечислить в бюджет НДС при экспорте товара, при получении аванса, при выполнении строительно – монтажных работ для собственного потребления, при возникновении суммовых разниц и т.д.

Книга подготовлена с учетом поправок в Налоговый кодекс РФ, вступающих в силу с 01.01.2007 г. (Федеральные законы от 22.07.2005 г. № 119 – ФЗ, от 27. 07. 2006 № 137 – ФЗ).

12. Сарбаш С. В. Исполнение взаимных обязательств.- М.: Статут, 2004.- 96 с.

Данная работа посвящена проблемам правового регулирования встречного исполнения обязательств (статья 328 ГК РФ), а также одновременному исполнению обязательств. В ней подробно рассматриваются понятие встречного исполнения и правовые проблемы одновременного исполнения обязательств: анализируется правовая природа отказа от исполнения и приостановления исполнения по обязательствам, форма такого отказа: определяется сфера действия положений о встречном исполнении обязательств и последствия применения правил о встречном исполнении и т. д.

Большое внимание уделено как практическим, так и теоретическим вопросам, связанным с использованием конструкции встречного исполнения обязательств, ее роли в защите интересов сторон: широко освещен иностранный и международный опыт регулирования отношений по приостановлению встречного исполнения.

Работа написана на основании изучения и обобщения правоприменительной практики арбитражных судов Российской Федерации.

Издание предназначено для практикующих юристов, судей, адвокатов, студентов и аспирантов юридических вузов.

13. Сарбаш С. В. Исполнение договорного обязательства.- М.: Статут, 2005.- 636 с.

Данная книга посвящена общим вопросам исполнения договорного обязательства, охватывает как доктринальный анализ основных проблем и правил исполнения, так и комментарий соответствующих законодательных положений, регулирующих существо исполнения, время и место исполнения, его субъектов (множественность, лиц, исполнение третьему лицу, исполнение надлежа-

щему лицу), отдельных аспектов исполнения (частичное исполнение, очередность, зачисление в счет разных долгов, депозиция и др.). В книге проводится сравнение действующего регулирования с позиций исторического анализа его развития и сравнение с некоторыми иностранными правовыми порядками, учитываются современные тенденции международных и, в частности, европейских подходов договорного права. На этой основе отыскиваются решения для тех теоретических и практических вопросов, которые являются спорными или вовсе неосвещенными в юридической литературе и практике. Проблемы исполнения договорных обязательств выявляются на основе анализа и обобщения судебной практики (в основном практики арбитражных судов), а также научных и практических работ по цивилистике.

14. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т.2.- М.: Статут, 2005.- 462 с. (Классика российской цивилистики).

Предлагаемый вниманию читателя т.2 «Учебника русского гражданского права» Г. Ф. Шершеневича воспроизводится по одиннадцатому, первому посмертному изданию, подготовленному к печати по поручению юридического факультета Императорского Московского университета приват-доцентом В. А. Краснокутским.

В данном томе изложен материал, касающийся общей части обязательственного права и отдельных видов обязательств, как договорных, так и внедоговорных, основанных на гражданском правонарушении или на незаконном обогащении. Во втором томе получило отражение семейное право, понимаемое автором как составная часть российского гражданского права. В последней части тома изложены вопросы наследственного права.

15. Моргунов С. В. Виндикация в гражданском праве. Теория. Проблемы. Практика.- М.: Статут, 2006.- 301 с.

Книга посвящена исследованию виндикации в гражданском праве. В работе на основе анализа положений гражданско-правовой доктрины, а также отечественного и зарубежного законодательства рассматриваются вопросы сущности виндикации как способа защиты права собственности, а также проблемы виндикации, которые проявились в правоприменительной практике после введения в действие Гражданского кодекса Российской Федерации. Параллельно освещаются некоторые сопутствующие исследуемой тематике

вопросы соотношения виндикации с другими способами защиты гражданских прав, направленными на получение имущества в натуре (возмещение ущерба, реституция, кондикция, иски из договорных отношений), содержатся аргументированные предложения по совершенствованию действующего гражданского законодательства.

Книга адресована научным работникам, преподавателям, аспирантам и студентам юридических вузов и факультетов, практикующим юристам, а также всем читателям, интересующимся вопросами гражданского права.

16. Судебная практика по семейным спорам. Книга 1 / Сост. П. В. Крашенинников.- М.: Статут, 2004.- 430 с.

В настоящем сборнике представлены материалы судебной практики по семейным спорам (постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, определения Конституционного Суда Российской Федерации, обзоры практики Верховного Суда Российской Федерации, а также некоторых судов субъектов Российской Федерации, судебные решения по конкретным делам Верховного Суда Российской Федерации и судов субъектов Российской Федерации), возникающим из семейных правоотношений.

При составлении сборника использовались лишь те материалы, которые основаны на Семейном кодексе Российской Федерации и законодательстве, принятом после 1 марта 1996 г. (вступления в силу Семейного кодекса Российской Федерации).

Издание будет полезно для судей, лиц, участвующих в судебных спорах, юристов-практиков, студентов и преподавателей юридических вузов, а также всех тех, кто защищает свои семейные права.

17. Павлович Я. А. Независимые документарные обязательства: науч.-практич. изд.- М.: Волтерс Клувер, 2006.- 160 с.

Книга посвящена исследованию обязательств по банковской гарантии и документарному аккредитиву. Автором сформулированы общее понятие «независимые документарные обязательства», в равной степени применимое и к банковской гарантии, и к документарному аккредитиву, общие подходы к определению юридической природы правоотношений сторон в связи с выставлением банковской гарантии и документарного аккредитива, а также предложения практического характера.

В книге приведен анализ арбитражной практики и практики третейских судов по рассмотрению споров, связанных с использованием банковской гарантии и документарного аккредитива.

Издание рассчитано на научных работников, практикующих юристов, преподавателей юридических вузов, студентов, аспирантов.

18. Новоселова Л. А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг.- М.: Статут, 2004.- 494 с.

Данная книга посвящена проблемам правового регулирования сделок уступки права (требования) в российском гражданском праве. В работе подробно рассматриваются понятие сделки уступки права (требования), ее роль в хозяйственной практике, соотношение с другими договорными конструкциями, правовое положение должника, права и обязанности cedent и cessionary и т. д.

Больше внимание уделено коммерческой практике, связанной с оборотом прав требований, в том числе в рамках договоров финансирования (факторинга): широко освещен опыт международно-правового регулирования торговых отношений по передаче прав по денежным обязательствам.

Книга написана на основании изучения и обобщения правоприменительной практики судов общей юрисдикции и арбитражных судов Российской Федерации.

Издание предназначено для практикующих юристов, судей, адвокатов, студентов и аспирантов юридических вузов.

19. Новицкий И. Б. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т.2.- М.:Статут, 2006.- 413 с.

В настоящем томе «Классики российской цивилистики» представлены избранные труды одного из крупнейших российских цивилистов XX в. профессора И. Б. Новицкого. Основной областью его научных интересов были общие проблемы обязательственного права, а главным исследованием в этой области – публикуемая в этом томе первая часть монографии «Общее учение об обязательстве», составившей один из томов «Курса советского гражданского права». Эта книга и в современной литературе остается одним из наиболее авторитетных исследований общих проблем обязательственного права. Впервые публикуемая работа И. Б. Новицкого о безвозмездности в римском праве является одновременно и первым исследованием этой темы в русской литературе.

20. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 /Пер. с англ. А. С. Комарова.- М.: Статут, 2006.- 735 с.

В книге представлен перевод на русский язык 2-го издания (2004 г.). Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА – свода правовых норм, разработанных Международным институтом унификации частного права. Данный документ предназначен прежде всего для использования при заключении и исполнении внешнеторговых контрактов (сделок). Содержит нормы, составляющие общую часть договорного права, включая заключение, толкование, исполнение коммерческих договоров, ответственность за нарушение договорных обязательств, а также положения о полномочиях представителей (агентов) по торговым сделкам, о зачете и уступке требований, переводе долга, передаче обязательств, об исковой давности.

Нормы, входящие в Принципы, отражают правовые концепции и подходы, характерные для большинства современных национальных правовых систем, и наиболее адекватно учитывают потребности регулирования международных коммерческих сделок. Все правовые нормы сопровождаются подробными комментариями и иллюстрируются примерами.

Книга может быть использована в практической работе широким кругом специалистов в области внешнеэкономической деятельности (юристами, экономистами, финансистами и т.п.), в учебном процессе по подготовке специалистов в сфере международной торговли и правового регулирования внешней торговли, а также для изучения зарубежного торгового права.

21. Шумилов В. М. Международное финансовое право: учебник.- М.: Международ. отношения, 2005.- 432 с.

Учебник представляет собой полноформатный курс современного международного финансового права (МФП). В нем впервые в российской правовой литературе дана развернутая концепция МФП в условиях глобализации.

Рассмотрены все основные темы курса: понятие и компоненты международной финансовой системы; источники, система МФП; международные финансовые организации; вопросы правового регулирования международных расчетных, валютных, кредитных операций; международное долговое право; право международной финансовой помощи; международно-правовые вопросы борьбы с отмыванием «грязных денег».

Один из разделов учебника посвящен правовым аспектам места и роли России в международной финансовой системе. В приложениях приведена программа курса.

Рекомендуется для студентов, слушателей всех форм обучения юридических, политологических и экономических факультетов, для преподавателей вузов России и СНГ, специалистов—практиков, научных работников, должностных лиц государственного аппарата, депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации, а также всех, кто интересуется финансовой и экономической проблематикой.

22. Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 – 2002 гг. / Сост. М. Г. Розенберг.- М.: Статут, 2004.- 494 с.

В книге приведено значительное число решений, вынесенных Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате РФ (МКАС при ТПП РФ) в 2001–2002 гг. по спорам, возникшим из договорных и иных гражданско-правовых отношений при осуществлении внешнеторговых и других видов международных экономических связей.

Книга предназначена для практикующих юристов, судей государственных и третейских судов, предпринимателей, занимающихся внешнеэкономической деятельностью, а также для преподавателей и студентов высших учебных заведений по курсам «Международное частное право», «Гражданское право», «Предпринимательское право», «Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности».

23. Практика международного коммерческого арбитражного суда при РФ за 2003 г. / Сост. М. Г. Розенберг.- М.: Статут, 2004.- 269 с.

В книге приведено значительное число решений, вынесенных международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате РФ (МКАС при ТПП РФ) в 2003 г. по спорам, возникающим из договорных и иных гражданско-правовых отношений при осуществлении внешнеторговых и других видов международных экономических связей.

Книга предназначена для практикующих юристов, судей государственных и третейских судов, предпринимателей, занимающихся внешнеэкономической деятельностью, а также для преподавателей и студентов высших учебных заведений по курсам «Международное частное право»,

«Гражданское право», «Предпринимательское право», «Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности».

24. Видные ученые-юристы России (Вторая половина XXвека). Энциклопедический словарь биографий / Под ред. докт. юрид. наук В. М. Сырых.- М.: РАП, 2006.- 548 с.

Энциклопедический словарь содержит биографии ученых-юристов России. В значительной части словарных статей помимо биографических сведений об ученых даются краткая характеристика их научных интересов, а также обобщенная оценка положений, выводов, которые ученые развивали и обосновывали в своих работах.

Адресуется широкому кругу читателей, будет наиболее полезен ученым, аспирантам, студентам, практическим работникам, всем, кто интересуется проблемами истории российской правовой науки.

25. Зимненко Б.Л. О применении норм международного права судами общей юрисдикции: Справочное пособие.- М.: Статут, 2006.- 539 с.

Настоящее справочное пособие подготовлено по материалам постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. №5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». Структура и содержание пособия ориентированы, прежде всего, на разъяснение, уточнение и дополнение вопросов, которые нашли отражение в постановлении. Данное пособие является инструментарием для надлежащего применения норм международного права как судами общей юрисдикции, так и арбитражными судами Российской Федерации.

Рекомендуется судьям судов общей юрисдикции, арбитражных судов Российской Федерации, преподавателям, аспирантам юридических вузов, может быть полезно должностным лицам органов государственной власти, местного самоуправления.

26. Кодекс образования Франции. Законодательная часть.- М.: Статут, 2003.- 270 с.

Представленная в этом издании законодательная часть Кодекса образования Франции объединяет совокупность действующих во Франции в этой области законов в структурированной и систематизированной форме. Она заменяет собой

предшествовавшие законы об образовании, упраздняемые президентским ордонансом, который вводит в действие настоящий Кодекс. В качестве источника для перевода использован текст Кодекса в Приложении к ордонансу № 2000 – 549 от 15 июня 2000 г.

27. Право и международные экономические отношения: Сборник статей / Отв. ред. Н.Г. Доронина.- М.: Юрист, 2005.- 207 с.

В представленный сборник вошли статьи, подготовленные участниками круглого стола, организованного Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ в конце 2004 г. Сборник «Право и международные экономические отношения» затрагивает важные вопросы внешнеэкономической деятельности, в которой участвуют субъекты гражданского права и которые лежат в сфере международного частного права.

Государство как субъект международного экономического права берет на себя по международному договору обязательство защищать интересы частных лиц. О том, как это делается в конкретных правоотношениях, можно узнать, прочитав статьи, вошедшие в сборник.

Сборник рассчитан на широкий круг лиц, получающих юридическое образование, а также юристов и специалистов в области внешнеэкономической деятельности.

28. Муранов А. И. Международный договор и взаимность как основания приведения в исполнение в России иностранных судебных решений.- М.: Статут, 2003.- 192 с.

В работе проводится комплексный критический анализ соотношения в российском праве принципа необходимости в наличии международного договора для приведения в исполнение иностранных судебных решений с правилом о возможности приведения таких решений в исполнение только на условиях взаимности. Автором с политико-правовых позиций обосновывается вывод о допустимости приведения в России данных решений в исполнение именно на условиях взаимности. Им также рассматривается правило взаимности и показываются его недостатки.

В работе большое внимание уделяется судебной практике российских судов по данному вопросу, а также истории этого вопроса, уходящего корнями еще в XIX век.

Книга предназначена для юристов, участников международного гражданского и торгового

оборота, судей, преподавателей, аспирантов и студентов. Она может быть использована в правоприменительной практике, для совершенствования нормативного регулирования, а также в качестве учебного пособия при изучении спецкурсов по международному гражданскому процессу в высших учебных заведениях.

29. Ағыбаев А.Н. Қылмыстық құқық. Жалпы бөлім. Оқулық.- Алматы: Жеті жарғы, 2007.- 360 б.

Оқулықта қылмыстық құқықтың жалпы мәселелеріне, оның принциптеріне, қылмыс пен жаза туралы ұғымдарға ғылыми анықтама берілген. Жазаға тарту мен одан босату, қылмысты анықтау мен одан арылу практикасы баяндалады. Қылмыс жасаушыларды мәжбүрлеп емдеу, жасөспірімдерді тәрбиелеу шаралары сөз болады.

Оқулық жоғары заң оқу орындары мен факультеттерінің студенттеріне арналған.

30. Худяков А.И., Бродский Г.М. Теория налогообложения: Учебное пособие.- Алматы: Норма – К, 2002.- 392 с.

В настоящей работе рассматриваются понятие налога, его признаки, элементы и функции, раскрывается содержание налогообложения, налоговой деятельности и налоговой политики государства, дается анализ установления налогов, освещаются экономические и правовые основы налогообложения, дан очерк развития налоговой науки.

Работа является первым исследованием теории налогообложения в ее систематизированном и комплексном виде. Значительное количество вопросов рассмотрено впервые, дается новая теоретическая оценка многим явлениям, категориям и кардинальным проблемам налогообложения.

Работа предназначена для студентов, аспирантов и преподавателей экономических и юридических учебных заведений, работников налоговых органов, работников представительных и исполнительных органов государственной власти и всех интересующихся проблемами налогов, налогообложения и налоговой деятельности государства.

31. Жайлин Ғ.А. Қазақстан Республикасының Азаматтық құқығы. Оқулық. Ерекше бөлім. 1,2 том. – Алматы: Заң әдебиеті, 2006.- 351 б.

Оқулықтың 1,2 томдарында автор шарттық және шарттық емес міндеттемелік құқықтық

қатынастардың ең маңызды болып келетін тұстарына тоқталады, сонымен бірге азаматтық құқық курсының мазмұнын ашуға қойылатын барлық қажетті талаптар да орындалған. Оқулықта барлық шарттар күшіндегі азаматтық заңнама қарастыратын түр-түрлерінде көрсетілген. Осы тұрғыда ерекше назар шарттардың әрбір түр-түрлерінің айырмашылықтарын сипаттауға аударылады. Материалды жүйелі қарастырумен қатар белгілі бір дәрежеде теориялық талдау жасауға, азаматтық құқықтың бөлек институттарының ең түйінді мәселелерін анықтауға талпыныс жасалған. Жалпы алғанда екі томда ерекше бөлімнің көптеген сұрақтары қарастырылды. Оқулық заң білімі оқу орындарының студенттеріне, магистранттарына ұсынылады. Оны аспиранттар, тәжірибелік салаларда жұмыс істейтін заңгерлер де пайдалана алады.

32. Өзбекұлы С., Қопабаев Ө. Мемлекет және құқық теориясы: Оқулық.- Алматы: Жеті жарғы, 2006.- 264 б.

Оқулық заң ғылымдарының жеткізген жетістіктерін пайдаланып, жаңа сапа деңгейінде жазылған. Авторлар мемлекет және құқық теориясын жазу барысында дүниежүзілік құқықтық, мемлекеттік мәселелерді Қазақстан Республикасының мемлекеттік-құқықтық дамуын байланыстыра зерттеген. Оқулық жетік тілмен, мағыналы деңгейде жазылған.

Оқулық заң факультетінің студенттеріне, аспиранттарға, дәріс беретін оқытушыларға арналған.

33. Тургумбаев Е.З. Уголовная ответственность за превышение власти или должностных полномочий / Под ред. А. Н. Агыбаева: Монография.- Алматы: Экономикс, 2004.- 228 с.

В монографии на основе материалов судебно-следственной практики РК, сравнительно-правового анализа законодательства РК и зарубежных государств, с учетом достижений теории права исследуются уголовно-правовые проблемы борьбы с превышением власти или должностных полномочий. Сформулирован комплексный системный подход к рассматриваемой проблеме, выработаны предложения и рекомендации, направленные на совершенствование законодательства о борьбе с превышением власти или должностных полномочий и в целом с коррупцией.

Монография представляет интерес для практических работников, студентов, магистрантов, аспирантов, преподавателей юридических вузов.

34. Авакьян С. А. Конституционное право России: Учебный курс. В 2-т. Т. 1.- М.: Юрист, 2006.- 719 с.

Во втором издании данного учебного курса, подготовленного на основе действующей Конституции РФ новейшего федерального законодательства субъектов РФ, освещаются вопросы современного конституционного права России, становление и развитие соответствующих конституционно-правовых институтов, анализируются дискуссионные практические и научные проблемы, связанные с формированием конституционно-правовых основ политического развития России. В нем учтены все изменения действующего законодательства, произошедшие после выхода в свет первого издания курса.

Автор книги – известный российский ученый, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ.

Для студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов, а также всех тех, кто интересуется различными аспектами российского конституционализма.

35. Авакьян С. А. Конституционное право России: Учебный курс. В 2-т. Т. 2.- М.: Юрист, 2006.- 778 с.

Освещаются вопросы современного конституционного права России, становление и развитие соответствующих конституционно-правовых институтов. Книга подготовлена на основе действующей Конституции РФ, новейшего федерального законодательства и законодательства субъектов РФ. При необходимости анализируются дискуссионные практические и научные проблемы, связанные с формированием конституционно-правовых основ политического развития России.

Второе издание данного курса дополнено разделом «Конституционные основы статуса судебной власти и прокуратуры в Российской Федерации». Кроме того, в нем учтены изменения действующего законодательства, произошедшие после выхода в свет первого издания книги.

Автор книги – известный российский ученый, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ.

Для студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов, а также всех тех, кто инте-

ресуется различными аспектами российского конституционализма.

36. Конституционное право России: учебник для студентов вузов / Под ред. А. С. Прудникова, В. И. Авсеевко.- М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2007.- 767 с.

В учебнике подробно рассматриваются вопросы, традиционно относящиеся к предмету науки конституционного права. В частности, в нем нашли отражение такие институты, как конституционные основы гражданского общества, юридические механизмы защиты прав и свобод человека и гражданина, федеративное устройство, система органов государственной власти и местного самоуправления в Российской Федерации и др. При рассмотрении названных институтов использованы как традиционные подходы к их исследованию, так и обращение к общественной практике, обуславливающей действие Конституции Российской Федерации. Большое внимание уделено избирательной системе с учетом изменений, произошедших в избирательном законодательстве.

Для преподавателей, аспирантов, студентов юридических вузов и факультетов, практических работников, а также для всех, кто интересуется проблемами отечественного конституционного права.

37. Таранов А.А. Комментарий к Кодексу Республики Казахстан об административных правонарушениях. В 2-книгах. Книга 1.- Алматы: Норма – К, 2002.- 464 с.

Настоящее издание представляет собой по-статейный комментарий к действующему Кодексу Республики Казахстан об административных правонарушениях с позиции современного состояния действующего административного законодательства.

Подчеркнем, что административное законодательство длительное время не подвергалось кодификации и имеет тенденции к «выходу» за пределы отдельной отрасли. Данные факты не остаются без внимания практиков, преподавателей, аспирантов и студентов, и автор попытался дать этому научное объяснение.

Текст Кодекса приводится по состоянию на 15 марта 2002 года. Комментарий предназначен для работников правоприменительных органов судей, прокуроров, адвокатов, преподавателей, научных работников, аспирантов, магистрантов, студентов.

38. Қазақстан Республикасының қылмыстық құқығы: Ерекше бөлім: Дәрістер баяны.- / Ред. И. Ш. Борчашвили.- Алматы: Норма – К, 2007.- 952 б.

Қылмыстық құқық Ерекше бөлімінің дәрістер қоры Қазақстан Республикасының заң білімін беретін жоғары оқу орындарының қылмыстық құқық бағдарламасы бойынша толық сәйкес дайындалған. Жұмыстың көлемінде Қазақстан Республикасының қылмыстық заңнамаларының 2007 жылдың 1 қаңтарына дейінгі барлық соңғы өзгерістері мен толықтырулары қамтылған. Дәрістер курсы жоғары оқу орындарының студенттеріне, аспиранттарына және оқытушыларға арналған.

39. Уголовное право Республики Казахстан. Особенная часть: Курс лекций. Кн. 1,2./ Под ред. И. Ш. Борчашвили.- Алматы: Жеті жарғы, 2006.- 656 с.

Курс лекций по Особенной части уголовного права подготовлен в полном соответствии с программой по уголовному праву для юридических вузов Республики Казахстан.

Курс лекций предназначен для студентов, аспирантов, преподавателей высших учебных заведений и практических работников.

40. Мұхамеджанұлы Н., Байбатыров С. Қылмыстық істер бойынша сот құжаттары үлгілерінің жинағы: Оқу–практикалық құралы. / Сборник образцов судебных документов по уголовным делам. – Алматы: Жеті жарғы, 2005.- 800 б.

Жинақта қылмыстық істер бойынша сот құжаттарының үлгілері берілген. Құжаттардың үлгілері Қазақстан Республикасының Қылмыстық, Қылмыстық іс жүргізу, Қылмыстық атқару кодекстеріне және Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының тиісті нормативтік қаулыларының талаптарына сәйкес жасалды. Сот қаулыларында баяндалған мән–жайлар шартты түрде беріліп отыр.

Жинақ судьяларға, прокуратура органының, адвокатураның қызметкерлеріне, сондай–ақ заң оқу орындарының оқытушылары мен студенттеріне арналған.

В сборнике представлены образцы судебных документов по уголовным делам, составленные в соответствии с требованиями, предъявляемыми Уголовным, Уголовно–процессуальным, Уголовно–исполнительным кодексами Республики Казахстан и соответствующими нормативными

постановлениями Верховного Суда Республики Казахстан.

Наименования судов, государственных органов в документах действительны фамилии и инициалы судей, лиц, указанных в качестве участников процесса и названия юридических лиц изменены. Обстоятельства дела, изложенные в судебных постановлениях, даются условно.

Для судей, работников органов прокуратуры, адвокатуры и других практических работников, а также для преподавателей, аспирантов, магистрантов и студентов юридических учебных заведений.

41. Мухамеджанов Э. Б. Избирательное право Республики Казахстан: теоретико-правовые вопросы.- Алматы: Жеті жарғы, 2001.- 176 с.

Работа знакомит с историей становления избирательного права в Казахстане, с действующим законодательством о выборах и видах избирательных систем, применяемых в нашей республике.

Адресована преподавателям, аспирантам и студентам, гуманитарных учебных заведений, интересующимся вопросами конституционного права: практическим работникам избирательных комиссий, а также широкому кругу читателей.

42. Правоведение: учебник / О. Н. Булаков, И. В. Зыкова.- М.: Кнорус, 2006.- 336 с.

Учебник написан в соответствии с государственными образовательными стандартами высшего профессионального образования по соответствующим направлениям. В рамках настоящего учебного курса рассматривается широкий спектр подходов к правовому обеспечению экономики. Особое внимание уделяется изучению нормативных правовых актов, подробный анализ которых позволяет определить их значимость для развития всего национального законодательства в Российской Федерации.

В основу учебного курса положены теоретические разработки российских и зарубежных исследователей в области теории государства и права, публично-правовые и частично-правовые начала правовой системы РФ. Учебник охватывает традиционную общую теорию права, а также ведущие отрасли национальной системы права России.

Для студентов неюридических вузов, преподавателей и учащихся старших классов общеобразовательных школ, а также для всех, интересующихся данной проблематикой.

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Теоретические проблемы развития системы законодательства Республики Казахстан: тенденции и перспективы: Сборник материалов международной научно-практической конференции 12 апреля 2007 г. – Астана: ТОО «Институт законодательства РК», 2007 – 366 стр.

Настоящий сборник материалов подготовлен по результатам проведенной Институтом законодательства Республики Казахстан и Министерством юстиции РК международной научно-практической конференции на тему: «Теоретические проблемы развития системы законодательства Республики Казахстан: тенденции и перспективы». Потребность в применении системного подхода к урегулированию общественных отношений и в координации законотворческой работы обуславливают целесообразность и необходимость принятия и реализации отраслевых Концепций развития законодательства.

Участники международной научно-практической конференции обсудили разработанные сотрудниками Института отраслевые Концепции совершенствования законодательства, перспективы развития законодательства и правотворческой деятельности в Республике Казахстан.

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

ТРЕБОВАНИЯ К АВТОРАМ СТАТЕЙ

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 специализированных 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.