ISSN 1994-408X

Қазақстан Республикасы Заңнама институтының

ЖАРШЫСЫ

Bulletin of Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan

ВЕСТНИК

Института законодательства Республики Казахстан

№2 (47)
2017

ҒЫЛЫМИ-ҚҰҚЫҚТЫҚ ЖУРНАЛ • НАУЧНО-ПРАВОВОЙ ЖУРНАЛ • SCIENTIFIC AND LEGAL JOURNAL

EXPO 2017
• Future Energy •
Astana Kazakhstan



Ұлттық заңнамаға халықаралық-құқықтық нормаларын имплементтеу

Имплементация международно-правовых норм в национальное законодательство

National Implementation of International Law

Читайте в номере:

Архивные страницы «Вестника»
Статья академика НАН РК, д.ю.н., профессора Г.С. Сапаргалиева и к.ю.н., доцента А.А. Салимгерея в «Вестнике Института законодательства Республики Казахстан» №4(12)-2008 г. в рубрике «Международное право», С. 92-100.



«Астанадағы ЭКСПО халықаралық көрмесі – жаһандық кеңістікте елімізді танытудың және «Қазақстан» ұлттық брендін ілгерілетудің жаңа белесі. Біз «Болашақтың энергиясы» тақырыбын ұсына отырып, ғылыми прогрестің бел ортасында болуды қалаймыз.

...Бұл жерде «Астана» халықаралық қаржы орталығы жұмыс істейтін болады. «Жасыл» технологиялар мен инвестицияларды дамыту жөніндегі халықаралық орталық құрылады. IT-стартаптардың халықаралық технопаркі ашылады. Осылайша, еліміздің, өңіріміздің және әлемнің игілігі үшін ЭКСПО-дағы «инновацияның тамыр соғысы» жалғасатын болады».

Қазақстан Президенті Н. Назарбаевтың халықаралық «ЭКСПО-2017» мамандандырылған көрмесінің ашылу рәсіміндегі сөйлеген сөзінен, 2017 жылғы 9 маусым

«Международная выставка ЭКСПО в Астане – это новая вершина в продвижении нашей страны и национального бренда «Казахстан» в глобальном пространстве. Заявляя тему «Энергия будущего», мы рассчитываем оказаться в самой сердцевине научного прогресса.

...Здесь развернет свою деятельность Международный финансовый центр «Астана». Будет создан Международный Центр по развитию «зеленых» технологий и инвестиций. Откроется Международный технопарк IT-стартапов. Таким образом, «пульс инноваций» ЭКСПО продолжит свое биение на благо развития страны, региона и мира».

Из выступления Президента Казахстана Н. Назарбаева на церемонии открытия международной специализированной выставки «ЭКСПО-2017», 9 июня 2017 года

«The international exhibition of EXPO in Astana is a new peak in the promotion of our country and national brand « Kazakhstan» in the global space. Declaring theme «Future Energy», we intend to be in the very core of scientific progress.

...The International Financial Center Astana will launch its activities here. The International Center for Development of Green Technologies and Investments will be established. The International Technology Park of IT start-ups will open. Thus, the EXPO's «pulse of innovation» will keep on beating for the benefit of the country, the region and the world».

From the speech of the President of Kazakhstan N. Nazarbayev at the opening ceremony of EXPO-2017 international specialized exhibition, June 9, 2017

Меншік иесі және баспагер:
«Қазақстан Республикасының Заңнама институты» ММ
2006 жылдан бастап шығады
Журналдың материалдары
www.iz.adilet.gov.kz
сайтында орналастырылған
Заң ғылымдары бойынша диссертациялардың негізгі ғылыми нәтижелерін жариялауға арналған басылымдар тізіліміне енгізілген
(ҚР БҒМ БҒСБК 30.05.2013 ж. №894 бұйрығы)

Редакциялық кеңес құрамы
Тукиев А.С. – *з.ғ.к. (Астана, Қазақстан) – (төраға)*
Абайділдинов Е.М. – *з.ғ.д. (Астана, Қазақстан)*
Абызов Р.М. – *з.ғ.д. (Мәскеу, Ресей)*
Белых В.С. – *з.ғ.д. (Екатеринбург, Ресей)*
Губин Е.П. – *з.ғ.д. (Мәскеу, Ресей)*
Борчашвили И.Ш. – *з.ғ.д. (Астана, Қазақстан)*
Мельник Р.С. – *з.ғ.д. (Киев, Украина)*
Моисеев А.А. – *з.ғ.д. (Мәскеу, Ресей)*
Муромцев Г.И. – *з.ғ.д. (Мәскеу, Ресей)*
Рахметов С.М. – *з.ғ.д. (Астана, Қазақстан)*
Малиновский В.А. – *з.ғ.д. (Астана, Қазақстан)*
Шерубай Құрманбайұлы – *ф.ғ.д. (Астана, Қазақстан)*
Редакциялық алқа құрамы
Құлжабаева Ж.О. – *з.ғ.к. (Астана, Қазақстан) – (төраға)*
Абылайұлы А. – *PhD (Астана, Қазақстан)*
Азер Алиев – *PhD (Киль, Германия)*
Айымбетов М.А. – *ҚР еңбек сіңірген мәдениет қайраткері (Астана, Қазақстан)*
Байниязова З.С. – *з.ғ.к. (Саратов, Ресей)*
Досмырза Д.Д. – *з.ғ.к. (Астана, Қазақстан)*
Елеусізова И.Қ.– *з.ғ.к. (Астана, Қазақстан)*
Казиев З.Ғ.– *з.ғ.к. (Астана, Қазақстан)*
Қоныс В.Т. – *з.ғ.к. (Астана, Қазақстан)*
Маммадов У.Ю. – *з.ғ.к. (Қазан, Ресей)*
Мұшанов Т.Е. *(Астана, Қазақстан)*
Рахымбердин К.Х. – *з.ғ.д. (Өскемен, Қазақстан)*
Свободный Ф.К. – *з.ғ.к. (Барнаул, Ресей)*
Тегізбекова Ж.Ч. – *з.ғ.к. (Бішкек, Қызғызстан)*
Тілембаева Ж.О. – *з.ғ.к. (Астана, Қазақстан)*
Журнал редакциясы
Колтубаева Г.Б.
Ермек А.Б.
Жұмагелдина Б.Ж.
Байленова А.Қ.
Джамбуршин К.А.

Қазақстан Республикасы Мәдениет және ақпарат министрлігі Ақпарат және мұрағат комитетінің БАҚ есепке қою туралы куәлігі № 11219-Ж 15.11.2010 ж. (Алғашқы есепке қою кезіндегі нөмірі мен мерзімі №6592-Ж. 07.09.2005 ж.)
Мекен-жайы:
Қазақстан Республикасы,
010000, Астана қ., Мәңгілік ел даңғ., 8 үй
тел.: 8(7172)74-02-06;
факс: 8(7172)74-14-43
E-mail: instzak-kz@mail.ru,
institutzakonodatelstva@gmail.com
www.iz.adilet.gov.kz

МАЗМҰНЫ

Редакция бағанасы 8

ҚР Әділет министрі М.Б. Бекетаевтың «ҚР кейбір конституциялық заңдарына мемлекеттік билік тармақтары арасында өкілеттіктерді қайта бөлу мәселелері бойынша өзгерістер мен толықтырулар енгізу туралы» Конституциялық заңның жобасы бойынша баяндамасы 11

«Жаршының» мұрағат беттері

Ғ.С. САПАРҒАЛИЕВ Қазақстан Республикасы халықаралық құқығының өзекті проблемалары 13

А. СӘЛІМГЕРЕЙ Қазақстан Республикасы халықаралық құқығының өзекті проблемалары және қазақстандық халықаралық ғылыммен өзара іс-қимыл мәселелері 22

Конституциялық және әкімшілік құқық

К.А. ИШЕКОВ (Мәскеу қ., Ресей) Адами өлшем тұрғысында жаңғырту процестері 34

Й. ПУДЕЛКА, Й. ДЕППЕ (Берлин қ., Германия) Орталық Азиядағы даму процесіндегі жалпы әкімшілік құқық 40

Азаматтық, азаматтық процестік құқық

Х.-Й. ШРАММ (Висмар қ., Германия) Мәмілелердің жарамсыздығы және азаматтық-құқықтық айналымның тұрақтылығы 50

M. KRAUSENBOECK Common law, civilian legal systems and mixed legal systems: implications for the implementation of elements of english law in Kazakhstan (Жалпы құқық, азаматтық құқықтық жүйелер мен аралас құқықтық жүйелер: Қазақстанда ағылшын құқығы элементтерін пайдалану салдары) 59

А. АЛИЕВ (Киль қ., Германия) Ағылшын, неміс, ресей және әзербайжан құқығында мән-жайлар елеулі өзгерген кезде шарт бостандығын шектеу 66

Е.В. НЕСТЕРОВА Ағылшын құқығы ережелері және еуропалық жеке құқықтың модельдік қағидалары негізінде Қазақстан Республикасының заңнамасы бойынша шартты бұзғаны үшін жауапкершілікті құқықтық реттеуді жетілдіру бағыттары 78

В.Т. ҚОНЫС, М.М. ТАСТАНОВА Ратификацияланған халықаралық шарттардағы иммигрант балалардың туын және атын тіркеу құқығы туралы нормаларды Қазақстан Республикасының ұлттық заңнамасына имплементтеудің кейбір мәселелері туралы 86

С. Ж. ӘБДІРАХМАНОВА «Адалдық» және «эстоппель» ұғымдарының арақатынасы 96

Қылмыстық құқық және қылмыстық процесс

С.М. РАХМЕТОВ Сыбайлас жемқорлыққа қарсы күрес мәселелері бойынша халықаралық конвенциялардың нормаларын Қазақстан Республикасының қылмыстық заңнамасына имплементтеу барысы туралы 102

А.Н. АХПАНОВ, А.Л. ХАН Қорғалуға құқығы бар куә адвокатының қылмыстық істер бойынша міндетті қатысуы жағдайлары туралы 110

Ш.Ж. КЕНЖЕТАЕВ Қазақстан Республикасының қылмыстық процестік кодексіндегі куәгер 116

О.В. КОЛОС (Ирпень қ., Украина) Қылмыстық құқық бұзушылықтардың бірнеше рет жасалуы: заңнамалық дефиниция проблемасы 122

Ф.М. РАХМИТОВ Қазақстан Республикасында адвокаттар қызметін одан әрі жетілдіру мәселесіне 129

Халықаралық құқық және салыстырмалы құқықтану

М.А. СӘРСЕМБАЕВ ХЕҰ конвенцияларының және қазақстандық еңбек құқығының нормаларын жетілдіру қажеттігі туралы 135

С.Ж. АЙДАРБАЕВ ТМД Экономикалық Сотының құқықтық мәртебесі проблемалары (Сотты реформалау) 140

А. АБЫЛАЙҰЛЫ Қазақстан Республикасында «халықаралық шарттардың қолданылу тәртібі мен талаптарын» түсіндірудің кейбір мәселелері 147

Ж.Ч. ТЕГІЗБЕКОВА (Бішкек қ., Қырғыз Республикасы) Қарулы қақтығыс және ішкі шиеленіс жағдайлары кезеңінде отбасы құқықтарын халықаралық-құқықтық қорғау 156

A. PECORARO (Италия) The reach of international investment agreements: Kazakhstan and the umbrella clause (Халықаралық инвестициялық келісімдерге қол жеткізу: Қазақстан және «қолшатыр ескертпесі») 166

Құқықтық мониторинг

И.Қ. ЕЛЕУСІЗОВА, А.Ө. ҚАЛИЕВА Қазақстан Республикасының банктік заңнамасына құқықтық мониторингтің кейбір мәселелері 180

А.Қ. ҚАНАТОВ, Е.К. АХМЕТОВ Есірткі айналымы саласындағы мемлекеттік саясаттың проблемалық аспектілеріне (заңнаманың мониторингі) 190

Г.Б. ҚЫСЫҚОВА, Н.Н. ОМАРОВА Қазақстан Республикасының арнайы экономикалық аймақтар туралы заңнамасының жеке нормаларын басқа елдердің заңнамасымен салыстыру: құқықтық мониторинг шеңберіндегі талдау 198

Мемлекеттік тілдегі заң шығармашылығы практикасынан

М.А. АЙЫМБЕТОВ Заңнама термині: нақтылық және үйлесімділік 206

Д.М. ШЫҢҒЫСБАЕВА, Н.Ә. БАЙКӘРІМОВА ҚР Азаматтық кодексінің мемлекеттік тілдегі мәтінін стилистикалық тұрғыдан зерделеу 210

Жас ғалым мінбері

Ф.Р. АХМЕДЖАНОВ Сотқа дейінгі іс жүргізуде сот бақылауының шектерін кеңейту бойынша шаралар туралы 215

Қ.Қ. САБИРОВ Жанжалды шешудің баламалы тәсілдерін құқықтық реттеуде бірыңғай тәсіл қажеттілігі туралы 220

Ғылыми өмір хроникасы

2017 жылғы 16 наурызда Астана қ. Н.А. Шәйкеновтің 70 жылдығына арналған «Құқықтық мемлекет құру процесінде жеке адам құқықтарын қамтамасыз ету» («Шәйкенов оқулары») тақырыбында өткен халықаралық ғылыми-практикалық конференция туралы ақпараттық хабарлама 226

2017 жылғы 11 сәуірде Алматы қ. Ғылым күніне арналған «Қазақстан ғылымы Жаңғырту:3.0 жағдайында» тақырыбында өткен форум туралы ақпараттық хабарлама 230

2017 жылғы 4 мамырда өткізілген «ҚР азаматтық заңнамасының өзекті өзгерістеріне шолу» атты вебинар туралы ақпараттық хабарлама 234

2017 жылғы 17 мамырда өткізілген «Заңдардың құқықтық мониторингінің ерекшеліктері» атты вебинар туралы ақпараттық хабарлама 236

2017 жылғы 25 мамырда өткізілген «Адвокаттардың қылмыстық процеске қатысуының өзекті мәселелері» атты вебинар туралы ақпараттық хабарлама 237

Библиография

И. Елеусізова мен Д. Тұрлыбектің «Контрафактная продукция и параллельный импорт в Республике Казахстан и иных странах Евразийского Экономического Союза» тақырыбындағы монографиясына рецензия (LAP Lambert Academic Publishing, 2017) 239

«Международная интеграция и интеграционное право» / В.А. Шамахов, В.П. Киреленко, С.Ю. Кашкиннің жалпы ред. - СПб., 2017. – 880 б. оқулығына рецензия 240

Даналық ойлар 242



Собственник и издатель:
ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан»
Издается с 2006 года
Все материалы журнала размещаются на сайте **www.iz.adilet.gov.kz**
Включен в перечень изданий для публикации основных научных результатов диссертаций по юридическим наукам (Приказ ККСОН МОН РК №894 от 30.05.2013 г.)

Состав Редакционного совета
Тукиев А.С. – *к.ю.н. (Астана, Казахстан) – (председатель)*
Абайдельдинов Е.М. – *д.ю.н. (Астана, Казахстан)*
Абызов Р.М. – *д.ю.н. (Москва, Россия)*
Белых В.С. – *д.ю.н. (Екатеринбург, Россия)*
Губин Е.П. – *д.ю.н. (Москва, Россия)*
Борчашвили И.Ш. – *д.ю.н. (Астана, Казахстан)*
Мельник Р.С. – *д.ю.н. (Киев, Украина)*
Моисеев А.А. – *д.ю.н. (Москва, Россия)*
Муромцев Г.И. – *д.ю.н.(Москва, Россия)*
Рахметов С.М. – *д.ю.н. (Астана, Казахстан)*
Малиновский В.А. – *д.ю.н. (Астана, Казахстан)*
Шерубай Құрманбайұлы – *д.ф.н. (Астана, Казахстан)*
Состав Редакционной коллегии
Кулжабаева Ж.О. – *к.ю.н. (Астана, Казахстан) – (председатель)*
Абылайулы А. – *PhD (Астана, Казахстан)*
Азер Алиев – *PhD (Киль, Германия)*
Айымбетов М.А. – *заслуженный деятель культуры РК (Астана, Казахстан)*
Байниязова З.С. – *к.ю.н. (Саратов, Россия)*
Досмырза Д.Д. – *к.ю.н. (Астана, Казахстан)*
Елеусизова И.К. – *к.ю.н. (Астана, Казахстан)*
Казиев З.Г. – *к.ю.н. (Астана, Казахстан)*
Конусова В.Т. – *к.ю.н. (Астана, Казахстан)*
Маммадов У.Ю. – *к.ю.н. (Казань, Россия)*
Мушанов Т.Е. *(Астана, Казахстан)*
Рахимбердин К.Х. – *д.ю.н. (Усть-Каменогорск, Казахстан)*
Свободный Ф.К. – *к.пс.н. (Барнаул, Россия)*
Тегизбекова Ж.Ч. – *к.ю.н. (Бишкек, Кыргызстан)*
Тлембаева Ж.У. – *к.ю.н. (Астана, Казахстан)*
Редакция журнала
Колтубаева Г.Б.
Ермек А.Б.
Жумагелдина Б.Ж.
Байленова А.К.
Джамбуршин К.А.

Свидетельство о постановке на учет СМИ № 11219-Ж от 15.11.2010 г. Комитета информации и архивов Министерства культуры и информации Республики Казахстан (№ и дата первичной постановки на учет №6592-Ж. 07.09.2005 г.)

Адрес:
Республика Казахстан,
010000, г. Астана, пр. Мәңгілік ел, д. 8
тел.: 8(7172)74-02-06;
факс: 8(7172)74-14-43
E-mail: instzak-kz@mail.ru,
institutzakonodatelstva@gmail.com
www.iz.adilet.gov.kz

СОДЕРЖАНИЕ

Колонка редакции 9

Доклад Министра юстиции РК М.Б. Бекетаева по проекту Конституционного Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые конституционные законы Республики Казахстан по вопросам перераспределения полномочий между ветвями государственной власти» 11

Архивные страницы «Вестника»

Г.С. САПАРГАЛИЕВ Актуальные проблемы международного права Республики Казахстан 13

А. САЛИМГЕРЕЙ Актуальные проблемы международного права Республики Казахстан и вопросы взаимодействия с казахстанской международно-правовой наукой 22

Конституционное и административное право

К.А. ИШЕКОВ (г. Москва, Россия) Модернизационные процессы в контексте человеческого измерения 34

Й. ПУДЕЛЬКА, Й. ДЕППЕ (г. Берлин, Германия) Общее административное право в Центральной Азии в процессе развития 40

Гражданское и гражданско-процессуальное право

Х.-Й. ШРАММ (г. Висмар, Германия) Недействительность сделок и стабильность гражданско-правового оборота 50

M. KRAUSENBOECK Common law, civilian legal systems and mixed legal systems: implications for the implementation of elements of english law in Kazakhstan (Общее право, гражданские правовые системы и смешанные правовые системы: последствия для применения элементов английского права в Казахстане) 59

А. АЛИЕВ (г. Киль, Германия) Ограничение свободы договора при существенном изменении обстоятельств в английском, немецком, российском и азербайджанском праве 66

Е.В. НЕСТЕРОВА Направления совершенствования правового регулирования ответственности за нарушение договора по законодательству Республики Казахстан на основе положений английского права и модельных правил европейского частного права 78

В.Т. КОНУСОВА, М.М. ТАСТАНОВА О некоторых проблемах имплементации норм ратифицированных международных договоров о праве детей иммигрантов на регистрацию рождения и имя в национальное законодательство Республики Казахстан 86

С.Ж АБДРАХМАНОВА Соотношение понятий «добросовестность» и «эстоппель» 96

Уголовное право и уголовный процесс

С.М. РАХМЕТОВ О ходе имплементации норм международных конвенции по вопросам борьбы с коррупцией в уголовное законодательство Республики Казахстан 103

А.Н. АХПАНОВ, А.Л. ХАН О случаях обязательного участия по уголовным делам авдоката свидетеля, имеющего право на защиту 110

Ч.Д. КЕНЖЕТАЕВ Понятой в уголовно-процессуальном кодексе Республики Казахстан 116

О.В. КОЛОС (г. Ирпень, Украина) Неоднократность уголовных правонарушений: проблемность законодательной дефиниции 122

Ф.М. РАХМИТОВ О некоторых аспектах дальнейшего совершенствования адвокатской деятельности в Республике Казахстан 129

Международное право и сравнительное правоведение

М.А. САРСЕМБАЕВ О необходимости совершенствования норм конвенций МОТ и казахстанского трудового права 135

С.Ж. АЙДАРБАЕВ Проблемы правового статуса Экономического Суда СНГ (Реформирование суда) 140

А.АБЫЛАЙҰЛЫ О некоторых вопросах толкования «порядка и условий действия международных договоров» в Республике Казахстан 147

Ж.Ч. ТЕГИЗБЕКОВА (г. Бишкек, Кыргызская Республика) Международно-правовая защита семейных прав в период вооруженных конфликтов и ситуаций внутренней напряженности 156

A. PECORARO (Италия) The reach of international investment agreements: Kazakhstan and the umbrella clause (Достижение международных инвестиционных соглашений: Казахстан и «зонтичная оговорка») 166

Правовой мониторинг

И.К. ЕЛЕУСИЗОВА, А.У. КАЛИЕВА Некоторые вопросы правового мониторинга банковского законодательства Республики Казахстан 180

А.К. КАНАТОВ, Е.К. АХМЕТОВ К проблемным аспектам государственной политики в сфере оборота наркотиков (мониторинг законодательства) 190

Г.Б. КЫСЫКОВА, Н.Н. ОМАРОВА Сравнение отдельных норм законодательства о специальных экономических зонах Республики Казахстан с законодательством иных стран: анализ в рамках правового мониторинга 198

Из практики законотворчества на государственном языке

М. АЙЫМБЕТОВ Законодательный термин: конкретность и гармоничность 206

Д.М. ШЫНГЫСБАЕВА, Н.А. БАЙКАРИМОВА Изучение стилистики текста Гражданского кодекса РК на государственном языке 210

Трибуна молодого ученого

Ф.Р. АХМЕДЖАНОВ О мерах по расширению пределов судебного контроля в досудебном производстве 215

К.К. САБИРОВ О необходимости единого подхода в правовом регулировании альтернативных способов разрешения конфликтов 220

Хроника научной жизни

Информационное сообщение о международной научно-практической конференция на тему «Обеспечение прав личности в процессе формирования правового государства», посвященной 70-летию Шайкенова Н.А. («Шайкеновские чтения») 16 марта 2017 года, г. Астана 227

Информационное сообщение о форуме «Наука Казахстана в условиях Модернизации: 3.0», посвященном Дню науки, 11 апреля 2017 года, г. Алматы 232

Информационное сообщение о вебинаре на тему «Обзор актуальных изменений гражданского законодательства РК», 4 мая 2017 года 234

Информационное сообщение о вебинаре на тему «Особенности проведения правового мониторинга законов», 17 мая 2017 года 236

Информационное сообщение о вебинаре на тему «Актуальные вопросы участия адвокатов в уголовном процессе», 25 мая 2017 года 238

Библиография

РЕЦЕНЗИЯ на монографию И. Елеусизовой и Д. Тұрлыбек на тему: «Контрафактная продукция и параллельный импорт в Республике Казахстан и иных странах Евразийского Экономического Союза» (LAP Lambert Academic Publishing, 2017) 239

РЕЦЕНЗИЯ на учебник «Международная интеграция и интеграционное право» / Под общ. ред. В.А. Шамахова, В.П. Киреленко, С.Ю. Кашкина. - СПб., 2017. – 880 с. 240

Мудрые мысли 242



Owner and publisher:
SI «Legislation Institute
of the Republic of Kazakhstan»
Published since 2006
All journal materials are placed
on the website
www.iz.adilet.gov.kz
Included in the list of publications of basic scientific results of dissertations on legal sciences (Order CCES MES RK №894 from 05.30.2013)

Editorial Council members
Tukiyev A.S. – *c.j.s. (Astana, Kazakhstan) – (Chairman)*
Abaydeldinov E.M. – *d.j.s. (Astana, Kazakhstan)*
Abyzov R.M. – *d.j.s. (Moscow, Russian)*
Belih V.S. – *d.j.s. (Ekaterinburg, Russian)*
Gubin E.P. – *d.j.s. (Moscow, Russian)*
Borchashvili I.Sh. – *d.j.s. (Astana, Kazakhstan)*
Melnik R.S. – *d.j.s. (Kiev, Ukraine)*
Moiseev A.A. – *d.j.s. (Moscow, Russian)*
Muromcev G.I. – *d.j.s. (Moscow, Russian)*
Rahmetov S.M. – *d.j.s. (Astana, Kazakhstan)*
Malinovski V.A. – *d.j.s. (Astana, Kazakhstan)*
Sherubai Kurmanbaiuly – *d.ph.s. (Astana, Kazakhstan)*
Editorial Board members
Kulzhabayeva Zh.O. – *c.j.s. (Astana, Kazakhstan) – (Chairman)*
Abylaiuly A. –*PhD (Astana, Kazakhstan)*
Azer Aliyev – *PhD (Kiel, Germany)*
Aiymbetov M.A. – *Honored Worker of Culture of Kazakhstan, (Astana, Kazakhstan)*
Bainiyazova Z.S. – *c.j.s. (Saratov, Russian)*
Dosmyrza D.D. – *c.j.s. (Astana, Kazakhstan)*
Eleussizova I.K.– *c.j.s. (Astana, Kazakhstan)*
Kaziyev Z.G. – *c.j.s. (Astana, Kazakhstan)*
Konusova V.T. – *c.j.s. (Astana, Kazakhstan)*
Mammadov U.Y. – *c.j.s. (Kazan', Russian)*
Mushanov T.E. *(Astana, Kazakhstan)*
Rakhimberdin K.H. – *d.j.s. (Ust-Kamenogorsk, Kazakhstan)*
Svobodniy F.K. – *c.ps.s. (Barnaul, Russian)*
Tegizbekova Zh.Ch. – *c.j.s. (Bishkek, Kyrgyzstan)*
Tlembaeyva Zh.U. – *c.j.s. (Astana, Kazakhstan)*
The editorial staff
Koltubayeva G.B.
Yermek A.B.
Zhumageldina B.Zh.
Bailenova A.K.
Dzhambarshin K.A.

The certificate of registration of mass media №11219-G from 15.11.2010 from the Committee of Information and Archives of the Ministry of Culture and Information of the Republic of Kazakhstan (Number and date of primary registration №6592-Zh.07.09.2005.)
Address:
The Republic of Kazakhstan,
010000, Astana, Mangilik el pr., 8
tel .: 8 (7172) 74-02-06
fax: 8 (7172) 74-14-43
e-mail: instzak-kz@mail.ru,
institutzakonodatelstva@gmail.com
www.iz.adilet.gov.kz

CONTENT

Editorial 10

Report of Minister of justice Beketayev M.B. on draft of Constitutional Law «On introducing amendments and additions to some constitutional laws of Republic of Kazakhstan on the issues of redistribution of powers between the branches of state authority» 12

Archive «Bulletin» pages

G. SAPARGALIYEV Actual problems of international law of the Republic of Kazakhstan 13

A. SALIMGEREY Issues of international law in the Republic of Kazakhstan and issues of interaction with kazakhstan international legal science 22

Constitutional and Administrative Law

K.A. ISHEKOV (Moscow, Russia) Modernization processes in the context of the human dimension 34

J. PUDELKA, J. DEPPE (Berlin, Germany) General administrative law in Central Asia in the development process 40

Civil and Civil Procedural Law

H.-J. SCHRAMM (Wismar, Germany) Invalidity of transactions and stability of civil law turnover 50

M. KRAUSENBOECK Common law, civilian legal systems and mixed legal systems: implications for the implementation of elements of English law in Kazakhstan 59

A. ALIYEV (Keel, Germany) The restriction of freedom of contract under a substantial change of circumstances in English, German, Russian and Azerbaijani law 66

Y.V. NESTEROVA The directions to improve legal regulation of liability for breach of contract under the legislation of the Republic of Kazakhstan based on the provisions of English law and the model rules of European private law 78

V.T. KONUSOVA, M.M. TASTANOVA Regarding some issues of the implementation of the norms of ratified international treaties on the right of immigrant children to register births and the name in the national legislation of the Republic of Kazakhstan 86

S.Zh. ABDRAKHMANOVA Relation of concepts of «Bona fides» and «estoppel» 96

Criminal law and Criminal procedure

S.M. RAKHMETOV The implementation of the norms of the international convention on combating corruption in the criminal legislation of the Pepublic of Kazakhstan 103

AN. AKHPANOV, A.L. KHAN About the instances of obligatory participation in the criminal cases of an advocate of witness, having the right of defense 110

C.D. KENJETAEV The witness in the Criminal procedural code the Republic of Kazakhstan 116

O.V. KOLOS (Irpin, Ukraine) Repeated criminal offenses: the problem of legal definition 122

F.M. RAKHMITOV Issues of improvement of advocate's activities in the Republic of Kazakhstan 129

International and Comparative law

M.A. SARSEMBAYEV The need to improve standards of ILO conventions and the Kazakhstan labor law 135

C.Zh. AIDARBAYEV Problems of legal status of the Economic Court of the CIS (Reform of the court) 140

A. ABYLAIULY Some questions of interpretation of the procedure and conditions of application of treaties in the Republic of Kazakhstan 147

Zh.Ch. TEGIZBEKOVA (Bishkek, Republic of Kyrgyzstan) The international legal protection of family rights in the period of armed conflicts and internal tensions 156

ALBERTO PECORARO (Italy) The reach of international investment agreements: Kazakhstan and the umbrella clause 166

Legal monitoring

I.K. ELEUSSIZOVA, A.U. KALIEVA Some issues of legal monitoring of banking legislation of the Republic of Kazakhstan 180

A.K. KANATOV, E.K. AKHMETOV Problematic aspects of the state policy in the scope of drug trafficking (monitoring of legislation) 190

G.B. KYSSYKOVA, N.N. OMAROVA Comparison of separate standards of the legislation on special economic zones of the Republic of Kazakhstan with the legislation of other countries: the analysis within legal monitoring 198

Lawmaking practice in the official language

M. AYYMBETOV Terms of the law: specificity and harmony 206

D.M. SHYNGYSBAYEYA, N.A. BAIKARIMOVA Studying of stylistics of the text of the Civil code of the Republic of Kazakhstan in the state language 210

Young scholar tribune

F.R. AKHMEDZHANOV The measures for expanding the scope of judicial control in pre-trial proceedings 215

K.K.SABIROV The necessity of a single approach to legal regulation of certain alternative methods of conflict resolution 220

The Chronicle of Scientific Life

Information note about the International scientific and practical conference on «Ensuring the rights of the individual in the process of the formation of the rule-of-law state», dedicated to the 70th anniversary of N.A. Shaykenov («Shaykenov Readings») March 16, 2017, Astana 229

Information note about the forum «Science of Kazakhstan under the conditions of modernization: 3.0» Dedicated to the Day of Science, Almaty, April 11, 2017 233

Information note about the webinar on the topic: «Review of actual changes in civil legislation of the Republic of Kazakhstan», May 4, 2017 235

Information note about the webinar on the topic: «Features of the legal monitoring of laws», May 17, 2017 237

Information note about the webinar on the topic: «Actual issues of the participation of lawyers in criminal proceedings», May 25, 2017 238

Bibliography

REVIEW on the monograph of I. Yeleusizova and D. Turlybek on the topic: «Counterfeit products and parallel imports in the Republic of Kazakhstan and other countries of the Eurasian Economic Union» (LAP Lambert Academic Publishing, 2017) 239

REVIEW on the «International Integration and Integration Law» textbook / Under the total. ed. of V.A. Shamakhov, V.P. Kirelenko, S.Yu. Kashkin. - SPb., 2017. - 880 p. 240

Wise thoughts 242



Құрметті оқырмандар!

Журналдың бұл шығарылымы халықаралық-құқықтық нормаларды ұлттық заңнамаға имплементтеу мәселелеріне арналады. Халықаралық және ұлттық құқықтың арақатынасы мәселелерін зерттеу заманауи мемлекеттердің заң шығару процесін дамытудың ажырамас элементі болып табылады. Барлық қоғамдық қатынастарды интернационалдандыру процесінде әлем мемлекеттерінің мемлекетішілік құқығы халықаралық құқықтың әсеріне ұшырайды. Осыған байланысты мемлекетішілік заңнамаға халықаралық құқық нормаларын іске асыру тетігін әзірлеу проблемасы өзекті болып табылады.

Халықаралық құқық теориясында халықаралық-құқықтық нормаларды іске асыру үшін «имплементтеу» (лат. implere — орындау) термині кеңінен қолданыла бастады. Ол БҰҰ бас органдарының қарарларында, басқа да халықаралық ұйымдардың шешімдерінде қолданылады. Бұл термин халықаралық, сол сияқты мемлекетішілік деңгейлерде халықаралық құқықтың ұйғарымдарын іске асыру процесі ретінде халықаралық құқықты имплементтеуді қарастыруды болжайды. Халықаралық құқық нормаларын имплементтеу – осы мақсатта халықаралық-құқықтық нормалар сипатына да, мемлекетішілік құқықтық жүйе ерекшеліктеріне де байланысты дербес ұйымдық-құқықтық тетікті пайдаланатын егеменді мемлекеттердің айрықша құзыреті болып табылатынын атап өткен жөн.

Осы шығарылымның оқырмандары «Жаршының» мұрағат беттері» атты айдарында «Қазақстан Республикасы халықаралық құқығының өзекті проблемалары» мақаласымен танысады // Ғ.С. Сапарғалиев және А.А. Сәлімгерей «Қазақстан Республикасы Заңнама институтының Жаршысы». – №4(12)-2008. - 92-100-б. Мақала авторы А.А. Сәлімгерей 9 жыл бұрын жарияланған мақаласындағы идеяға тез өзгеріп отыратын халықаралық-құқықтық қатынастардың заманауи болмысы тұрғысынан оралады.

Бұл шығарылым авторларының мақалалары дәйектемелік негізге көп алынатын индексі жоғары авторлардың географиялық алуан түрлілігінің кеңейгенін айқын сипаттайды. Қазақстандағы GIZ өкілдігінің басшысы, Берлин қаласы әкімшілік сотының судьясы Йорг Пуделка және Грузиядағы GIZ өкілдігінің басшысы Йенс Деппе Орталық Азиядағы жалпы әкімшілік құқық мәселелері бойынша жарияланымдарды жалғастыруда. Оқырмандарға Висмар қаласы Университетінің Шығыс құқығы институтының қоса атқарушы директоры, құқық докторы, профессор Ханс-Йоахим Шрамм ұсынған мәмілелер жарамсыздығы мәселелері бойынша мақаланың форматы қызық болады. «Орталық Азия елдерінде құқықтық мемлекеттілікке жәрдемдесу» өңірлік бағдарламасының кеңесшісі, LL.B., LL.M. Мария Краузенбёк өз жарияланымында Қазақстанда ағылшын құқығы элементтерін қолдану салдарына авторлық көзқарасын білдіреді.

Христиан Альбрехт атындағы Киль университетінің Шығыс Еуропа елдерінің Құқық институтының ғылыми қызметкері, Киль еуразиялық экономикалық құқық орталығының үйлестірушісі А. Алиев өз жарияланымында Қазақстанның шетелдік, атап айтқанда, ағылшын тәжірибесін, сондай-ақ озық жаңа модельдік кодификациялау - 1998/2002 Еуропалық шарттық құқық қағидаттарын және 2010 жылғы УНИДРУА шарттық құқық қағидаттарын пайдалану мүмкіндігін айқындайды. Эдинбург Университетінің (Лондон) халықаралық құқық магистрі А. Пекораро инвестор өзіне алған кез келген міндеттемелердің «қолшатыр ескертпесінің» құқықтық табиғатын Анатолий Статидің Қазақстанға қарсы ісінің кейстік практикасын талдау арқылы қарастырады.

Тақырыптық нөмірде ұлттық заңнаманың түрлі салаларындағы имплементтеу тетіктері айқындалған.

«Ғылыми өмір хроникасы» айдарында Заңнама институты қызметкерлерінің тікелей қатысуымен өткен бірқатар ғылыми іс-шаралар көрсетілген.

«Библиография» айдары алғаш рет жарияланып отыр, мұнда авторлары И.Қ. Елеусізова, Д.М. Тұрлыбек, Е.М. Абайдельдинов, М.А. Сарсембаев, Ж.О. Құлжабаева болып табылатын ғылыми басылымдарға пікірлер орналастырылған.

Құрметті тұрақты оқырмандар мен әлеуетті авторлар!

Журналдың № 3 шығарылымы Қазақстан Республикасының Құқықтық саясат тұжырымдамасын іске асыру мәселелеріне арналатынын естеріңізге саламыз. Редакцияға мақаланы тапсыру күні ағымдағы жылғы 1 шілдеге дейін.

Ынтымақтасуға және журнал беттерінде өз ғылыми мақалаларыңыз бен пікірлеріңізді жариялауға барлық ниет білдірушілерді шақырамыз!

Сіздердің ұсыныстарыңыз бен ескертулеріңізді қуана қабылдаймыз.

«Қазақстан Республикасы Заңнама институтының жаршысы» журналының редакциясы

Уважаемые читатели!

Этот выпуск Журнала посвящен вопросам имплементации международно-правовых норм в национальное законодательство. Изучение вопросов соотношения международного и национального права является неотъемлемым элементом развития законотворческого процесса современных государств. В процессе интернационализации всех общественных отношений внутригосударственное право государств мира подвергается влиянию международного права. В этой связи актуальна проблема разработки механизма реализации норм международного права во внутригосударственное законодательство.

В теории международного права для реализации международно-правовых норм широкое распространение приобрел термин «имплементация» (лат. implere — выполнять). Его можно встретить в резолюциях главных органов ООН, решениях других международных организаций. Данный термин в широком смысле предполагает рассмотрение имплементации международного права в качестве процесса воплощения в жизнь предписаний международного права как на международном, так и на внутригосударственных уровнях. Надо заметить, что имплементация норм международного права - это прерогатива суверенных государств, использующих в этих целях самостоятельный организационно-правовой механизм, зависящий как от характера международно-правовых норм, так и от особенностей внутригосударственной правовой системы.

Читатели данного номера ознакомятся в рубрике «Архивные страницы «Вестника» со статьей «Актуальные проблемы международного права Республики Казахстан» // Г.С. Сапаргалиев и А.А. Салимгерей «Вестник Института законодательства Республики Казахстан». – №4(12)-2008. - С. 92-100. Автор статьи Салимгерей А.А. возвращается к идее, опубликованной в статье 9 лет назад, с позиций современных реалий быстроменяющихся международно-правовых отношений.

Статьи авторов данного выпуска наглядно характеризуют расширение географического разнообразия авторов с высоким индексом цитируемости. Йорг Пуделька, руководитель представительства GIZ в Казахстане, судья административного суда г. Берлина и Йенс Деппе, руководитель представительства GIZ в Грузии продолжают публикацию по вопросам общего административного права в Центральной Азии. Читателям будет интересен формат статьи по вопросам недействительности сделок, предложенный Хансом-Йоахимом Шраммом, содиректором Института Восточного права Университета г. Висмара, доктором права, профессором. Публикация Марии Краузенбёк, LL.B., LL.M., советника региональной программы «Содействие правовой государственности в странах Центральной Азии», знакомит с авторским видением последствий для применения элементов английского права в Казахстане.

Публикация А. Алиева, научного сотрудника Института права стран Восточной Европы Кильского университета им. Христиана Альбрехта, координатора Кильского центра евразийского экономического права определяет возможность использования Казахстаном зарубежного, в частности, английского, опыта, а также ведущих новых модельных кодификаций - Принципов Европейского договорного права 1998/2002 и Принципов договорного права УНИДРУА 2010 г. А. Пекораро, магистр международного права Эдинбургского Университета (Лондон) рассматривает правовую природу «зонтичной оговорки» как любых обязательств, взятых на себя инвестором, посредством анализа кейсовой практики дела Анатолия Стати против Казахстана.

В тематическом номере определены имплементационные механизмы в различных отраслях национального законодательства.

Рубрика «Хроника научной жизни» представлена рядом научных мероприятий, которые проходили при непосредственном участии сотрудников Института законодательства.

Впервые публикуется рубрика «Библиография», где размещены рецензии на научные издания, авторами которых являются И.К. Елеусизова, Д.М. Тұрлыбек, Е.М. Абайдельдинов, М.А.Сарсембаев, Ж.О. Кулжабаева.

Уважаемые постоянные читатели и потенциальные авторы!

Напоминаем, что выпуск №3 Журнала посвящен вопросам реализации Концепции правовой политики Республики Казахстан. Дата сдачи статьи в редакцию до 1 июля т.г.

Приглашаем всех желающих к сотрудничеству и опубликованию на страницах журнала своих научных статей и рецензий!

Будем рады Вашим предложениям и замечаниям.

Редакция журнала
«Вестник Института законодательства Республики Казахстан»

Dear readers!

This issue of the Bulletin is dedicated to the implementation of international legal norms in national legislation. The study of the issues of the correlation between international and national law is an essential element of the development of the law-making process of modern states. In the process of internationalization of all public relations, the domestic law of the states of the world is subject to the influence of international law. In this connection, the issue of developing a mechanism for implementing the norms of international law in the domestic legislation is topical.

In the international law theory for the implementation of international legal norms, the term «implementation» (Latin implere – to implement) was widely adopted. It can be found in resolutions of the main bodies of the United Nations or decisions of other international organizations. This term in a broad sense suggests consideration of the implementation of international law as a process for implementing the regulations of international law both internationally and at the domestic level. It should be noted that the implementation of the norms of international law is a prerogative of sovereign states using for this purpose an independent organizational and legal mechanism that depends both on the nature of international legal norms and on the specifics of the domestic legal system.

In the «Archive pages of the Bulletin» column, the readers of this issue will get acquainted with the «Topical issues of international law of the Republic of Kazakhstan» article // G.S. Sapargaliyev and A.A. Salimgerey «Bulletin of the Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan». - № 4 (12) -2008. - pp. 92-100. The author of the article A.A. Salimgerey comes back to the idea published in the article 9 years ago, from the standpoint of the contemporary realities of rapidly changing international legal relations.

The articles of the authors of this issue clearly describe the expansion of the geographical diversity of authors with a high citation index. Joerg Pudelka, Head of the GIZ Representative Office in Kazakhstan, Judge of the Administrative Court of Berlin and Jens Deppe, Head of the GIZ Representative Office in Georgia, continue publishing on the issues of general administrative law in Central Asia. Readers will be interested in the format of the article on the invalidity of transactions, proposed by Hans-Joachim Schram, co-director of the Institute of Eastern Law at the University of Wismar, doctor of law, professor. The publication of Maria Krausenbock, LL.B., LL.M., the adviser of the «Promoting legal statehood in the countries of Central Asia» regional program, introduces the author's vision of the consequences of the application of English law elements in Kazakhstan.

The publication of A. Aliyev, a research fellow at the Institute of Law of Eastern Europe, Christian Albrecht Kiel University, coordinator of the Kiel Center for Eurasian Economic Law, determines the possibility of Kazakhstan's use of foreign, particularly English, experience, as well as the leading new model codifications - the Principles of the European Contract Law 1998/2002 and the Unidroit Contractual Principles of 2010. A. Pecoraro, LLM, University of Edinburgh (London), examines the legal nature of the «umbrella clause» as any obligation undertaken by an investor, by means of analyzing of the Anatoly Stati v Kazakhstan case-law.

The thematic issue defines implementation mechanisms in various branches of national legislation.

"The Chronicle of Scientific Life" column is represented by a number of scientific events that took place with the direct participation of the staff of the Institute of Legislation.

For the first time, the «Bibliography» column is published, which contains reviews of scientific publications, authors of which are I.K. Eleusizova, D.M. Tyrlybek, E.M. Abaideldinov, M.A. Sarsembaev, Zh.O. Kulzhabaeva.

Dear regular readers and prospective authors!

Please note that the Issue No. 3 of the Bulletin is devoted to the implementation of the Concept of the Legal Policy of the Republic of Kazakhstan. Deadline for submission of the article to the editorial office is before July 1, 2012.

We invite all comers to cooperate and publish their scientific articles and reviews on the pages of the Bulletin!

We will be glad to receive your suggestions and remarks.

Editorial Board
«Bulletin of Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan»

Қазақстан Республикасы Әділет министрі М.Б. Бекетаевтың «ҚР кейбір конституциялық заңдарына мемлекеттік билік тармақтары арасында өкілеттіктерді қайта бөлу мәселелері бойынша өзгерістер мен толықтырулар енгізу туралы» Конституциялық заңның жобасы бойынша баяндамасы

Жарияланған күні: 31 мамыр 2017 - 10:07

Құрметті Нұрлан Зайроллаұлы!
Құрметті депутаттар!

Елбасы арнайы үндеуінде мемлекеттік биліктің тармақтары арасында Президенттің заң деңгейінде бекітілген кейбір өкілеттіктерін қайта бөлу туралы тапсырма берген.

Елбасының өкімімен құрылған арнайы жұмыс тобы қайта бөлуге жататын өкілеттіктерді анықтады. Олар әлеуметтік-экономикалық салаларды реттейтін Президенттік өкілеттіктер. Әділет министрлігі өз кезегінде тиісті Конституциялық заңның жобасын әзірледі.

Бұл жобаға сәйкес «Президент туралы», «Үкімет туралы» және «Сот жүйесі және судьялардың мәртебесі туралы» Конституциялық заңдарға түзетулер ұсынылады.

Атап айтқанда, Үкіметке Президенттің келесі өкілеттіктерін беру ұсынылады:

- Республикалық бюджет комиссиясын құру және республикалық бюджеттің атқарылуы туралы есепті жасау және ұсыну тәртібін айқындау.

- Президенттің келісімі бойынша мемлекеттік жоспарлау жүйесін айқындау.

Сонымен бірге, Президентке тікелей бағынатын және есеп беретін мемлекеттік органдардың стратегиялық жоспарларын бекіту бойынша Президенттің құқығын белгілеу ұсынылады.

Ал, «Сот жүйесі және судьялардың мәртебесі туралы» Конституциялық заңына енгізілетін өзгеріске сәйкес судьяларға күәлікті беру тәртібін белгілеу Жоғары Сот Кеңесіне жүктелетін болады.

Заң жобасы еліміздегі саяси реформалардың маңызды бөлігі болып табылады.

Қолдауларыңызды сұраймын.

Доклад Министра юстиции Республики Казахстан Бекетаева М.Б. по проекту Конституционного Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые конституционные законы Республики Казахстан по вопросам перераспределения полномочий между ветвями государственной власти»

Опубликовано: 31 мая 2017 - 10:07

Уважаемый Нурлан Зайруллаевич!
Уважаемые депутаты!

В своем специальном обращении Президентом было поручено перераспределить полномочия между ветвями государственной власти, установленных на уровне законов.

Специальной рабочей группой, созданной распоряжением Главой государства, определен перечень полномочий Президента, подлежащих перераспределению. Это полномочия по регулированию экономических процессов.

В свою очередь, Министерством юстиции разработан проект Конституционного закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые конституционные законы Республики Казахстан по вопросам перераспределения полномочий между ветвями государственной власти».

Законопроект предусматривает поправки в Конституционные законы «О Президенте», «О Правительстве» и «О судебной системе и статусе судей».

В частности, предлагается передать следующие полномочия от Президента Правительству:

- образование Республиканской бюджетной комиссии и определение порядка составления и представления годового отчета об исполнении республиканского бюджета;

- определение по согласованию с Президентом системы государственного планирования.

Вместе с тем за Главой государства предлагается закрепить право по утверждению стратегических планов госорганов, непосредственно подчиненных и подотчетных Президенту.

Также проектом Конституционного закона предусматривается передача Высшему Судебному Совету полномочия Президента по установлению порядка выдачи удостоверений судьям.

Уважаемые депутаты!

Проект Конституционного закона является важной частью политической реформы страны.

Прошу поддержать!

Report of Minister of justice Beketayev M.B. on draft of Constitutional Law «On introducing amendments and additions to some constitutional laws of Republic of Kazakhstan on the issues of redistribution of powers between the branches of state authority»

Published on: 31 May 2017 - 10:07

Dear Nurlan Zairullaevich!
Dear deputies!

In his special message, the President instructed to redistribute powers between the branches of state authority, established at the level of laws.

The special working group created by the decree of Head of state defined the list of powers of the President subject to redistribution. It is the power to regulate economic processes.

In turn, Ministry of justice developed Constitutional law «On introducing amendments and additions to some constitutional laws of Republic of Kazakhstan on the issues of redistribution of powers between the branches of state authority».

The bill provides for amendments to Constitutional laws «On President», «On Government» and «On judicial system and status of judges».

In particular, it is proposed to delegate the following powers from the President to the Government:

- formation of Republican budget commission and determination of procedure for drawing up and submitting an annual report on execution of republican budget;

- determination by agreement with the President of state planning system.

At the same time, it is proposed to secure the right to approve strategic plans of state agencies by Head of state directly subordinate and accountable to the President.

Also, the draft of Constitutional law provides for transfer of powers of the President to Supreme Judicial Council to establish the procedure for issuing certificates to the judges.

Dear deputies!

The draft of Constitutional law is an important part of political reform of the country.

Please support!

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

(Статья Г.С. Сапаргалиева и А.А. Салимгерея «Актуальные проблемы международного права Республики Казахстан» // журнал «Вестник Института законодательства Республики Казахстан». – №4(12)-2008 г. Рубрика «Международное право». – С. 92-100).

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

А.А. Салимгерей
кандидат юридических наук, доцент, заместитель директора Института государства и права КазГЮУ, Президент Казахстанской ассоциации международного права

Республика Казахстан проводит активную внешнюю политику, направившую на установление взаимовыгодных международных связей с другими государствами. В Указе Президента Республики Казахстан «О дальнейших мерах по реализации Стратегии развития Казахстана до 2030 года»[1] от 15 августа 2003 года отмечается, что в мировом сообществе Казахстан утвердился как государство с хорошим потенциалом для экономического развития, и его задача состоит в том, чтобы задействовать этот потенциал с наибольшей эффективностью и обеспечить рост благосостояния широких слоев населения на основе высоких темпов развития экономики.

В этой связи Республике Казахстан необходимо решать ряд задач, направленных на укрепление международного авторитета Казахстана, обеспечения и защиты национальных и геополитических интересов страны, активного участия в интеграционных процессах на постсоветском пространстве, всестороннем расширении взаимовыгодного сотрудничества с государствами и международными организациями.

В настоящее время Республика Казахстан является членом большинства универсальных и региональных международных организаций, принятых международным сообществом. Республика Казахстан стала 168-м полноправным членом ООН и пользуется всеми правами, вытекающими из Устава Организации. Среди региональных организаций следует особо выделить членство Казахстана в Содружестве Независимых Государств для эффективного функционирования которого Республика Казахстан предпринимает активные внешнеполитические действия, направленные на формирование Единого экономического пространства. Казахстаном заключены торгово-экономические договоры с более чем 100 странами, с большинством из которых торговля осуществляется на основе режима наибольшего благоприятствования.

При этом на общем фоне активной внешнеполитической деятельности Республики Казахстан и постепенного вхождения в систему современных международных отношений особое значение приобретают вопросы разрешения крупных узловых проблем, успешное разрешение которых в состоянии обеспечить прорыв республики сразу по ряду перспективных направлений внешнеполитической и внешнеэкономической деятельности и подготовить почву для дальнейшего поступательного развитая государства в различных сферах. Среди них наиболее злободневными являются проблемы определения правового статуса Каспийского моря, правовые проблемы космической деятельности Республики Казахстан, урегулирование вопросов, связанных со статусом и режимом трансграничных вод, защита и сохранение окружающей среды, правовые аспекты участия Казахстана в интеграционных структурах на постсоветском пространстве и другие актуальные проблемы.

В этой связи отдельные институты и отрасли международного права имеют для Казахстана особое значение, исследование и развитие которых должно быть на особом приоритете во внешнеполитической деятельности страны и в юридической науке Казахстана. Это соотношение международного и национального права, международное морское право, международное космическое право, международное экономическое право, международное экологическое право, международное гуманитарное право, право международной безопасности и другие.

[1] *Указ Президента Республики Казахстан «О дальнейших мерах по реализации Стратегии развития Казахстана до 2030 года» от 15 августа 2003 // ЗРК Справочно-информационная система «Юрист» за 2008г.*

Так, являясь полноправным членом мирового сообщества, Республика Казахстан не только формирует свою договорно-правовую базу, но и развивает национальную правовую систему в соответствии с международными нормами. По Конституции Республики Казахстан (пункт 3 статьи 4)[2] указано, что ратифицированные международные договоры имеют приоритет перед внутренним законодательством и применяются в Казахстане непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание специального закона. Кроме того, пункт 1 статьи 4 называет международные договорные и иные обязательства Казахстана частью его действующего права.

Согласно статье 8 Конституции, Республика Казахстан уважает принципы и нормы международного права. Говоря о примате международного права над внутригосударственным, следует отметить, что этот институт касается только ратифицированных международных договоров Республики Казахстан. Юридический примат международного права над казахстанским закрепляется во многих нормативных актах. По этому аспекту подчеркнем, что в теории международного права существуют две точки зрения о так называемом примате международного права. Согласно одной точки зрения, примат международного права означает его главенствующую роль среди всех правовых систем. Согласно другой означает обязанность государств руководствоваться в своих международных отношениях, прежде всего, международным правом, а не другими побудительными мотивами. Вместе с тем нельзя не признать, что у каждого государства есть свои национальные интересы. Поэтому задача заключается в том, чтобы, не нарушая международного права, поставить его на службу своим национальным интересам[3].

Например, некоторые государства на конституционном уровне закрепили положение о том, что ратифицированные или признанные государством международные договоры автоматически являются составной частью национального законодательства или правовой системы страны.

Так, статья 6 Конституции Армении провозгласила: «Заключенные от имени Республики Армения международные договоры применяются только после ратификации. Ратифицированные международные договоры являются составной частью правовой системы Республики. Если в них установлены иные нормы, чем предусмотренные в законах, то применяются нормы договора. Противоречащие Конституции Армении международные договоры могут быть ратифицированы после внесения в Конституцию соответствующей поправки»[4]. Более четкую позицию о месте международных договоров в законодательстве страны содержит статья 9 Конституции Украины: «Действующие международные договоры, согласие на обязательность которых дано Верховной Раде Украины, являются частью национального законодательства Украины. Заключение международных договоров, противоречащих Конституции Украины, возможно только после внесения соответствующих изменений в Конституцию Украины»[5].

В п. 3 статьи 12 Конституции Кыргызской Республики записано: «Ратифицированные Кыргызской Республикой межгосударственные договоры и иные нормы международного права являются составной и непосредственной действующей частью законодательства Кыргызской Республики»[6].

Что касается Конституции России, то она также восприняла современные тенденции, присущие для конституций европейских государств, где международное право провозглашается частью правовой системы или частью национального права. Так, Пункт 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации гласит: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора»[7].

В то же время в российской доктрине международного права активно ведутся дискуссии по вопросам соотношения международного и национального права вокруг части 4 статьи 15 Конституции. Причем

[2] *Конституция Республики Казахстан принятая на всенародном Референдуме от 30 мая 1995г. - Алматы: Жеты-Жаргы, 2007.*

[3] *Международное право: учебник/Отв. ред. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. - 2-е издание. - Москва: Международные отношения, 2005. - С. 22.*

[4] *Конституция Республики Армения от 5 июля 1995 г. // Новые конституции стран СНГ и Балтии. Сборник документов. Вып. 2. - М.: Манускрипт, Юрайт, 1998. - С. 106.*

[5] *Конституция Украины от 28 июня 1996 г. // Новые конституции стран СНГ и Балтии. Сборник документов. Вып. 2. - М.: Манускрипт, Юрайт, 1998. - С. 509-510.*

[6] *Конституция Кыргызской Республики от 5 мая 1995 г. // Новые конституции стран СНГ и Балтии. Сборник документов. Вып. 2. -М.: Манускрипт, Юрайт, 1998. - С. 273-274.*

[7] *Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993г. // Новые конституции стран СНГ и Балтии. Сборник документов. Вып. 2. - М.: Манускрипт, Юрайт, 1998. - С. 360.*

эти вопросы являются актуальными и для Республики Казахстан. По мнению некоторых исследователей, необходимо определить, какие принципы и нормы международного права, о которых идет речь, являются «общепризнанными», каковы критерии, позволяющие отнести те или иные принципы и нормы международного права к числу общепризнанных[8]. Кроме того, отмечают российские исследователи, проблема заключается в том, что не все договоры могут иметь приоритет, и не над всеми законами. Что существуют юридические условия, лишь при наличии которых можно применять нормы соответствующего договора. Что различаются самоисполнимые и несамоисполнимые нормы, последние не подлежат применению к конкретным ситуациям[9].

Некоторые ученые считают, что к общепризнанным нормам международного права могут быть отнесены лишь нормы, признанные всеми без исключения государствами. Однако такая позиция, как замечает С.В. Бахин, представляет собой крайность, поскольку нормоустановлений, безоговорочно признанных всем международным сообществом, не так много. Поэтому возобладала более умеренная позиция, согласно которой общепризнанные нормы должны быть приняты большинством государств. Проблема, однако, в том, как рассчитывать это большинство. Ситуация осложняется тем, что общепризнанные нормы не однородны по своему составу. Особое место среди них занимают императивные нормы международного права. Если такая категория, как общепризнанные нормы международного права, выделяется лишь на доктриальном уровне и доктриально же интерпретируется, то императивные нормы имеют четко зафиксированный легальный статус, который регламентирован в ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г[10]. Но здесь следует заметить, что в настоящее время не существует международного договора и вообще международного документа, в котором давался бы перечень императивных принципов международного права. Согласно господствующей в западной международной литературе концепции, общее международное право представляет собой только обычное право[11].

Сегодня практически все законодательные акты Республики Казахстан отдают приоритет только ратифицированным международным договорам. Например, статья 2 Экологического Кодекса Республики Казахстан (Экологическое законодательство Республики Казахстан) от 27 июля 2007 г. гласит: «1. Экологическое законодательство Республики Казахстан основывается на Конституции Республики Казахстан и состоит из настоящего Кодекса и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан. 2. Если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в настоящем Кодексе, то применяются правила международного договора»[12]. Одним из немногих законодательных актов Республики Казахстан, где нашло место международных договоров Республики, является Гражданский кодекс Республики Казахстан. Так, пункт 8 статьи 3 Гражданского кодекса (Гражданское законодательство Республики Казахстан) гласит: Если международным договором, участником которого является Республика Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в гражданском законодательстве Республики Казахстан, применяются правила указанного договора. Международные договоры, участником которых является Республика Казахстан, к гражданским отношениям применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутриреспубликанского акта[13].

Между тем Республика Казахстан становится участником многих международных соглашений не только путем ратификации. Так, в статье 1 Закона Республики Казахстан от 30 мая 2005 г. «О международных дого-

[8] *Ганюшкин Б.В. Проблемы трансформации и имплементациимеждународно-правовых норм в отечественной доктрине международного права // В сборнике: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры в практике Конституционного правосудия». Материалы Всероссийского совещания Москва, 24 декабря 2002 г. / Под ред. МА. Митокова — М.: Международные отношения, 2004г. – С. 79.*

[9] *Марочкин С.Ю. К 10-лтию Конституции Российской Федерации: проблемы реализации принципа о нормах международного права как составной части правовой системы России» // В сборнике: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры в практике Конституционного правосудия». Материалы Всероссийского совещания Москва, 24 декабря 2002 г. / Под ред. М.А. Митюкова - М.: Международные отношения, 2004 г. - С. 51.*

[10] *Международная составляющая правовой системы России*

[11] *Международное право. Учебник / Под ред. Л.Н. Шестакова - М.: Юридическая литература 2005. - С. 20.*

[12] *Экологический Кодекс Республики Казахстан от 27 июля 2007г. //ЗРК Справочно-информационная система «Юрист» за 2008 г.*

[13] *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 05.07.2008 г.) //ЗРК Справочно-информационная система «Юрист» за 2008 г.*

ворах Республики Казахстан» перечислены способы выражения согласия

Республикой Казахстан на обязательность международного договора - это подписание, ратификация, утверждение (принятие) и присоединение[14].

По этому случаю возникает ряд вопросов, связанных с соотношением международных договоров, признанных Республикой Казахстан в различных способах.

Например, Соглашение о взаимодействии государств-участников СНГ в области международных автомобильных грузовых перевозок (г. Ялта, 18 сентября 2003 года), было утверждено постановлением Правительства РК от 11.08.04. Соглашение же между Правительством Республики Казахстан и Правительством Федеративной Республики Германия «О международных автомобильных перевозках пассажиров и грузов» (г. Бонн, 26 ноября 1997 года) Республика Казахстан ратифицировала в соответствии с Законом РК от 30.12.99 г. Причем последнее соглашение не предусматривало обязательную его ратификацию. Так, в статье 19 Соглашения стороны установили, что оно вступает в силу в день, когда Правительство Республики Казахстан уведомит Правительство Федеративной Республики Германия о том, что необходимые для вступления Соглашения в силу внутригосударственные процедуры выполнены.

В этой связи возникает вполне резонный вопрос о соотношении двух актов, принятых по одному предмету правового регулирования, т.е. на основе каких критериев один договор был поставлен выше другого?

Таким образом, можно подчеркнуть, что в Республике Казахстан нет системного подхода со стороны официальных государственных органов страны в вопросе выбора способов выражения согласия на обязательность международных договоров. Поэтому Республика Казахстан должна придерживаться строгой последовательности в решении этого вопроса, чтобы исключить вероятность появления «приоритетных» и «нижестоящих» договоров в системе действующего права.

Кроме этого, возникает вопрос относительно статьи 4 Конституции Республики Казахстан, где действующим правом в Республике Казахстан являются также международные договорные и иные обязательства Республики.

По этому поводу Конституционный Совет Республики Казахстан 28 октября 1996 года дал официальное толкование пункта 1 статьи 4 и пункта 2 статьи 12 Конституции Республики Казахстан. При анализе п. 1 статьи 4 Конституции Республики Казахстан Конституционный Совет исходил из того, что действующее право Республики Казахстан рассматривается здесь как система норм, содержащихся в принятых правомочными субъектами в установленном порядке нормативных правовых актах: Конституции и соответствующих ей законах Республики, Указах Президента, постановлениях Парламента, его Палат и Правительства Республики, иных нормативных правовых актах, международных договорах, ратифицированных Республикой Казахстан, нормативных постановлениях Конституционного Совета и Верховного Суда Республики. Высшей юридической силой обладает Конституция Республики Казахстан.

Между тем Конституционный Совет Республики Казахстан не высказал свою точку зрения в отношении «иных обязательств Республики», которые могут подразумевать только международные обычаи. Общеизвестно, что основным источником международного права являются договоры и обычаи. Причем оба они имеют равную юридическую силу. Некорректный характер разъяснений Конституционного Совета в отношении международного права, заключает С.Ж. Айдарбаев, в следующем:

1) международное право имеет два абсолютно равноценных по юридической силе источника - международный договор и международный обычай. Указывая в своем постановлении, что приоритет перед законами имеют только международные договоры, ратифицированные Республикой, Конституционный Совет тем самым прямо проигнорировал международные обычаи. Таким образом, один источник международного права признается, хоть и частично, имеющим приоритет перед законами, а второй - полностью игнорируется;

2) в тексте постановления ни разу не применен термин «международный обычай», исходя из чего, а также основываясь на доказательственной базе примененной Конституционным Советом, можно заключить, что этот орган под «принципами и нормами международного права» имеет в виду договорные источники международного права[15].

Обобщая сказанное, можно заключить, что Республика Казахстан, выражая свое согласие на обязательность международного договора путем присоединения или

[14] *Закон Республики Казахстан от 30мая 2005г. «О международных договорах Республики Казахстан // ЗРК Справочно-информационная система «Юрист» за 2008 г.*

[15] *Айдарбаев С.Ж. Место международных обычаев в правовой системе Республики Казахстан / Казахстанский ежегодник международного права: 2007 - Алматы, 2008. Выпуск 2. - С. 63.*

одобрения, как и в случае его ратификации принимает на себя также определенные международные обязательства. Поэтому действующим правом в Республике Казахстан следует считать также не только международные обязательства Казахстана, принятые путем ратификации международных договоров, но и выраженные другими способами на обязательность международных договоров, которые перечислены в Законе Республики Казахстан от 30 мая 2005 г. «О международных договорах Республики Казахстан». В противном случае возникает вопрос о целесообразности заключения Казахстаном международных договоров, которые не могут считаться источником действующего права страны. Безусловно, многие договоры, заключенные Казахстаном не являются самоисполнимыми и для их действия необходимо принимать специальные нормативные акты. Между тем на доктринальном уровне не установлено четкого разграничения самоисполнимых и так и несамоисполнимых норм. К тому же не вполне ясно, на каком этапе и кто именно должен констатировать, что конкретная норма не является самоисполнимой (мы не берем в расчет вполне очевидный случай). Можно представить ситуацию, когда одна и та же норма будет признана одним правоприменительным органом самоисполнимой, а другим - нет[16]. Проблема осложняется тем, что действующее законодательство Казахстана четко не регламентирует этот важный аспект.

В то же время следует иметь в виду, что национальные законы и правила могут и не быть полностью идентичными предписаниям международных норм, и это не будет рассматриваться как их нарушение. По мнению Я. Броунли, «из природы договорных обязательств и из обычного права возникает общая обязанность государства привести внутреннее право в соответствие с обязательствами по международному праву. Однако, вообще говоря, необеспечение такого соответствия само по себе не представляет прямого нарушения международного права. Нарушение налицо лишь тогда, когда то или иное государство не выполняет своих обязательств в каком-либо конкретном случае»[17].

Для устранения вышеобозначенных вопросов необходимо проводить научную экспертизу международных договоров Республики Казахстан, к которым планирует присоединиться Республика. Эта необходимость вытекает из поручения Президента Республики Казахстан о проведении обязательной инвентаризации заключенных международных договоров на предмет их соответствия действующему законодательству, проводимым реформам и политико-финансовым возможностям государства. И, разумеется, речь здесь должна идти о зарекомендовавших себя специалистах и экспертах, проводивших научные экспертизы международных договоров. Поэтому в Республике Казахстан необходимо пересмотреть порядок проведения научной экспертизы применительно к международным договорам участником, которых намеревается стать наша Республика.

Так, в соответствии с Конституцией Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. одним из полномочий Парламента является принятие нормативных правовых актов (ст. 54) в виде конституционных законов и законов, по проектам которых при их внесении на рассмотрение высшего законодательного органа Республики в обязательном порядке должна проводиться научная экспертиза. Во всех остальных случаях, как гласит п. 1 ст. 22 Закона Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» от 24 марта 1998 г., научная экспертиза (правовая, экологическая, финансовая и др.) по проектам письменных, официальных документов, принятых уполномоченным органом или должностным лицом государства, может проводиться в зависимости от правоотношений, регулируемых данными актами. Что касается в этой связи международных договоров, то они представляют собой международные соглашения, заключенные Республикой Казахстан с иностранным государством (государствами) или международной организацией (организациями) и регулируемые международным правом и, следовательно, не подпадают под понятие «нормативных правовых актов», но являются частью действующего права Республики Казахстан (только ратифицированные). Соответствующая научная экспертиза по ним, участницей которых намеревается стать Республика Казахстан, а также по проектам тех из них, подлежащих ратификации, проводится при необходимости по инициативе Правительства или центральных государственных органов Республики Казахстан (п. 1 ст. 4 Закона РК «О международных договорах Республики Казахстан»). Обязательная научная экспертиза по ним, как это указано в этом же Законе, проводится в случаях, предусмотренных законодательными актами Республики Казахстан.

Как и в случае с нормативными правовыми актами, научная экспертиза между-

[16] *Бахин С. В. Международная составляющая правовой системы России. Статья вторая // Правоведение. Известия высших учебных заведений. №1. - С. 126.*

[17] *Броунли Я. Международное право. В 2-х т. Т. 1. - М., 1977. - С. 71.*

народных договоров проводится в целях оценки их качества, обоснованности, своевременности, правомерности, определения эффективности и выявления возможных отрицательных последствий и может осуществляться организациями, экспертами, привлекаемыми из числа ученых и специалистов.

Сравнительный анализ вышеприведенных норм указанных законов в то же время показывает, что при осуществлении научной экспертизы международных договоров необходимо придерживаться четко и однозначно определенных подходов. Дело в том, что, прежде всего, международные договоры, участником которых намеревается стать Республика Казахстан, будут налагать на Республику международно-правовые обязательства, которые соответственно должны быть нацелены на достижение необходимого для Республики Казахстан результата. Кроме того, делая оговорки относительно проведения научной экспертизы международных договоров «при необходимости» и устанавливая ее «обязательность» в зависимости от наличия или отсутствия соответствующих норм в конкретных законодательных актах, законодательство не содержит каких-либо иных критериев, позволяющих точно определить все категории международных договоров, подлежащих составлению необходимых заключений (то есть собственно научных экспертиз) и перечень соответствующих приоритетных научных организаций Республики.

28 ноября 2005 г. Республика Казахстан ратифицировала международный Пакт о гражданских и политических правах без оговорки, нормы которой противоречили Конституции Республики Казахстан (в частности, статье 16 п.2 Конституции РК). В последующем это противоречие было устранено в результате внесений изменений и дополнений в Конституцию РК в мае 2007т.[18].

Исходя из вышеизложенного, можно полагать, что по всем международным договорам целесообразно проводить научные экспертизы, поскольку они затрагивают национальные интересы Республики Казахстан. Причем при проведении научно-правовой экспертизы применительно к международным договорам, участницей которой планирует стать Республика Казахстан, в первую очередь, необходимо учитывать их вероятное противоречие национальным интересам, суверенитету страны, а также возможным финансовым затратам. Причем последний аспект имеет очень важное значение, поскольку участие в международных договорах предполагает значительные финансовые затраты в форме совместных комиссий, консультаций, инспекций и т.д. По состоянию на 1 января 2008 г. Республика Казахстан является участником около 2300 международных договоров, но многие из них являются не действующими или не эффективными. Только в рамках СНГ Казахстан участвует в более 200 международных соглашений, большинство из которых остаются не эффективными.

В то же время есть те международные договоры, участие в которых отвечает национальным интересам страны. Например, Республика Казахстан не является участницей такого универсального международного договора, как Конвенция ООН по морскому праву 1982 г. Более того, возможное присоединение к Конвенции ООН почему-то было отклонено межведомственной комиссией Республики Казахстан по неизвестным нам причинам. Между тем необходимость присоединения Республики Казахстан к вышеназванной Конвенции объясняется следующим фактором. Так, по прогнозам экспертов, нефтегазовые ресурсы страны позволят эффективно их разрабатывать в течение 40 лет. Примерно такая же ситуация складывается и с другими природными ресурсами. По прогнозам ученых, в связи с истощением природных ресурсов, расположенных на суше, человечество в XXI веке столкнется с международными конфликтами из-за притязаний государств на природные ресурсы Мирового океана. Как отметил бывший Генеральный секретарь ООН Б. Бутрос-Гали: «Мир ждет растущий разрыв между спросом и предложением на некоторые природные ресурсы, прежде всего такие, как пресная вода; почва, пригодная к культивации; рыба и другие морепродукты. В значительной степени, чем сейчас возрастет в период между 2000 и 2050 годами потребление нефти, однако после 2100 г. эти темпы замедлятся»[19].

Следовательно, логично предположить, что Республике Казахстан уже сегодня необходимо ставить и решать задачи по освое-

[18] *О наличии этих противоречий Салимгерей А.А., Айдарбаев С.Ж. неоднократно писали в республиканских научных изданиях. См. доклад «Особенности конституционного регулирования международных правовых обязательств в Республике Казахстан» в сборнике материалов республиканской научно-теоретической конференции: «Проблемы реализации положений, принципов и идей Конституции РК». - Алматы, 2005. - С. 340-345.*

[19] *Международное морское право Учебное пособие / Отв. ред. С.А. Гуреев. - Москва: Юридическая литература, 2003. - С. 329.*

нию природных богатств Мирового океана, международно-правовое значение которых для государств возрастает. В этой связи возникает необходимость участия Республики Казахстан в серии многосторонних соглашений, регулирующих порядок использования пространств и ресурсов Мирового океана, среди которых особое место занимает Конвенция ООН по морскому праву 1982 г., справедливо именуемая «Конституцией Мирового Океана».

На 1 января 2007 г. Республика Казахстан не является участником данного международного договора. Между тем участие Республики Казахстан в Конвенции ООН 1982 г. полностью соответствует ее национальным интересам во внешнеполитической и экономической сферах и отвечает стратегическим задачам, озвученных в Послании Президента Республики Казахстан («Стратегия вхождения Казахстана в число 50 наиболее конкурентоспособных стран мира Казахстан на пороге нового рывка вперед в своем развитии»). Также необходимо отметить, что участие Республики Казахстан в Конвенции ООН 1982 г. отвечает ее интересам в долгосрочной перспективе, если принять во внимание, как было отмечено ранее, факт истощения природных (невозобновляемых) ресурсов на суше, а также тем правам и преференциям, которые может получить наша Республика.

По прогнозам экспертов Продовольственной и Сельскохозяйственной Организации ООН-ФАО, спрос на морские биоресурсы в XXI веке будет постоянно расти, а разрыв между спросом и предложением на эти ресурсы уже в настоящее время составляет не менее 10-15 млн. тонн. В этой связи, а также с учетом перехода большинства государств к рыночным отношениям, усиливается конкуренция за обладание биоресурсами в Мировом океане как важного компонента продовольственной безопасности государства[20].

Таким образом, перечисленные положения без сомнения обосновывают необходимость присоединения Республики Казахстан к Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. И главным образом по той причине, что Республика Казахстан активно выступает за применимость отдельных положений Конвенции 1982 г. применительно к определению нового правового статуса Каспийского моря, что явилось бы логическим следствием целенаправленной политики страны и послужило бы дополнительным импульсом в переговорном процессе прикаспийских стран. Более того, Конвенция 1982 г. содержит прочный фундамент и необходимые условия для успешного интегрирования Республики Казахстан в мировое экономическое пространство.

В Послании Президента страны народу Казахстана особо отмечено: «Мы желаем видеть Казахстан страной, развивающейся в соответствии с глобальными экономическими тенденциями. Страной, вбирающей в себя все новое и передовое, что создается в мире, занимающей в системе мирового хозяйства пусть небольшую, но свою конкретную «нишу», и способной быстро адаптироваться к новым экономическим условиям. Мы должны быть готовы к острой конкуренции и использовать ее в своих интересах. Казахстан может и должен активно участвовать в многосторонних международных экономических проектах, которые способствуют нашей интеграции в глобальную экономику, и опираются, в том числе, на наше выгодное экономико-географическое положение и имеющиеся ресурсы»[21].

Как было подчеркнуто ранее, для Республики Казахстан особое значение приобретают вопросы разрешения крупных узловых проблем, благоприятное решение которых в состоянии обеспечить прорыв Республики сразу по ряду перспективных направлений внешнеполитической и внешнеэкономической деятельности и подготовить почву для дальнейшего поступательного развития государства в различных сферах.

Одной из таких крупных проблем на сегодняшний день является вопрос определения правового статуса Каспия, правильное разрешение которого может дать мощный импульс дальнейшему развитию не только нефтегазового сектора Республики, но и таких отраслей как рыболовство, транзитные перевозки, что в свою очередь должно привести к бурному развитию морского торгового судоходства, железнодорожного и морского транспорта, судостроения, оживить дальнейший приток инвестиций в этот регион, усилить экспортный потенциал ряда отраслей народного хозяйства (сельского хозяйства, промышленного производства и др.) и т.д.

Необходимо иметь в виду, что правильное и выгодное для Казахстана разрешение каспийской проблемы требует научной проработки целого ряда правовых вопросов,

[20] *Ковалев А.А. Современное международное морское право и практика его применения. - Москва: Научная книга.- 2003. - С. 5.*

[21] *Послание Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана (Астана, 1 марта 2006 года) Стратегия вхождения Казахстана в число 50-ти наиболее конкурентоспособных стран мира Казахстан на пороге нового рывка вперед в своем развитии // ЗРК Справочно-информационная система «Юрист» за 2008 г.*

связанных со статусом замкнутых и полузамкнутых морей, с правом Казахстана как внутриконтинентального государства на доступ к открытому морю через систему российских каналов, с правами прибрежных государств на ресурсы исключительной экономической зоны, на рыболовство, на прокладку подводных трубопроводов, кабелей и др.

Кроме того это потребует глубокой научной проработки проблемы обеспечения безопасности Каспийского региона как части региона Центральной Азии и части Европы, что актуально в силу присутствия на Каспии такого ядерного государства как Россия и такого государства, постоянно усиливающего свои стратегические вооружения, как Иран, а также имеющихся на Каспии стратегических интересов США. Данный вопрос требует пристального изучения и в силу того, что Азербайджан не исключает создания на своей территории военных баз НАТО. Следует иметь в виду и то, что Азербайджан является стратегическим партнером Турции - государства члена НАТО, также имеющие свои интересы на Каспии. Данное направление научного исследования требует изучения вопросов создания безъядерных зон, тем более что такая инициатива центрально-азиатских стран и Казахстана по региону Центральной Азии уже озвучена.

Эти вопросы требует углубленного изучения, которые практически в Казахстан не проводились, что наглядным образом отразилось на переговор¬ном процессе Казахстана с другими прикаспийскими странами ввиду отсутствия специалистов по международному праву на первоначальном этапе.

Немаловажным вопросом для Республики Казахстан сегодня является развитие космического законодательства страны. Международное космическое право играет значительную роль в международном сотрудничестве с участием Республики Казахстан. Внешняя политика Казахстана в данной области направлена на активное участие в процессе мирного освоения космоса и использование как научных, так и прикладных результатов соответствующей деятельности.

Ключевыми приоритетами развития космической деятельности Казахстана являются расширение спектра услуг связи и повышение уровня информатизации страны на основе спутниковых телекоммуникационных систем. Сделаны определенные шаги и в направлении присоединения Казахстана к системе международного космического права. В 1996 году на 49-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН Республика Казахстан была принята членом Комитета ООН по использованию космического пространства в мирных целях, а в 1997 году присоединилась к пяти основным договорам ООН по космосу. В рамках положений международного космического права внесены изменения и дополнения в законы РК «Об экспортном контроле» и «О лицензировании», осуществляются процедуры, необходимые для присоединения Республики Казахстан к Режиму контроля ракетной технологии. Эти работы должны быть продолжены. Для успешного выполнения Программы важно создать нормативную правовую базу и эффективные экономические механизмы регулирования направлений и темпов развития космической деятельности в Казахстане[22].

Существенным фактором, определяющим международное сотрудничество Казахстана в области освоения космоса, является нахождение на его территории космодрома «Байконур» который используется в интересах целого ряда государств. Но для развития экономики, науки и техники, укрепления обороны и безопасности Республики Казахстан и дальнейшего расширения международного сотрудничества необходимо разработать национальное космическое законодательство, нужна эффективная государственная политика в области космической деятельности.

Важно отметить, что современное международное космическое право в связи со стремительной коммерциализацией космической деятельности стало более регламентированной нормами частного права. В этой связи можно говорить о становлении международного космического частного права.

13 октября 2005 г. в Республике Казахстан была принята государственная программа: «О развитии космической деятельности в Республике Казахстан на 2005-2007 годы. Одной из главных задач программы являлось обязательное принятие закона Республики Казахстан «О космической деятельности Республики Казахстан», который, однако, не был принят по настоящее время.

Причем практическое осуществление международно-правового сотрудничества Республики Казахстан по вышеуказанным вопросам предполагает наличие соответствующей системы изучения международного права. Поэтому официальная позиция Республики Казахстан в разрешении данных аспектов нуждается в дополнительном научном обосновании с международно-правовых позиций, что даст казахстанской дипломатии существенные аргументы для отстаивания и защиты собственных национальных

[22] *Государственная программа Республики Казахстан: «О развитии космической деятельности в Республике Казахстан на 2005 2007 годы // ЗРК Справочно-информационная система «Юрист» за 2008 г.*

интересов по всем приоритетным направлениям - устойчивое экономическое развитие, обеспечение экологической, энергетической и продовольственной безопасности.

Так, с обретением независимости в Казахстане научное юридическое сообщество стало осознавать необходимость ускоренного развития своей, казахстанской школы международного права, деятельность которой должна быть ориентирована на теоретические и прикладные аспекты наиболее актуальных для Казахстана международно-правовых проблем. Не секрет, что в рамках единого Союзного государства в Казахстане практически не готовили национальные кадры по международному праву.

Принято считать, что свой отсчет становление казахстанская наука международного права берет с 1990 года, когда впервые в Республике, в составе юридического факультета тогда еще Казахского государственного университета имени С.М. Кирова (а с 1992 года Казахского Национального университета имени аль-Фараби) была создана специализированная кафедра международного права. С началом функционирования этой кафедры было положено начало подготовки первых национальных кадров, работающих в настоящее время не только в органах государственной власти, в иностранных, совместных компаниях, но и в научных учреждениях и в высших учебных заведениях страны.

Первый специализированный диссертационный совет по защите кандидатских диссертаций по специальности «международное право» был создан в Республике в 1998 году в Казахском Национальном университете имени аль-Фараби, в период функционирования которого до 2002 года были успешно защищены первые кандидатские диссертации. В числе первых специалистов по международному праву следует выделить, С.Ж. Айдарбаева, М.Б. Кудайбергенова, О.Н. Сафонову, Т.К. Ерджанова, Ж.М. Аманжолова, А.А. Салимгерей.

В настоящее время специализированные факультеты и кафедры международного права действуют во многих высших учебных заведениях нашей страны. В 2005 г. была создана Казахстанская ассоциация международного права одной из главных целей, которой является содействие в прогрессивном развитии казахстанской науки международного права.

Особо отметим, что в становлении и развитии науки международного права Казахстана большую роль сыграли труды зарубежных авторов и в особенности российской школы международного права.

Кроме того, следует особо выделить роль Института государства и права в становлении и развитии международно-правовой науки Казахстана, в системе которого функционирует специализированный отдел международно-правовых проблем. Так, в период с 1997 г. по настоящее время сотрудниками Института были проведены и проводятся научные исследования по следующим темам: «Правовые проблемы участия Республики Казахстан в освоении минеральных ресурсов акватории Каспия», и «Международно-правовые проблемы рационального использования водных ресурсов в регионе Центральной Азии» в рамках государственной программы фундаментальных исследований Министерства образования и науки Республики Казахстан.

В то же время необходимо подчеркнуть, что научные исследования казахстанских ученых в сфере международного права, чаще всего, исходят как бы «изнутри», представляя взгляд на те, или иные международно-правовые проблемы, с которыми сталкивается Республика, а «не из-за пределов» государства. Это объективное обстоятельство, характеризующее современное состояние казахстанской международно-правовой науки без какой-либо интеграции с внешнеполитическими структурами страны.

Таким образом, на основе выше изложенного можно отметить следующее:

- необходимо проводить научно-правовую экспертизу всех международных договоров Республики Казахстан, к которым планирует присоединиться Республика, и в подготовке которых участвует наша страна;

- обеспечивать проведение научных исследований по актуальным проблемам международного права Республики Казахстан с участием компетентных сотрудников, работающих в научной и образовательной сфере и государственных учреждений страны;

- более тесная интеграция международно-правовой науки Казахстана с внешнеполитическими структурами Республики Казахстан, как это происходит в Российской Федерации;

Проведенный анализ по актуальным проблемам международного права Республики Казахстан не является исчерпывающим и поэтому они более последовательно будут раскрыты в последующих публикациях авторов.

Мақаланың авторлары Қазақстан Республикасының халықаралық құқығының өзекті мәселелеріне талдау жасайды. Қазақстан Республикасының белсенді сыртқы саясат қызметіне және қазіргі заманғы халықаралық қатынастар жүйесіне біртіндеп кірудің, ірі түйінді мәселелерді шешу кезіндегі ерекше маңыздылығын атап өтеді.

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И ВОПРОСЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ С КАЗАХСТАНСКОЙ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ НАУКОЙ

Салимгерей Арон Аманжолович
Директор Института государства и права Казахского национального университета имени аль-Фараби, к.ю.н., доцент; г.Алматы, Республика Казахстан; e-mail: salimgereia@mail.ru

Ключевые слова: *международное право; международные договоры; международные правовые обычаи; ратификация; имплементация; законодательство; правовая экспертиза.*

Аннотация. *В статье анализируются международно-правовые подходы Республики Казахстан, направленные на установление взаимовыгодных международных связей с другими государствами. Особое внимание в статье уделяется на процесс заключения международных договоров Республики Казахстан с другими государствами и на правила проведения научной правовой экспертизы, о месте казахстанской науки международного права и ее взаимосвязи с деятельностью государственных органов стран.*

В настоящей статье раскрываются и анализируются те же вопросы, которые опубликованы в 2007 году, но с учетом произошедших изменений в действующем законодательстве Республики Казахстан, во внешнеполитической деятельности Казахстана в современной системе международных отношений, анализа наиболее актуальных аспектов, связанных с процессом заключения международных договоров Республики Казахстан, места международного права в системе действующего права, о необходимости проведения научной правовой экспертизы на проекты международных договоров и на действующие международные договоры, о необходимости присоединения страны к ряду международных соглашений, о месте казахстанской науки международного права и ее взаимосвязи с деятельностью государственных органов страны. Те вопросы, которые раскрывались в предыдущей статье и не утратили актуальности в настоящее время были немного изменены и вновь представлены в настоящей статье.

ҚАЗАҚСТАН РЕСПУБЛИКАСЫ ХАЛЫҚАРАЛЫҚ ҚҰҚЫҒЫНЫҢ ӨЗЕКТІ ПРОБЛЕМАЛАРЫ ЖӘНЕ ҚАЗАҚСТАНДЫҚ ХАЛЫҚАРАЛЫҚ ҒЫЛЫММЕН ӨЗАРА ІС-ҚИМЫЛ МӘСЕЛЕЛЕРІ

Арон Аманжолұлы Сәлімгерей
Аль-Фараби атындағы Қазақ ұлттық университеті Мемлекет және құқық институтының директоры, з.ғ.к., доцент; Алматы қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: salimgereia@mail.ru

Түйін сөздер: *халықаралық құқық; халықаралық шарттар; халықаралық құқықтық салттар; ратификация; имплементтеу; заңнама; құқықтық сараптама.*

Аннотация. *Мақаланың авторлары Қазақстан Республикасының халықаралық құқығының өзекті мәселелеріне талдау жасайды. Қазақстан Республикасының белсенді сыртқы саясат қызметіне және қазіргі заманғы халықаралық қатынастар жүйесіне біртіндеп кірудің, ірі түйінді мәселелерді шешу кезіндегі ерекше маңыздылығын атап өтеді. Сонымен бірге халықаралық құқық қазақстандық ғылымының орны туралы және оның елдегі мемлекеттік органдары қызметімен арақатынасы туралы айтылған.*

Бұл мақалада 2007 жылы жарияланған, бірақ Қазақстан Республикасының қолданыстағы заңнамасында, Қазақстанның сыртқы саяси қызметіндегі халықаралық қатынастардың заманауи жүйесінде болып жатқан өзгерістерді, Қазақстан Республикасының халықаралық шарттарды жасау процесімен байланысты негұрлым өзекті аспектілерді талдауды, қолданыстағы құқық жүйесіндегі халықаралық құқықтың орнын ескере отырып, халықаралық шарттар жобаларына және қолданыстағы халықаралық шарттарға ғылыми құқықтық сараптама жүргізу қажеттігі туралы, еліміздің бірқатар халықаралық келісімдерге қосылу қажеттігі туралы, халықаралық құқықтың қазақстандық ғылымының орны және оның еліміздің мемлекеттік органдарының қызметімен өзара байланысы туралы мәселелер ашылған және талдау жасалған. Алдыңғы мақалада ашылған және қазіргі

уақытта өзектілігінен айырылмаған мәселелер біршама өзгеріп, осы мақалада қайтадан ұсынылған.

ISSUES OF INTERNATIONAL LAW IN THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN AND ISSUES OF INTERACTION WITH KAZAKHSTAN INTERNATIONAL LEGAL SCIENCE

Salimgerei Aron Amanzholovich
Director of the Institute of State and Law of the Kazakh National University named after al-Farabi, Ph.D., Associate Professor; Almaty, Republic of Kazakhstan; e-mail: salimgereia@mail.ru

Keywords: *International law; international treaties; international legal practices; ratification; implementation; legislation; legal expertise.*

Abstract. *The article analyzes the international legal approaches of the Republic of Kazakhstan aimed at establishment of mutually beneficial international relations with other States. Special attention is devoted to the process of conclusion of international treaties of the Republic of Kazakhstan with other States and to the rules for the conduct of scientific legal examination, on the place of the Kazakhstan science of international law and its relationship with the activities of state bodies of the country).*
This article discloses and analyzes the same issues that were published in 2007, but taking into account the changes that have occurred in the current legislation of the Republic of Kazakhstan, in the foreign policy of Kazakhstan in the modern system of international relations, the analysis of the most relevant aspects related to the conclusion of international agreements by the Republic of Kazakhstan, the place of international law in the system of law in force, on the need for scientific legal examination of the drafts of treaties and the treaties in force, on the need for the accession of a number of international treaties, on the place of the Kazakhstan International law science and its relationship with the activities of state bodies. Those issues that were disclosed in the previous article and have not lost relevance at the present time have been slightly changed and are again presented in this article.

В Указе Президента Республики Казахстан «О дальнейших мерах по реализации Стратегии развития Казахстана до 2030 года»[1] от 15 августа 2003 года отмечается, что в мировом сообществе Казахстан утвердился как государство с хорошим потенциалом для экономического развития и его задача состоит в том, чтобы задействовать этот потенциал с наибольшей эффективностью и обеспечить рост благосостояния широких слоев населения на основе высоких темпов развития экономики.

В Послании Президента Республики Казахстан - Лидера нации Н. Назарбаева народу Казахстана Стратегия «Казахстан-2050» новый политический курс состоявшегося государства в 2012 году особо отмечается, что в «мировой политике наша страна – ответственный и надежный партнер, пользующийся бесспорным международным авторитетом. Мы играем важную роль в деле укрепления глобальной безопасности, поддерживаем мировое сообщество в борьбе с международным терроризмом, экстремизмом и незаконным оборотом наркотиков. Мы инициировали созыв Совещания по взаимодействию и мерам доверия в Азии – важной для нашей безопасности международной диалоговой площадки. Сегодня СВМДА объединяет 24 страны с населением более 3 миллиардов человек. Последние 2–3 года Республика Казахстан председательствовала в Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе, Шанхайской организации сотрудничества, Организации исламского сотрудничества и Организации Договора о коллективной безопасности. На астанинском Экономическом форуме мы предложили новый формат диалога – G-global. Суть этой инициативы – объединить усилия всех в деле создания справедливого и безопасного миропорядка. Мы вносим достойный вклад в обеспечение глобальной энергетической и продовольственной безопасности».

Безусловно за прошедшие 26 лет, когда Казахстан восстановил свою государственную независимость можно смело утверждать, что Республика Казахстан состоялось

[1] *Указ Президента Республики Казахстан «О дальнейших мерах по реализации Стратегии развития Казахстана до 2030 года» от 15 августа 2003//ЭРК Справочно-информационная система «Параграф» за 2017г.*

как государство и которое за указанный период заслужила международный авторитет и признание со стороны многих государств мира. Казахстан инициировал проведение Совещания по взаимодействию и мерам доверия в Азии, обеспечил проведение в Астане и председательствование в Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе, Организации исламского сотрудничества и Организации Договора о коллективной безопасности. В этой связи следует особо выделить роль Казахстана в лице Президента страны и лидера нации Нурсултана Назарбаева по созданию двух крупнейших международных организаций на Евразийском пространстве - Евразийского экономического союза и Шанхайской организации сотрудничества. О роли и значении этих организаций в вопросах экономической интеграции и обеспечения региональной безопасности написано очень много работ в средствах массой информации, в научных трудах, но не будет преувеличением отметить, что сегодня Шанхайская организация сотрудничества – это практически вторая после ООН международная организация с крупнейшей территорией и с населением более 3 млрд человек и на которой производится около трети внутреннего валового продукта мира.

На саммите в Астане 10 июня 2017 года Президент Казахстана Нурсултан Назарбаев вспоминая историю создания ШОС отметил, когда после того как пять государств решили проблемы границ с Китайской Народной Республикой - Казахстан предложил не расходиться после подписания границ, а организовать экономическое сотрудничество. Так возник ШОС, подчеркивал Президент страны[2].

Являясь полноправным членом мирового сообщества, Республика Казахстан не только формирует свою договорно-правовую базу, но и развивает национальную правовую систему в соответствии с международными нормами. Согласно Закону Республики Казахстан от 10 марта 2017 года «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» были внесены изменения и дополнения в пункт 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан - Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами. Порядок и условия действия на территории Республики Казахстан международных договоров, участником которых является Казахстан, определяются законодательством Республики» (ратифицированные международные договоры имеют приоритет перед внутренним законодательством и применяются в Казахстане непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание специального закона (старая редакция). Кроме того, пункт 1 статьи 4 называет международные договорные и иные обязательства Казахстана частью его действующего права.

Кроме этого, возникает вопрос относительно статьи 4 Конституции Республики Казахстан, где действующим правом в Республике Казахстан являются также международные договорные и иные обязательства Республики.

По этому поводу Конституционный Совет Республики Казахстан 28 октября 1996 года дал официальное толкование пункта 1 статьи 4 и пункта 2 статьи 12 Конституции Республики Казахстан. При анализе п.1 статьи 4 Конституции Республики Казахстан Конституционный Совет исходил из того, что действующее право Республики Казахстан рассматривается здесь как система норм, содержащихся в принятых правомочными субъектами в установленном порядке нормативных правовых актах: Конституции и соответствующих ей законах Республики, Указах Президента, постановлениях Парламента, его Палат и Правительства Республики, иных нормативных правовых актах, международных договорах, ратифицированных Республикой Казахстан, нормативных постановлениях Конституционного Совета и Верховного Суда Республики. Высшей юридической силой обладает Конституция Республики Казахстан.

Между тем, Конституционный Совет Республики Казахстан не высказал свою точку зрения в отношении «иных обязательств Республики», которые могут подразумевать только международные обычаи. Общеизвестно, что основным источником международного права являются договоры и обычаи. Причем оба они имеют равную юридическую силу. Некорректный характер разъяснений Конституционного совета в отношении международного права заключается в следующем:

1) международное право имеет два абсолютно равноценных по юридической силе источника – международный договор и международный обычай. Указывая в своем постановлении, что приоритет перед законами имеют только международные договоры, ратифицированные Республикой, Конституционный совет тем самым прямо проигнорировал международные обычаи. Таким образом,

[2] *https://informburo.kz/novosti/nazarbaev-o-shos-na-sammite-v-astane-nachinaetsya-novaya-istoriya-nashey-organizacii.html*

один источник международного права признается, хоть и частично, имеющим приоритет перед законами, а второй – полностью игнорируется;

2) в тексте постановления ни разу не применен термин «международный обычай», исходя из чего, а также основываясь на доказательственной базе примененной Конституционным советом, можно заключить, что этот орган под «принципами и нормами международного права» имеет в виду договорные источники международного права[3].

Обобщая сказанное, можно заключить, что Республика Казахстан, выражая свое согласие на обязательность международного договора путем присоединения или одобрения, как и в случае его ратификации, принимает на себя также определенные международные обязательства. Поэтому действующим правом в Республике Казахстан следует считать также не только международные обязательства Казахстана, принятые путем ратификации международных договоров, но и выраженные другими способами на обязательность международных договоров, которые перечислены в Законе Республики Казахстан от 30 мая 2005г. «О международных договорах Республики Казахстан». В противном случае возникает вопрос о целесообразности заключения Казахстаном международных договоров, которые не могут считаться источником действующего права страны.

Например, Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Китайской Народной Республики о сотрудничестве в сфере использования и охраны трансграничных рек (г. Астана, 12 сентября 2001 года),[4] которое было утверждено постановлением Правительства РК от 10.09.02 г. исключено из сферы действия п.2 статьи 15 Водного Кодекса РК от 9 июля 2003 года № 481., который призван регламентировать водные отношения.

Так, согласно п 11 статьи 9 Водного Кодекса одним из принципов водного законодательства является использование трансграничных вод на основе международных норм и международных договоров, ратифицированных Республикой Казахстан. Также статья 15 Водного Кодекса устанавливает порядок использования и охраны трансграничных вод на основе настоящего Кодекса, законодательства Республики Казахстан о Государственной границе и международными договорами, опять же ратифицированными Республикой Казахстан. И таких примеров можно привести много.

Согласно статье 8 Конституции, Республика Казахстан уважает принципы и нормы международного права. Говоря о примате международного права над внутригосударственным, необходимо отметить, что этот институт касается только ратифицированных международных договоров Республики Казахстан. Юридический примат международного права над казахстанским закрепляется во многих нормативных актах. По этому аспекту подчеркнем, что в теории международного права существуют две точки зрения о так называемом примате международного права. Согласно одной точки зрения, примат международного права означает его главенствующую роль среди всех правовых систем. Согласно другой – он означает обязанность государств руководствоваться в своих международных отношениях прежде всего международным правом, а не другими побудительными мотивами. Вместе с тем, нельзя не признать, что у каждого государства есть свои национальные интересы. Поэтому задача заключается в том, чтобы, не нарушая международного права, поставить его на службу своим национальным интересам[5].

Республика Казахстан становится участником многих международных соглашений не только путем ратификации. Так, в статье 1 Закона Республики Казахстан от 30 мая 2005 г. «О международных договорах Республики Казахстан» перечислены способы выражения согласия Республикой Казахстан на обязательность международного договора - это ратификация, утверждение, принятие и присоединение[6].

По этому случаю возникает ряд вопросов, связанных с соотношением международных договоров, признанных Республикой Казахстан в различных способах.

Например, Соглашение о взаимодействии государств-участников СНГ в области международных автомобильных грузовых перевозок (г. Ялта, 18 сентября 2003 года), было утверждено постановлением Правительства РК от 11.08.04. Соглашение же между Правительством Республики Казахстан и Правительством Федеративной Республики Германия «О международных автомобильных перевозках пассажи-

[3] *Айдарбаев С.Ж. Место международных обычаев в правовой системе Республики Казахстан / Казахстанский ежегодник международного права: 2007 – Алматы, 2008. Выпуск 2. – 192 с. С. 63.*

[4] *Вступило в силу 1 октября 2002 г.*

[5] *Международное право: учебник / Отв. Ред. Ю.М. Колосов, Э.С.Кривчикова.-2-е издание. Москва: Международные отношения, 2005г. -816с. С.22*

[6] *Закон Республики Казахстан от 30 мая 2005 г. «О международных договорах Республики Казахстан // ЗРК Справочно-информационная система «Параграф» за 2017г.*

ров и грузов» (г. Бонн, 26 ноября 1997 года) Республика Казахстан ратифицировала в соответствии с Законом РК от 30.12.99 г. Причем последнее соглашение не предусматривало обязательную его ратификацию. Так, в статье 19 Соглашения стороны установили, что оно вступает в силу в день, когда Правительство Республики Казахстан уведомит Правительство Федеративной Республики Германия о том, что необходимые для вступления Соглашения в силу внутригосударственные процедуры выполнены.

Возникает вполне резонный вопрос о соотношении двух актов, принятых по одному предмету правового регулирования, т.е. на основе каких критериев один договор был поставлен выше другого?

Таким образом, можно подчеркнуть, что в Республике Казахстан нет системного подхода со стороны официальных государственных органов страны в вопросе выбора способов выражения согласия на обязательность международных договоров. Поэтому Республика Казахстан должна придерживаться строгой последовательности в решении этого вопроса, чтобы исключить вероятность появления «приоритетных» и «нижестоящих» договоров в системе действующего права.

Особо отметим, что приоритет ратифицированных международных договоров должен сохраняться, поскольку они регламентируют важнейшие отношения и здесь не нужно опасаться того, что признав все договоры Казахстана источником действующего права, они могут вступить в противоречие с законодательством страны. Это противоречие может быть исключено путем проведения научно-правовой экспертизы проектов международных договоров и действующих международных договоров участником, которых планирует стать Республика Казахстан. Так, 28 ноября 2005 г. Республика Казахстан ратифицировала международный Пакт о гражданских и политических правах без оговорки, нормы которой противоречили Конституции Республики Казахстан (в частности, статье 16 п.2 Конституции РК). В случае проведения обязательной научной правовой экспертизы на указанный международный договор – это противоречие неизбежно было бы выявлено и устранено. В последующем это противоречие было устранено в результате внесений изменений и дополнений в Конституцию РК в мае 2007г.[7]

Согласно четвертому разделу Концепции (Правовое обеспечение внешнеполитической и внешнеэкономической деятельности)[8] намечено продолжить работу по приведению национального законодательства в соответствие с принятыми международными обязательствами и международными стандартами.

Следует особо выделить роль Министерства юстиции Республики Казахстан, которое с 2011 года выступило инициатором практического проведения научной правовой экспертизы проектов международных договоров Республики Казахстан и на действующие международные договоры, которые подлежат ратификации или которые подлежат признанию на основе закона о присоединении.

В соответствии со статьей 3 Закона Республики Казахстан «О международных договорах Республики Казахстан» от 30 мая 2005 года - международные договоры, участницей которых намеревается стать Республика Казахстан, а также проекты международных договоров, включенные в план заключения международных договоров Республики Казахстан, после согласования с заинтересованными центральными государственными органами Республики Казахстан по вопросам, относящимся к их компетенции, подлежат обязательной юридической экспертизе в Министерстве юстиции Республики Казахстан.

Министерство юстиции Республики Казахстан при проведении юридической экспертизы:

1) дает заключения о соответствии положений международных договоров, участницей которых намеревается стать Республика Казахстан, а также проектов международных договоров законодательству Республики Казахстан;

2) определяет способы выражения Республикой Казахстан согласия на обязательность для нее международных договоров.

Пункт 2 статьи 3 Закона определяет, что международные договоры, участницей которых намеревается стать Республика Казахстан, а также проекты международных договоров, прошедшие экспертизу Министерства юстиции Республики Казахстан, подлежат

[7] *О наличии этих противоречий Салимгерей А.А., Айдарбаев С.Ж. неоднократно писали в республиканских научных изданиях. См. доклад «Особенности конституционного регулирования международных правовых обязательств в Республике Казахстан» в сборнике материалов республиканской научно-теоретической конференции: «Проблемы реализации положений, принципов и идей Конституции РК». Алматы, 2005г. С. 340-345.*

[8] *О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года // Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858.*

согласованию в Министерстве иностранных дел Республики Казахстан.

Статья 4 Закона определяет, что научная экспертиза проводится в целях:

1) оценки качества, обоснованности, своевременности и правомерности участия в международном договоре, участницей которого намеревается стать Республика Казахстан, или проекта международного договора;

2) соблюдения в международном договоре, участницей которого намеревается стать Республика Казахстан, или проекте международного договора гарантированных Конституцией Республики Казахстан прав и свобод человека и гражданина;

3) определения возможной эффективности международного договора, участницей которого намеревается стать Республика Казахстан, а также проекта международного договора;

4) выявления возможных отрицательных последствий заключения международного договора;

5) оценки соответствия законодательства Республики Казахстан международному договору, участницей которого намеревается стать Республика Казахстан, или проекту международного договора.

4. Решение о проведении научной экспертизы по международным договорам, участницей которых намеревается стать Республика Казахстан, а также по проектам международных договоров может быть принято:

1) на основании поручения Президента Республики Казахстан, Руководителя Администрации Президента Республики Казахстан, Премьер-Министра Республики Казахстан, Руководителя Канцелярии Премьер-Министра Республики Казахстан;

2) по инициативе депутатов Парламента Республики Казахстан;

3) по инициативе центрального государственного органа, представляющего предложение о заключении международного договора, а также по предложениям других центральных государственных органов, осуществляющих согласование международного договора или проекта международного договора.

Сравнительный анализ вышеприведенных норм показывает, что при осуществлении научной правовой экспертизы международных договоров необходимо придерживаться четко и однозначно определенных подходов. Дело в том, что прежде всего международные договоры, участником которых намеревается стать Республика Казахстан, будут налагать на Республику международно-правовые обязательства, которые соответственно должны быть нацелены на достижение необходимого для Республики Казахстан результата. Поэтому по всем международным договорам целесообразно проводить научные экспертизы, поскольку они затрагивают национальные интересы Республики Казахстан. Республика Казахстан, выражая свое согласие на обязательность международного договора путем присоединения или одобрения, как и в случае его ратификации, принимает на себя также определенные международные обязательства.

Согласно пункту 1 статьи 20 Закона РК «О международных договорах Республики Казахстан» - каждый действующий международный договор Республики Казахстан подлежит обязательному и добросовестному выполнению Республикой Казахстан.

Следовательно, на основе вышеизложенного можно заключить, что, по сути, в этих условиях исполнение данных обязательств формально ставится под сомнение. Согласно общей теории права нормы права могут эффективно выполнять свои регулятивные функции тогда, когда его предписания толкуются и выполняются единообразно всеми субъектами права.

Причем при проведении научно-правовой экспертизы применительно к международным договорам, участницей которой планирует стать Республика Казахстан в первую очередь, необходимо учитывать их вероятное противоречие национальным интересам, суверенитету страны, а также возможным финансовым затратам. Причем последний аспект имеет очень важное значение, поскольку участие в международных договорах предполагает значительные финансовые затраты в форме совместных комиссий, консультаций, инспекций и т.д. Важно иметь в виду, что ряд международных договоров обязательно предполагают создание многочисленных координирующих или интеграционных структур со своим многочисленным аппаратом управления и которое постепенно по аналогии с неэффективными бюрократическими структурами обрастает дополнительной надстройкой и практически не отвечающее интересам Сторон. Ни для кого не секрет, что Договор по Европейскому объединению угля и стали или Парижский договор, подписанный 18 апреля 1951 года между Францией, Западной Германией, Италией, Бельгией, Нидерландами и Люксембургом привел к созданию Европейского союза. Сегодня Европейской Союз – это надгосударственная структура и многочисленный аппарат управления и где решающее слово остается только за экономически развитыми странами.

На общем фоне активной внешнеполити-

ческой деятельности Республики Казахстан и постепенного вхождения в систему современных международных отношений в Казахстане с момента обретения государственной независимости остаются актуальными и не решенными такие межгосударственные проблемы, как определение международного правового статуса Каспийского моря, правовые проблемы космической деятельности Республики Казахстан, урегулирование вопросов, связанных со статусом и режимом трансграничных вод, защита и сохранение окружающей среды, правовые аспекты участия Казахстана в интеграционных структурах на постсоветском пространстве и другие актуальные проблемы успешное разрешение, которых в состоянии обеспечить прорыв Республики сразу по ряду перспективных направлений внешнеполитической и внешнеэкономической деятельности и подготовить почву для дальнейшего поступательного развития государства в различных сферах.

По состоянию на 1 января 2017 г. Республика Казахстан является участником более 3000 международных соглашений, но многие из них являются не действующими или не эффективными. Только в рамках СНГ Казахстан участвует в более 200 международных соглашений большинство из которых остаются не реализованными. Вместе с тем, есть такие международные соглашения, которые отвечают национальным интересам страны. Например, Республика Казахстан не является участницей такого универсального международного договора, как Конвенция ООН по морскому праву 1982г. Более того, возможное присоединение к Конвенции ООН почему-то было отклонено межведомственной комиссией Республики Казахстан по неизвестным нам причинам. Необходимость присоединения Республики Казахстан к вышеназванной Конвенции объясняется следующим фактором. Так, по прогнозам экспертов, нефтегазовые ресурсы страны позволят эффективно их разрабатывать в течение 40 лет. Примерно такая же ситуация складывается и с другими природными ресурсами. По прогнозам ученых, в связи с истощением природных ресурсов, расположенных на суше человечество в XXI веке столкнется с международными конфликтами из-за притязаний государств на природные ресурсы Мирового океана. Как отметил бывший Генеральный секретарь ООН Б.Бутрос-Гали: «Мир ждет растущий разрыв между спросом и предложением на некоторые природные ресурсы, прежде всего такие, как пресная вода; почва, пригодная к культивации; рыба и другие морепродукты. В значительной степени чем сейчас возрастет в период между 2000 и 2050 годами потребление нефти, однако после 2100 г. эти темпы замедлятся»[9].

Следовательно, логично предположить, что Республике Казахстан уже сегодня необходимо ставить и решать задачи по освоению природных богатств Мирового океана, международно-правовое значение которых для государств возрастает. Поэтому возникает необходимость участия Республики Казахстан в серии многосторонних соглашений, регулирующих порядок использования пространств и ресурсов Мирового океана, среди которых особое место занимает Конвенция ООН по морскому праву 1982г. справедливо именуемая «Конституцией Мирового Океана».

На 1 января 2017 г. Республика Казахстан не является участником данного международного договора. Участие Республики Казахстан в Конвенции ООН 1982г. полностью соответствует ее национальным интересам во внешнеполитической и экономической сферах и отвечает стратегическим задачам, озвученных в Послании Президента Республики Казахстан («Стратегия вхождения Казахстана в число 50-ти наиболее конкурентоспособных стран мира Казахстан на пороге нового рывка вперед в своем развитии»). Также, необходимо отметить, что участие Республики Казахстан в Конвенции ООН 1982г. отвечает ее интересам в долгосрочной перспективе, если принять во внимание, как было отмечено ранее, факт истощения природных (невозобновляемых) ресурсов на суше, а также тем правам и преференциям, которые может получит наша Республика.

По прогнозам экспертов Продовольственной и Сельскохозяйственной Организации ООН-ФАО, спрос на морские биоресурсы в XXI веке будет постоянно расти, а разрыв между спросом и предложением на эти ресурсы уже в настоящее время составляет не менее 10-15 млн. тонн, а также с учетом перехода большинства государств к рыночным отношениям, усиливается конкуренция за обладание биоресурсами в Мировом океане как важного компонента продовольственной безопасности государства[10].

Известно, что Республика Казахстан является внутриконтинентальным государством и в случае ратификации Конвенции

[9] *Международное морское право. Учебное пособие. Отв. Ред. С.А. Гуреев. Москва: Юридическая литература, 2003г. - 448 с. С. 329 .*

[10] *Ковалев А.А. Современное международное морское право и практика его применения. -Москва: Научная книга.- 2003. - 416с. С. 5.*

ООН по морскому праву 1982г. наша страна получит свободный доступ к открытому морю. Так, согласно статье 125 Конвенции государства, не имеющие выхода к морю, имеют право на доступ к морю и от него в целях осуществления прав, предусмотренных в настоящей Конвенции, в том числе прав, относящихся к свободе открытого моря и общему наследию человечества. С этой целью государства, не имеющие выхода к морю, пользуются свободой транзита через территории государств-транзита всеми транспортными средствами.

Российская Федерация с 1996г. является участницей данной Конвенции и в случае ее ратификации обязано предоставить свободу транзита для судов Казахстана по внутренним водным путям.

В настоящее время, для прохода судов прикаспийских государств через Волжские каналы требуется специальное распоряжение Правительства Российской Федерации в каждом конкретном случае. Так, Распоряжением Правительства Российской Федерации от 29 апреля 1998 г.[11] определен проход в 1998 году транспортных грузовых судов Азербайджанской Республики по внутренним водным путям Российской Федерации из Каспийского в Азовское море и обратно по разрешениям, выдаваемым в каждом отдельном случае Министерством транспорта России с уведомлением МИД России и Федеральной пограничной службы России с проведением пограничного, таможенного и других видов контроля в установленных пунктах пропуска через государственную границу Российской Федерации.

Другим Распоряжением Правительства Российской Федерации от 30 июля 2005г.[12] был разрешен в период навигации 2005 года разовый проход по внутренним водным путям Российской Федерации казахстанских зверобойно-рыболовных судов «Тюлень-2»и «Тюлень-3» по маршруту г. Астрахань - Волго-Донской канал - г. Азов с проведением пограничного, таможенного и других видов контроля в портах, в которых открыты многосторонние пункты пропуска через Государственную границу Российской Федерации для международного пассажирского сообщения.

Таким образом, перечисленные положения без сомнения обосновывают необходимость присоединения Республики Казахстан к Конвенции ООН по морскому праву 1982г. И главным образом по той причине, что Республика Казахстан активно выступает за применимость отдельных положений Конвенции 1982г. применительно к определению нового правового статуса Каспийского моря, что явилось бы логическим следствием целенаправленной политики страны и послужило бы дополнительным импульсом в переговорном процессе прикаспийских стран. Более того, Конвенция 1982г. содержит прочный фундамент и необходимые условия для успешного интегрирования Республики Казахстан в мировое экономическое пространство.

Немаловажным вопросом для Республики Казахстан сегодня является развитие космического законодательства страны. Международное космическое право играет значительную роль в международном сотрудничестве с участием Республики Казахстан. Внешняя политика Казахстана в данной области направлена на активное участие в процессе мирного освоения космоса и использование как научных, так и прикладных результатов соответствующей деятельности.

Ключевыми приоритетами развития космической деятельности Казахстана являются расширение спектра услуг связи и повышение уровня информатизации страны на основе спутниковых телекоммуникационных систем. Сделаны определенные шаги и в направлении присоединения Казахстана к системе международного космического права. В 1996 году на 49-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН Республика Казахстан была принята членом Комитета ООН по использованию космического пространства в мирных целях, а в 1997 году присоединилась к пяти основным договорам ООН по космосу. В рамках положений международного космического права внесены изменения и дополнения в Законы РК «Об экспортном контроле» от 26 сентября 2003 года и «О лицензировании» от 10 декабря 1999 год, осуществляются процедуры, связанные с участием Республики Казахстан в Режиме контроля ракетной технологии. Эти работы должны быть продолжены.

Существенным фактором, определяющим международное сотрудничество Казахстана в области освоения космоса, является нахождение на его территории космодрома «Байконур» который используется в интересах целого ряда государств. Но для развития экономики, науки и техники, укрепления обороны и безопасности Республики Казахстан и дальнейшего расширения международного

[11] *Распоряжение Правительства Российской Федерации от 29 апреля 1998 г. N 503-р// См. Общероссийская справочная система «Законодательство России».*

[12] *Распоряжение Правительства Российской Федерации от 30 июля 2005 г. N 1091-р// См. Общероссийская справочная система «Законодательство России».*

сотрудничества необходимо разработать национальное космическое законодательство, нужна эффективная государственная политика в области космической деятельности.

Важно отметить, что современное международное космическое право в связи со стремительной коммерциализацией космической деятельности стало более регламентированной нормами частного права и можно говорить о становлении международного космического частного права. В Республике Казахстан были приняты две государственные программы: «О развитии космической деятельности в Республике Казахстан» 2005-2007 годы и 2010-2014 годы. Одной из главных задач программы являлось обязательное принятие закона Республики Казахстан «О космической деятельности Республики Казахстан». 6 января 2012 года принят Закон Республики Казахстан «О космической деятельности» и возникла необходимость в быстрой разработке внутренней нормативной базы Республики Казахстан, регулирующей вопросы космической деятельности. Необходимо разработать целый комплекс проблем в области космической деятельности, требующих законодательного обеспечения. Это вопросы, связанные с механизмом и порядком финансирования космической деятельности в научных, социально-экономических и оборонных целях; положения о государственном регулировании внешнеэкономической деятельности; нормы, касающиеся лицензирования космической деятельности; о законодательном надзоре за космической деятельностью и др. Следовательно, для организации государственного заказа по программам производства космических аппаратов, сопутствующей космической техники и т.д. как стимулятора развития космической отрасли говорить преждевременно, т.к. необходимо создать правовую основу для ее реализации используя при этом опыт передовых стран.

Например, на сегодняшний день пять государств — Соединенные Штаты, Швеция, Великобритания, Россия и Южная Африка — учредили компетентные национальные органы, уполномоченные заниматься привлечением частного сектора в космическую деятельность на национальном уровне с определением прав и обязанностей заинтересованным субъектам.

Немаловажной межгосударственной проблемой для Республики Казахстан является определение правового режима трансграничных водных ресурсов. Республика Казахстан совместно с государствами Центральной Азии провела большую работу, направленную на сохранение единой системы управления водными ресурсами региона. С этой целью Республика Казахстан, заключила ряд двусторонних и многосторонних соглашений с государствами Центральной Азии по вопросам регулирования водных ресурсов региона.

В настоящее время не регламентированными остаются вопросы, связанные с рациональным освоением трансграничных вод Аральского водного бассейна. 18 февраля 1992 г. было заключено базовое Соглашение между Республикой Казахстан, Республикой Кыргызстан, Республикой Узбекистан, Республикой Таджикистан и Туркменистаном о сотрудничестве в сфере совместного управления использованием и охраны водных ресурсов межгосударственных источников. Это Соглашение провозглашает общность и единство водных ресурсов региона. 26 марта 1993 г. было заключено Соглашение о совместных действиях по решению проблемы Аральского моря и Приаралья, экологическому оздоровлению и обеспечению социально-экономического развития Аральского региона, но вышеназванные соглашения были заключены в период 90-х годов прошлого века. Этот период характеризовался экономическим кризисом в государствах Центральной Азии, резким спадом темпов промышленного производства, утратой единой системы управления водными ресурсами региона, вызванным распадом единого государства СССР в 1991 г. Вследствие этих причин многие решения государств региона, адресованные на рациональное освоение водных ресурсов Аральского моря, оказались нереализованными, поскольку для государств, находящихся в неблагоприятном экономическом состоянии, эти вопросы не имели тогда первостепенного значения.

Ежегодно сталкиваясь с проблемой наводнения южных регионов из-за неэффективной международно-правовой основы водопользования в регионе Центральной Азии, руководством Казахстана в марте 2008 г. было принято решение о строительстве нового Коксарайского водохранилища. Этот проект стоимостью в 160 млн. долларов США в случае реализации позволит вместить 3 миллиарда кубов воды и обеспечит функционирование водовода в Мактааральском районе Казахстана, который будет соединен с Шардарьинским водохранилищем и с вводом которого, по мнению казахстанских специалистов, будет снята зависимость Казахстана от водной политики Узбекистана и Кыргызстана. Имеют место и противоположные мнения некоторых ученых, которые считают, что строитель-

ство нового водохранилища лишь усугубит и без того сложную экологическую ситуацию в регионе. И причем главная причина здесь кроется в низкой роли международного права между государствами Центральной Азии, которую необходимо поднимать всеми законными средствами.

В этой связи, отдельные институты и отрасли международного права имеют для Казахстана особое значение, исследование и развитие которых, должно быть на особом приоритете во внешнеполитической деятельности страны и в правовой науке Казахстана. Это соотношение международного и национального права, международное морское право, международное космическое право, международное экономическое право, международное экологическое право, международное гуманитарное право, право международной безопасности и другие.

Таким образом, практическое осуществление международно-правового регулирования с участием Республики Казахстан по вышеуказанным проблемам предполагает всестороннего изучения международного права на основе проведения фундаментальных и прикладных научных исследований. Поскольку официальная позиция Республики Казахстан в разрешении вышеназванных проблем нуждается в дополнительном научном обосновании с международно-правовых позиций, что даст казахстанской дипломатии существенные аргументы для отстаивания и защиты собственных национальных интересов по всем приоритетным направлениям – устойчивое экономическое развитие, обеспечение экологической, энергетической и продовольственной безопасности.

Сегодня мир постепенно преобразовался в единую систему, соединенную глобальными информационными, коммуникационными, торговыми, научными и многими иными связями. Тенденция развития международно-правовой науки в странах мирового сообщества характеризуется постоянным возрастанием объема исследований по поисковым и прикладным научным направлениям. В соответствии с требованиями государственной политики во многих государствах Америки, Европы и других континентов ученые сосредотачивают свое внимание главным образом на научной разработке наиболее актуальных практических правовых проблем. В этом контексте можно утверждать, что в каждой стране международно-правовая наука сегодня исследует прежде всего национальные задачи, вытекающие из наиболее актуальных внешнеполитических проблем государства.

Например, в США и Западной Европе сегодня интенсивно ведутся исследования в области обеспечения энергетической безопасности, защиты и сохранения окружающей среды в условиях глобального потепления, правовых аспектов использования пространств Мирового океана. Актуальной проблемой для международно-правовой науки является разработка эффективных средств борьбы с региональным и международным терроризмом, вопросами обеспечения и гарантий прав человека и многие другие проблемы.

В Республике Казахстан необходимо создавать условия для развития казахстан-



ской науки международного права деятельность, которой должна быть ориентирована на теоретические и прикладные аспекты наиболее актуальных для Казахстана международно-правовых проблем. Не секрет, что в рамках единого Союзного государства в Казахстане практически не готовились национальные кадры по международному праву.

В то же время отметим, что научное сообщество страны стало осознавать необходимость ускоренного развития своей, казахстанской школы международного права. Основным побудительным мотивом для такого изменения стала объективная необходимость, исходящая из практических нужд государства, постоянно сталкивающегося с проблемами международного права в различных сферах деятельности. Это в свою очередь, все время «подталкивает» развитие законодательства в направлении стандартов, установленных международным правом, и в более широком аспекте, в международно-правовое пространство. Постепенно становится нормой соотносить акты национального законодательства с установлениями международного права. Все чаще и чаще представители отраслевых юридических наук обращают свои взоры в сферу международного права, находя в ней новый источник для дальнейшего развития тех или иных направлений исследования.

Однако, в настоящее время научные исследования казахстанских ученых в сфере международного права, чаще всего, исходят как бы «изнутри», представляя взгляд на те или иные международно-правовые проблемы, с которыми сталкивается Республика, «не из-за пределов» государства. Это объективное обстоятельство, характеризующее современное состояние казахстанской международно-правовой науки без какой-либо интеграции с внешнеполитическими структурами страны. Во многих странах налажена тесная интеграция с внешнеполитическими структурами страны в форме консультаций, экспертных заключений, привлечения в работе совместных комиссий по тем или иным аспектам международного права. Например, в Российской Федерации обязательно привлекают известных специалистов в сфере международного права для рассмотрения какой-либо международно-правовой проблемы участником, которой является Российская Федерация. Ведь любая международная проблема имеет отраслевую направленность в рамках, которой специализируется ученый-международник.

Безусловно, казахстанская школа международного права находится на этапе становления и в силу этого факта необходимо государственное стимулирование для ее успешного развития и в первую очередь должна интенсивно развиваться научно-исследовательская работа по актуальным проблемам международного права участником, которых является Республика Казахстан.

С этой целью должны разрабатываться специальные государственные программы, предусматривающие определенные стимулы для осуществления такой деятельности.

Если оценить современное состояние международно-правовой науки Казахстана то можно отметить, что свой отсчет становление казахстанская наука международного права берет с 1990 года, когда впервые в Республике, в составе юридического факультета тогда еще Казахского государственного университета имени С.М. Кирова (а с 1992 года Казахского Национального университета имени аль-Фараби) была создана специализированная кафедра международного права под руководством профессора М.А. Сарсембаева. С началом функционирования этой кафедры было положено начало подготовки первых национальных кадров, работающих в настоящее время не только в органах государственной власти, в иностранных, совместных компаниях, но и в научных учреждениях и в высших учебных заведениях страны.

В числе первых специалистов по международному праву в Республике Казахстан следует выделить Ж.О. Кулжабаеву, С.Ж. Айдарбаева, М.Б. Кудайбергенова, О.Н. Сафонову, Ж.М. Аманжолова, А.А. Сабитову и многих других.

В настоящее время специализированные факультеты и кафедры международного права действуют во многих высших учебных заведениях нашей страны. В 2005 году была создана Казахстанская ассоциация международного права одной из главных целей, которой является содействие в прогрессивном развитии казахстанской науки международного права.

Особо отметим, что в становлении и развитии науки международного права Казахстана большую роль ученые - правоведы Казахстана и России Ю.М. Колосов, К.А. Бекяшев, Г.М. Вельяминов, Г. Сапаргалиев, М.А. Сарсембаев, С.Н. Сабикенов и другие.

В настоящее время основная часть юристов-международников Казахстана сосредоточена в Казахском национальном университете имени имени аль-Фараби. Нельзя говорить о том, что национальных кадров в сфере международного права не достаточно, но проблема заключается в их практическом отсутствии в научно-исследовательских учреждениях страны в связи

с низкой заработной платы научных работников. Наиболее подготовленные и, как правило, владеющие несколькими иностранными языками научные кадры не желают работать в научно-исследовательских институтах и в основном работают в частном секторе или иностранных компаниях. В Республике, несмотря на наличие большого количества учебных заведений фактически нет условий и государственного заказа для проведения научных исследований по актуальным проблемам международного права Республики Казахстан. Поэтому, развитие современной международно-правовой науки характеризуется определенным отставанием в области фундаментальной науки.

Сегодня в Республике Казахстан нет какой-либо самостоятельной научной организации, которая занималась бы научными исследованиями в сфере международного права. Единственным исключением является Институт государства и права Казахского национального университета имени имени аль-Фараби (до 2000г. Институт государства и права МОН РК), внесший определенный вклад в становление и развитие международно-правовой науки Казахстана. В составе Института государства и права функционирует научно-исследовательская группа по обеспечению проведения научной правовой экспертизы на проекты международных договоров Республики Казахстан и на действующие международные договоры на основе договора с Министерством юстиции Республики Казахстан. Также, функционирует научно-исследовательская группа, которая при непосредственной координацией с кафедрой международного права университета проводит научные исследования по актуальным проблемам международного права Республики Казахстан.

Известно, что государственная политика Казахстана, заключается в интеграции научно-исследовательских институтов с ведущими вузами страны. Безусловно, опыт отдельных государств (США, Великобритания, Франция) подтверждает правильность выбранного курса страны по данному аспекту. Многие НИИ и Центры на протяжении десятилетий успешно функционируют в составе университетов. Так, известный Научно-исследовательский Центр энергетики, нефтяного права и политики Университета Данди (Великобритания) является одним из ведущих научных центров в сфере морского, экологического права с годовым бюджетом намного превышающий целые университеты. Однако, это не означает, что НИИ и Центры не имеют права на самостоятельное существование. В той же Америке или Великобритании функционируют крупные государственные НИИ и Научные центры, специально созданные на обеспечение государственных задач.

Отметим, что интеграция юридической науки и образования необходима в самом широком смысле, поскольку достижения юридической науки должны быть достоянием других отраслей знания и должны служить интересам общества. Однако, интеграция науки и образования должна проводится не в форме «поглощения» НИИ университетами, а в координирующей и взаимодополняющей деятельности.

Немалую роль в развитии научных исследований по актуальным проблемам международного права Республики Казахстан мог бы сыграть Институт государства и права, успешно координирующий и осуществляющий значительную часть научных исследований в области юриспруденции и являющийся единственным в стране научным учреждением (со стажем более 50 лет), чье основное предназначение – проведение фундаментальных исследований по проблемам государства и права. Причем, если достижения и результаты фундаментальной науки к примеру, в области естественных наук могут быть приобретены в других странах, то научные изыскания, проводимые в рамках юридической науки, могут быть проведены только в Казахстане, поскольку они направлены на дальнейшее совершенствование правовой системы, формирования и развития правовой науки, улучшения деятельности государственных органов и т.д.

Необходимость более тесной интеграции достижений международно-правовой науки Казахстана с деятельностью не только внешнеполитических органов страны, но и в целом с образовательными и иными учреждениями страны можно обосновать на основе анализа действующего законодательства Республики Казахстан и практических действий государственных органов страны.

В приведенной статье была поставлена задача обосновать на основе приведенных примеров международно-правовых проблем Казахстана необходимость в государственном и общественном стимулировании казахстанской науки международного права. Содействовать в проведении научных исследований по актуальным проблемам международного права Республики Казахстан с участием компетентных сотрудников, работающих в научной и образовательной сфере и государственных учреждений страны. Более тесно интегрировать международно-правовую науку Казахстана с внешнеполитическими и государственными структурами Республики Казахстан.

УДК 342.1; 342.3;342.5;

МОДЕРНИЗАЦИОННЫЕ ПРОЦЕССЫ В КОНТЕКСТЕ ЧЕЛОВЕЧЕСКОГО ИЗМЕРЕНИЯ

Ишеков Константин Анатольевич
Главный научный сотрудник Центра научных исследований Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России), д.ю.н., доцент, г. Москва, Российская Федерация; e-mail: shekov77@mail.ru

Ключевые слова: *реформа; модернизация; государственная деятельность; субъекты; правовые отношения; угрозы и риски; политика; модернизационная политика; реформирование; государство; власть; права; общество; конституционные принципы; социальное государство; концепция; человеческое измерение.*

Аннотация. *В данной статье автором освещаются основные современные пути модернизации государства, власти и общества Российской Федерации и Республики Казахстан. Особое внимание уделено процессу формирования ценностных ориентиров российского и казахстанского государства, власти, права и общества, преодолению назревших проблем теории и практики. По мнению автора, процессы модернизации ключевых государственных, правовых и общественных институтов должны проходить в русле человеческого измерения, с позиций общепризнанных демократических ценностей и гуманистических начал. В статье указывается, что модернизация является комплексным процессом, Исходя из обобщенного политико-правового анализа развития государства, общества, права, обосновывается необходимость проведения единой в масштабах всего государства эффективной модернизационной политики. Одним из действенных путей автор видит принятие в Российской Федерации концептуального документа определяющего стратегию и тактику обеспечения модернизационной политики. Обосновывая значимость разработки концепции правового обеспечения модернизационной политики в Российской Федерации, автор статьи отмечает, что данный научно обоснованный программный документ позволит закрепить наиболее общие стратегические направления, приоритеты, цели, средства, способы и политико-правовой жизни российского общества в условиях его всесторонней модернизации.*

АДАМИ ӨЛШЕМ ТҰРҒЫСЫНДА ЖАҢҒЫРТУ ПРОЦЕСТЕРІ

Константин Анатольевич Ишеков
Бүкілресейлік мемлекеттік әділет университеті (Ресей Әділет министрлігінің құқықтық ақадемиясы) Ғылыми зерттеулер орталығының бас ғылыми қызметкері, з.ғ.д., доцент, Мәскеу қаласы, Ресей Федерациясы; e-mail: shekov77@mail.ru

Түйін сөздер: *реформа; жаңару; мемлекеттік қызмет; субъектілер; құқықтық қатынастар; қауып-қатер және тәуекел; саясат; жаңару саясаты; реформалау; мемлекет; билік құқықтар; қоғам; конституциялық қағидаттар; әлеуметтік мемлекет; тұжырымдама; адам өлшемі.*

Аннотация. *Аталған мақалада автор Ресей Федерациясында және Қазақстан Республикасында мемлекетті, билікті, қоғамды жаңартудың негізгі жолдарын ашып көрсетеді. Ресей және Қазақстан мемлекеттеріндегі, биліктің, құқықтың, қоғамның құндылық басымдылықтарын қалыптастыру үдерісіне, теория мен практиканың мәселелерін шешуге айрықша көңіл бөлінген. Автордың пікірінше, басты мемлекеттік, құқықтық және қоғамдық институттарды жаңарту үдерістері адам өлшемі аясында, жалпы мойындалған демократиялық құндылықтар мен ізгілік бастауы тұрғысынан өтуі тиіс. Мақалада жаңарудың кешенді үдеріс екендігі көрсетілген. Мемлекеттің, қоғамның, құқықтың дамуын жан-жақты саяси-құқықтық талдау негізінде бүкіл мемлекет көлемінде тиімді жаңару саясатын жүргізу қажеттілігі дәйектеледі. Ерекше ықпалды тәсілдердің бірі ретінде автор Ресей Федерациясында жаңару саясатын қамтамасыз етудің стратегисы мен тактикасын айқындайтын тұғырнамалық құжатты қабылдау деп санайды. Ресей Федерациясындағы жаңару саясатын құқықтық қамтамасыз ету тұжырымдасын жасау маңыздылығын дәлелдей отырып, мақала авторы аталған ғылыми негізделген бағдарламалық құжаттың жан-жақты жаңару жағдайындағы ресейлік қоғамның жалпы стратегиялық бағыттарын, мақсаттарын, әдіс-тәсілдерін бекітуге мүмкіндік беретінін атап көрсетеді.*

MODERNIZATION PROCESSES IN THE CONTEXT OF THE HUMAN DIMENSION

Ishekov K.A.
Senior researcher, scientific research center of Russian state University of justice (RPA of the Ministry of justice of Russia), doctor of legal Sciences, associate Professor; Moscow, Russian Federation; e-mail: shekov77@mail.ru

Keywords: *reform; modernization; state activity; subjects; legal relations; threats and risks; policy; modernization policy; reforming; state; power; rights; society; constitutional principles; social state; concept; human measurement.*

Abstract. *In this article the author covers the main modern ways of modernization of the state, power and society of the Russian Federation and the Republic of Kazakhstan. Special attention is paid to process of formation of valuable reference points of the Russian and Kazakhstan state, power, the right and society, overcoming the imminent problems of the theory and practice. According to the author, processes of modernization of key state, legal and public institutes have to take place in the course of human measurement, from positions of the conventional democratic values and the humanistic beginnings. It is specified in article that modernization is complex process, Proceeding from the generalized political and legal analysis of development of the state, society, it is right, need of carrying out uniform effective modernization policy in scales of all state is proved. One of effective ways the author sees adoption in the Russian Federation of the conceptual document defining strategy and tactics of providing modernization policy. Proving the importance of development of the concept of legal support of modernization policy in the Russian Federation, the author of article notes that this evidence-based program document will allow to fix the most general strategic directions, priorities, the purposes, means, ways and political and legal life of the Russian society in the conditions of his comprehensive modernization.*

Вступив во второе десятилетие XXI века, многие современные государства вновь оказались перед необходимостью всесторонней модернизации, основанной на ценностях и институтах демократии. О модернизационном процессе говорят руководители и иные политические деятели государств, представители международных организаций. Модернизации подчинены программы политических партий и общественных объединений. К обсуждению данных проблем активно подключились ученые.

Исследования проблем модернизации имеют большую популярность в государствах Евразийского экономического сообщества, в частности России и Республике Казахстан. О необходимости технологической модернизации некоторых отраслей хозяйственной деятельности неоднократно упоминалось в посланиях Президента Российской Федерации В.В. Путина [1, 2]. С отдельным Посланием, посвященным очередному этапу модернизации Казахстана, в 2017 году обратился к народу Президент Республики Казахстан Н.А. Назарбаев [3].

Процесс модернизации начинается с осознания кризиса, в котором находится общество, с поисков путей и средств его разрешения, которые специфичны для каждого общества и начинаются с перемен в духовной сфере, в области культуры. Прежде всего важно выработать критерии, которым должны соответствовать преобразованные государство, власть, право и общество. Как видится, процессы модернизации ключевых государственных, правовых и общественных институтов должны проходить в русле человеческого измерения, с позиций общепризнанных демократических ценностей и гуманистических начал. Концепция человеческого измерения достаточно широка по своему объему и содержанию. Ее основу составляют идеи о правах человека, демократии, уважении, свободе, равенстве, личной неприкосновенности, качестве жизни и др.[1].

Так, приоритет прав человека по отношению к политике неизменно связан с системой оценок социального развития страны или ее отдельного региона. В контексте анализа результативности деятельности субъектов властвования, особенно с учетом уровня жизни населения, система оценок работает не всегда эффективно, она нуждается в совершенствовании. Также следует согласиться с тем, что критерии эффективности находятся в тесном взаимодействии с модернизацией правовых норм, так как цели правовых норм, по мнению отдельных авторов,

[1] *Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ от 29 июня 1990 г. [Электронный ресурс]: Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

и являются критерием оценки их эффективности [4, с. 22; 5, с. 75-79; 6, с. 21; 7, с. 501].

Человеческое измерение модернизационной деятельности – это объективная и разумная оценка человеческого бытия. Данное измерение является основной составной частью теории модернизации, которая относится к важнейшим достижениям мировой науки. Конечная цель всех модернизационных процессов неизбежно связана с качеством жизни граждан, состоянием прав человека, безопасностью населения.

Человеческое измерение имеет несколько граней, внешних проявлений своей сущности. По справедливому мнению А.С. Мордовца, в качестве наиболее значимых можно выделить три аспекта человеческого измерения: как нормативно-ценностное свойство; как социально-юридическая конструкция; как оценочный критерий, некий стандарт модернизации сфер общества [8, с. 50].

Таким образом, одно из значений человеческого измерения заключается в возможности и способности субъекта оценить состояние социального явления, каковым в настоящем исследовании является модернизация, результаты модернизационной деятельности [9, с. 50]. Человеческое измерение – это конкретное направление в определении прогресса государственности, оцениваемое признанием универсальности прав человека и возможностей их соблюдения и защиты.

Нельзя не отметить, что модернизация основных направлений государственной деятельности и общественной жизни может иметь негативные последствия для субъектов правовых отношений в случае, если политические и экономические преобразования будут осуществляться необдуманно и спонтанно. Важнейший ориентир реформирования государства, власти, права и общества составляют конституционные принципы, имеющие нормативное установление в высших актах государства, всеобщее признание и обязательность для исполнения. Ценно то, что основные начала отличаются стабильностью и остаются неизменными даже в условиях коренных преобразований государственности.

При этом достаточно распространены мнения о том, что многие конституционные принципы носят декларативный оттенок, окончательно не сформированы и могут рассматриваться лишь как определенный недостижимый идеал, к которому необходимо стремиться, но в реальности вряд ли можно достичь. В числе подобного рода базовых начал – конституционный принцип правового государства. Применительно к правовому государству указанная позиция справедлива лишь отчасти: при рассмотрении институтов правовой государственности на концептуальном уровне, в качестве ценностного ориентира. В действительности же отдельные характеристики правового государства уже реализованы или находятся на стадии осуществления. Достаточно сказать об устойчивой тенденции по реализации принципа разделения властей как в Российской Федерации, так и в Республике Казахстан, который не только провозглашен в форме конституционной декларации, но и фактически действует.

Несмотря на невозможность достижения всех характеристик идеальной правовой государственности в современных условиях, этот базовый конституционный принцип не только декларируется, но и частично реализуется в современной конституционной практике. Для приближения к идеальному состоянию правовой государственности требуется коренная перестройка правосознания общества и представителей государства, что может быть реализовано только путем эволюционного, планомерного внедрения основ правового государства в правовую жизнь. Конечным итогом, свидетельством фактического построения правового государства может стать достижение такого состояния защищенности человека, его прав и свобод, которое в полной мере будет соответствовать гуманистическим установлениям Основных Законов государств [10, с. 7-10].

Отдельный вопрос в юридической науке и практике связан с воплощением в жизнь постулатов социального государства. Человечество прошло долгий путь, пока социальные функции государства приобрели масштабный характер и стали доминирующими. Это длительный, сложный и противоречивый процесс, который предполагает не только создание современной экономики, но и системную модернизацию государственности, всех сфер функционирования общества, когда главными являются не макроэкономические оценки, не абстрактный рыночный показатель, а уровень, качество жизни людей. Это – кардинальное изменение в отношениях между государством и гражданином. Как отмечается в литературе, становление социального государства означает решение многих проблем реформирования, в числе которых: модернизация и технологическое обновление всей производственной сферы, сокращение бедности, снижение напряженности на рынке труда, создание новых рабочих мест, повышение пенсий, выполнение предусмотренных государством социальных гарантий в сфере здравоохранения, обеспечения жильем, в области ЖКХ.

На данном этапе развития можно говорить лишь о создании необходимых пред-

посылок для формирования первичных условий для становления социального государства. Вместе с тем нацеленность на построение социального государства, о чем свидетельствуют программные документы Российской Федерации и Республики Казахстан, а также фактическая реализация отдельных направлений социальной политики сами по себе являются воплощением социально-правовой государственности.

Стоит подчеркнуть, что многих современников интересуют не только личные блага. Доминирующим настроением граждан становится стремление поднять государственный авторитет, создать сильное государство, с которым связываются надежды общества на наведение порядка, активизацию борьбы с преступностью, установление мира и благополучия. Президент Российской Федерации В.В. Путин в Послании Федеральному Собранию РФ отмечал, что Конституция соединила два базовых приоритета – высочайший статус прав, свобод граждан и сильное государство, – подчеркнув их взаимную обязанность – уважать и защищать друг друга [11]. Вопросы состояния безопасности, без которой невозможно реальное обеспечение прав и свобод личности, как мериле сильного и дееспособного государства, были озвучены в Послании Президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева народу Казахстана 31 января 2017 г.

Однако стоит отметить, что стремление к сильному государству исходит не только от политической элиты и близких к ней слоев общества, но и от народа, стремящегося к самоорганизации и исторической самодостаточности. При этом понятие сильного государства абсолютно не противоречит таким его характеристикам, как правовое и демократическое. Напротив, будучи слабым, государство не сможет обеспечить подлинное народовластие, защитить права и свободы человека и гражданина, создать условия для нормального развития рыночной экономики, обеспечить мир и безопасность. Государство не может быть сильным и демократическим без тесного партнерства с гражданским обществом. При отсутствии эффективно действующих институтов гражданского общества государство будет представлять опасность, а не благо для собственного народа и мирового сообщества в целом [12, с. 198].

Сильное государство во взаимодействии с личностью, дееспособным гражданским обществом выступает в качестве важнейшего условия успешной модернизации всего современного общества. Эту миссию государство в состоянии выполнить только в неразрывной, органической взаимосвязи с правом, которое является ядром и нормативной основой государственности, ее связующим и цементирующим звеном. Государство сильно тогда, когда оно становится правовым; государство слабеет, если подменяет управление на базе права администрированием, бюрократическими методами.

Сила государства определяется, прежде всего, тем, насколько эффективно оно выполняет свои функции, насколько результативна проводимая им политика. Проще говоря, это эффективное, полноценное, авторитетное и уверенное в себе государство, четко выполняющее все свои функции и социальное назначение, использующее демократические методы государственного управления.

Принимая во внимание, что модернизация является комплексным процессом, включающим сдвиги в политической, социальной, культурной, правовой сферах, одним из важнейших ее аспектов выступает адекватное реагирование на возникающие противоречия в обществе, недопущение подходов



к их разрешению с позиции силы. Данный аспект представляется одним из основных индикаторов модернизации, свидетельствующим о состоянии всех сфер современного общества.

Выявленные проблемы теории и практики модернизации различных сфер функционирования государства, власти, права и общества подтверждают, что модернизационный процесс, в основе которого находятся демократические преобразования, вызывает острую необходимость правового обеспечения развития общества, без чего невозможно решение актуальных общегосударственных проблем, напрямую обусловленных проведением единой в масштабах всего государства эффективной модернизационной политики.

Нужна концептуализация научного знания о стратегии и тактике правового регулирования модернизационных правоотношений. В Республике Казахстан подобного рода задачу успешно решают документы стратегической важности. Создание последнего из них было анонсировано в Послании Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 г. «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность». Он будет иметь название «Национальная технологическая инициатива Казахстана» и по сути будет представлять собой стратегический план развития до 2025 года по Третьей модернизации страны.

В России на протяжении последних лет был принят целый ряд концепций и стратегий по приоритетным направлениям внутренней и внешней политики, но, к сожалению, до сих пор отсутствует единый доктринальный юридический документ о модернизации государства, власти права и общества, в роли которого могла бы выступить концепция правового обеспечения модернизационной политики в Российской Федерации – научно обоснованный программный документ, закрепляющий наиболее общие стратегические направления совершенствования правового регулирования модернизационных правоотношений, основные приоритеты, цели, средства, способы и направления развития политико-правовой жизни российского общества в условиях его всесторонней модернизации.

Концепция должна учитывать, что сегодня России нужна сильная, дееспособная власть, выстраивающая свою деятельность на основе эффективных законов, которые бы связывали, «держали в границах порядка» саму власть, начиная от процесса ее формирования. Речь идет о политике, которая обеспечивает легитимность власти, ее эффективное функционирование, а в конечном счете – и поддержание политической стабильности в стране, построение правовой государственности, активного гражданского общества и на данной основе – достижение целей модернизации. В этом заключается смысл модернизационной политики. Ведь право, без максимального задействования ресурсов которого никакая модернизация невозможна, всегда предполагает принудительный фактор, а потому оно должно опираться на твердую, легитимную, авторитетную власть. В то же время власть, официальная политика призваны уважать и защищать нормы права, правильно использовать их возможности. Модернизационная политика, как и любая иная, не должна быть неправовой, самоуправной.

Концепция – доктринальный документ, который призван стать ориентиром для структур гражданского общества как участников выстраивания и осуществления модернизационной политики, органов государственной власти и должностных лиц в их политической работе, взаимодействии с общественными организациями и гражданами, при подготовке модернизационных мероприятий, в процессе участия в их проведении, согласования интересов различных социальных групп, поддержания таким путем политической стабильности в стране. Концепция, таким образом, направлена на то, чтобы российская политическая система и отечественная демократия стали более работоспособными.

В целом проведение эффективной модернизационной политики на современном этапе развития общества является одним из определяющих факторов дальнейшего совершенствования демократических институтов, укрепления основ правового государства, обеспечения реализации прав и свобод человека и гражданина.

ЛИТЕРАТУРА

1. Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 3 декабря 2015 г. // Российская газета. 2015. 4 дек.

2. Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 1 декабря 2016 г. // Парламентская газета. 2016. 8 дек.

3. Послание Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 г. «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность». Офи-

циальный сайт Президента Республики Казахстан. URL: http://www.akorda.kz /ru/addresses / addresses_of_president/poslanie-prezidenta-respubliki-kazahstan-nnazarbaeva-narodu-kazahstana-31-yanvarya-2017-g (датаобращения: 14.03.2017).

4. Эффективность правовых норм. М. : Юрид. лит., 1980.

5. Сибилев Ю.Н. Критерии эффективности деятельности как основные ориентиры системы оценки Федеральной службы судебных приставов / Ю.Н. Сибилев // Вестник Российской правовой академии. - 2015. - № 1.- С. 75-79.

6. Тепляшин И.В. Критерии эффективности государственного механизма: общетеоретический анализ / И.В. Тепляшин, Г.Г. Фастович // Проблемы модернизации правовой системы современного российского общества: сб. докладов Междунар. науч. конф. (г. Красноярск, 30 сентября - 1 октября 2010 г.): в 2 т. Красноярск: Центр информации, 2011. Т. 1.

7. Мордовец А.С. Социально-юридическая конструкция человеческого измерения прав человека/ А.С. Мордовец // Юридическая техника. - 2013. - № 7 (ч. 2). - С. 500-509.

8. Мордовец А.С. Человеческое измерение прав человека: нормативно-ценностный аспект / А.С. Мордовец // Гражданское общество и правовое государство. - 2013. - Т. 1. - С. 50-53.

9. Ишеков К.А. Правовое государство как основа конституционно-правового развития современной России / К.А. Ишеков // Правовое государство: теория и практика. - 2014. - № 4. - С. 7-11.

10. Плешаков А.П. Правовая культура гражданского общества и ее влияние на развитие социально-правовой государственности и системы российского права / А.П. Плешаков, А.А. Шаповалов, К.А. Грандонян // Правовая культура. - 2015.- № 2. - С. 20-26.

11. Послание Президента Федеральному Собранию от 12 декабря 2013 г. // Российская газета. 2013. 13 дек.

12. Затонский В.А. Сильное государство: ключевые вопросы теории и модернизационной политики / В.А. Затонский, М.П. Петров // Ленинградский юридический журнал. - 2005. - № 3. - С. 192-206.

REFERENCES

1. Poslanie Prezidenta RF Federal'nomu Sobraniju ot 3 dekabrja 2015 g. // Rossijskaja gazeta. 2015. 4 dek.

2. Poslanie Prezidenta RF Federal'nomu Sobraniju ot 1 dekabrja 2016 g. // Parlamentskaja gazeta. 2016. 8 dek.

3. Poslanie Prezidenta Respubliki Kazahstan N. Nazarbaeva narodu Kazahstana ot 31 janvarja 2017 g. «Tret'ja modernizacija Kazahstana: global'naja konkurentosposobnost'». Oficial'nyj sajt Prezidenta Respubliki Kazahstan. URL: http://www.akorda.kz /ru/addresses /addresses_of_president/ poslanie-prezidenta-respubliki-kazahstan-nnazarbaeva-narodu-kazahstana-31-yanvarya-2017-g (data obrashhenija: 14.03.2017).

4. Jeffektivnost' pravovyh norm. - M. :Jurid. lit., 1980.

5. SibilevJu.N. Kriteriij effektivnosti dejatel'nosti kak osnovnye orientiry sistemy ocenki Federal'noj sluzhby sudebnyh pristavov / Ju.N. Sibilev // Vestnik Rossijskoj pravovoj akademii. - 2015. - № 1.-P. 75-79.

6. Tepljashin I.V. Kriteriij effektivnosti gosudarstvennogo mehanizma: obshhe teoreticheskij analiz/ I.V. Tepljashin, G.G. Fastovich // Problemy modernizacii pravovoj sistemy sovremennogo rossijskogo obshhestva : sb. Dokladov Mezhdunar. nauch. konf. (g. Krasnojarsk, 30 sentjabrja - 1 oktjabrja 2010 g.) : v 2 t. Krasnojarsk : Centrinformacii, 2011. T. 1.

7. Mordovec A.S. Social'no-juridicheskaja konstrukcija chelovecheskogo izmerenija prav cheloveka / A.S. Mordovec // Juridicheskaja tehnika. - 2013. - № 7 (ch. 2). - P. 500-509.

8. Mordovec A.S. Chelovecheskoe izmerenie prav cheloveka: normativno-cennostnyj aspekt / A.S. Mordovec // Grazhdanskoe obshhestvo i pravovoe gosudarstvo. - 2013. - T. 1. - P. 50-53.

9. Ishekov K.A. Pravovoe gosudarstvo kak osnova konstitucionno-pravovogo razvitija sovremennoj Rossii / K.A. Ishekov // Pravovoe gosudarstvo: teorija i praktika. - 2014. - № 4. - P. 7-11.

10. Pleshakov A.P. Pravovaja kul'tura grazhdanskogo obshhestva i ee vlijanie na razvitie social'no-pravovoj gosudarstvennosti i sistemy rossijskogo prava / A.P. Pleshakov, A.A. Shapovalov, K.A. Grandonjan // Pravovaja kul'tura. - 2015.- № 2. - P. 20-26.

11. PoslaniePrezidentaFederal'nomuSobranijuot 12 dekabrja 2013 g. // Rossijskajagazeta. 2013. 13 dek.

12. Zatonskij V.A. Sil'noe gosudarstvo: kljuchevye voprosy teorii i modernizacionnoj politiki / V.A. Zatonskij, M.P. Petrov // Leningradskij juridicheskij zhurnal. - 2005. - № 3. - P. 192-206.

УДК 342

GENERAL ADMINISTRATIVE LAW IN CENTRAL ASIA IN THE DEVELOPMENT PROCESS

Jörg Pudelka
Head of the GIZ Office in Kazakhstan, the administrative court judge in Berlin; e-mail: jorg.pudelka@giz.de
Jens Deppe
Head of the GIZ Office in Georgia; e-mail: jens.deppe@giz.de

Keywords: *administrative law in Central Asia; Law on administrative procedures; administrative act; administrative justice.*

Abstract. *This article is informative and analytical. The authors considered stages of development of general administrative law in Central Asia. The article will be divided into several parts, each of which will review issues of legislation on administrative procedures in the countries of Central Asia.*

In this part of the article presents first results of administrative justice reform in the countries of Central Asia, as well as a critical inventory of ongoing reforms and future reforms in the field of administrative law. The authors provide an overview of trends in the development of the law on administrative procedures and administrative procedural law in certain countries of Central Asia.

The authors consider the prospects of development of legislation on administrative procedures in the Republic of Kazakhstan. In particular, this issue was further developed after the declaration by the Head of State «100 concrete steps», which envisage the introduction of administrative justice, i.e. the right of administrative procedures and administrative procedural law. The new draft of law «On Administrative Procedures», developed by the Ministry of Justice, provides for an administrative act as the central form of administrative activity. The bill, unlike the current legislation, regulates not only the notion of the administrative act, but also the issues of its publication, content, justification and form. In addition, the bill provides for the rules for the cancellation of administrative acts, which for the first time fully take into account the principle of trust protection, fixed both in principle of legal statehood and in the Constitution.

The last part of this article will examine as the certain aspects of current situation of legal literature in the field of administrative law and review of the principle of examination of facts by the court, and conclusion of the amicable settlement. Also the results of analysis of the impact of administrative law reform on the various types of ratings (Human Development Index (UNDP), the index of democracy (The Economist), the Bertelsmann Transformation Index (BTI), the Corruption Perceptions Index (CPI), the World Bank index (WorldBank, IFC) will be proposed.

ОРТАЛЫҚ АЗИЯДАҒЫ ДАМУ ПРОЦЕСІНДЕГІ ЖАЛПЫ ӘКІМШІЛІК ҚҰҚЫҚ

Йорг Пуделька
Қазақстандағы GIZ өкілдігінің басшысы, Берлин қаласының әкімшілік сотының судьясы; e-mail: jorg.pudelka@giz.de
Йенс Деппе
Грузиядағы GIZ өкілдігінің басшысы; e-mail: jens.deppe@giz.de

Түйін сөздер: *Орталық Азиядағы әкімшілік құқығы; әкімшілік рәсімдер туралы заң; әкімшілік акт; әкімшілік әділет.*

Аннотация. *Осы мақала ақпараттық-талдау сипатында әзірленген. Авторлар мақалада Орталық Азияда жалпы әкімшілік құқығының даму сатыларын қарастырған. Бұл мақала бірнеше бөлімге бөлінеді, әрбір бөлім Орталық Азия елдеріндегі әкімшілік рәсімдер туралы заңнаманың дамуының өзекті мәселелерін қарастыратын болады.*

Мақаланың осы бөлімінде Орталық Азия елдеріндегі әкімшілік әділет реформаларының алғашқы қорытындылары, сонымен бірге әкімшілік құқық саласындағы қазіргі кезде жүргізілетін және болашақта жоспарланатын реформалардың құқықтық талдауы қарастырылады. Авторлар Орталық Азия елдеріндегі әкімшілік рәсімдер құқығын және әкімшілік іс-жүргізу құқығын дамытудың беталыстарына шолу жасаған.

Авторлармен Қазақстан Республикасындағы әкімшілік рәсімдер туралы заңнаманы

дамытудың беталыстары қарастырылады. Соның ішінде, аталмыш мәселенің одан әрі дамудың оң әсері әкімшілік әділетті, яғни әкімшілік рәсімдер құқығын және әкімшілік іс-жүргізу құқығын еңгізуді көздейтін Елбасының «100 нақты қадам» бағдарламасы жарыланғаннан кейін жалғасын тапты. Әділет министрлігі әзірлеуші орган болып табылатын жаңа «Әкімшілік рәсімдер туралы» заң жобасында әкімшілік қызметтің орталық нысаны ретінде әкімшілік акт қарастырылған. Қолданыстығы заңнамаға қарағанда заң жобасы тек қана әкімшілік акт ұғымына шектелмей, сонымен бірге оны жария ету, оның құрылымын, мазмұнын және нысанын реттейді. Осыған қоса, заң жобасы Конституцияда және құқықтық мемлекеттілік қағидатында бекітілген сенімді қорғау қағидатын толық көлемде ескеріп, әкімшілік актіні жою ережелерін де қамтиды.

Мақаланың қорытынды бөлімінде жекелеген аспектілер ретінде әкімшілік құқық саласындағы заң әдебиетінің жағдайы және соттың іс бойынша мән-жайларды зерттеуі мен бітімгершілік келісімді жасасу қағидаттарына шолу атап көрсетіледі. Сонымен қатар әкімшілік заңнама реформаларының түрлі рейтингтерге (гуманитарлық даму индексі (UNDP), демократия индексі (TheEconomist), Бертельсман трансформациялау индексі (BTI), сыбайлас жемқорлықты түсіну индексі (CPI), Дүниежүзілік банк индексі (WorldBank, IFC) ықпал етуіне талдау қорытындылары ұсынылады.

ОБЩЕЕ АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО В ЦЕНТРАЛЬНОЙ АЗИИ В ПРОЦЕССЕ РАЗВИТИЯ

Йорг Пуделька
руководитель представительства GIZ в Казахстане,
судья административного суда г. Берлин; e-mail: jorg.pudelka@giz.de
Йенс Деппе
руководитель представительства GIZ в Грузии; e-mail: jens.deppe@giz.de

Ключевые слова: *административное право Центральной Азии; закон об административных процедурах; административный акт; административная юстиция.*

Аннотация. *Данная статья носит информационно-аналитический характер. Авторы в статье попытались рассмотреть этапы развития общего административного права в Центральной Азии. Статья будет разделена на несколько частей, каждая из которой будет рассматривать отдельные вопросы развития законодательства об административных процедурах в странах Центральной Азии.*

В данной части статьи рассмотрены первые результаты реформ административной юстиции в странах Центральной Азии, а также критическая инвентаризация проходящих реформ и планируемых будущих реформ в области административного права. Авторы приводят обзор тенденций в развитии права административных процедур и административного процессуального права в конкретных странах Центральной Азии.

Авторами рассматриваются перспективы развития в Республике Казахстан законодательства об административных процедурах. В частности, данный вопрос получил дальнейшее развитие после объявления Главой государства «100 конкретных шагов», которые предусматривают и введение административной юстиции, то есть права административных процедур и административного процессуального права. Новый проект Закона «Об административных процедурах», разработчиком которого является Министерство юстиции, предусматривает административный акт как центральную форму административной деятельности. Законопроект, в отличие от действующего законодательства, регулирует не только понятие административного акта, но и вопросы его издания, его содержания, его обоснования и его формы. Кроме того, законопроект предусматривает правила отмены административных актов, которые впервые в полном объеме учитывают принцип защиты доверия, закрепленный как в принципе правовой государственности, так и в Конституции.

В заключительной части статьи в качестве отдельных аспектов будет рассмотрено состояние дел с юридической литературой в области административного права и обзор принципа исследования обстоятельств дела судом и заключения мирового соглашения. Также будут предложены результаты анализа влияния реформ административного законодательства на различного рода рейтинги (индекс гуманитарного развития (UNDP), индекс демократии (The Economist), индекс трансформации Бертельсмана (BTI), индекс восприятия коррупции (CPI), индекс Всемирного банка (WorldBank, IFC).

ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT IN ZENTRALASIEN IN DER ENTWICKLUNG

Fortsetzung, Der erste Teil des Beitrages finden Sie in der letzten Ausgabe der Zeitschrift

Teil II. Erste Ergebnisse von Verwaltungsjustizreformen

a) Zentralasien

Auf regionaler Ebene in Zentralasien lassen sich keine konkreten Ergebnisse von verwaltungsrechtlichen Reformen ausmachen. Dies ist zum einen der Tatsache geschuldet, dass es aus gemeinsamer sowjetischer Zeit keine fortwirkende und damit überarbeitungsbedürftige Kodifizierung des Verwaltungsverfahrens- oder Verwaltungsprozessrechts geben würde. Darüber hinaus ist im Bereich des Verwaltungsrechts, anders als in anderen Bereichen, wie etwa im Zivilrecht oder Aktienrechts, auch keine Initiative zur Bearbeitung im Rahmen der GUS zu beobachten. So gab und gibt es keine GUS- oder auch nur zentralasienübergreifenden Arbeitsgruppen zur Erarbeitung gemeinsamer regionaler Gesetzesmusterentwürfe.

Alle bisherigen Entwicklungen sind – soweit es solche bisher überhaupt gab - strikt national.

b) Kasachstan

In Kasachstan hat die Reformierung des Verwaltungsverfahrens - und – prozessrechts inzwischen wieder Fahrt aufgenommen, nachdem ein im Jahr 2011 vom Unterhaus des Parlaments bereits beschlossener Gesetzesentwurf, der das Ordnungswidrigkeitenrecht mit dem Verwaltungsprozessrecht zusammen neu regeln sollte, vom Oberhaus (Senat) gestoppt wurde und seitdem das Rechtsgebiet vom Gesetzgeber unbeachtet blieb.

Eine Rechtsfortentwicklung fand seitdem praktisch nur im prozessualen Bereich und nur richterrechtlich statt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Verordnung des Obersten Gerichts der Republik Kasachstan zur Behandlung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten[1] zu erwähnen, die genauere Vorgaben – die teilweise auch modern orientiert sind – zur Behandlung der Streitigkeiten nach Kapitel 27 der Zivilprozessordnung, mithin der meisten Verwaltungsstreitsachen macht. Dies war jedoch von Anfang an als vorläufiger Zustand anzusehen, der nur bis zu einer gesetzlichen Regelung des Verwaltungsprozesses andauern kann. Zur neuen Entwicklung siehe unten III. 2a).

c) Kirgisien

Kirgisien hat bereits beachtliche Reformerfolge im Bereich des Verwaltungsrechts erzielt. Hierzu gehört zweifellos die neue Fassung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, die nunmehr auch im Juli 2016 in Kraft getreten ist.. Hiermit wird das kirgisische allgemeine Verfahrensrecht weiter an europäische Standards angenähert. Es gibt jedoch auch durchaus Besonderheiten, die gegenüber dem vorherigen Gesetz beibehalten oder gar ausgebaut wurden und etwa anders als in Deutschland oder Österreich geregelt sind.

Hierzu gehört etwa die Aufnahme der einzelnen Verfahrensprinzipien in das Gesetz. Während diese in Deutschland und Österreich in jahrzehntelanger Praxis durch die Rechtsprechung herausgebildet wurden, besteht in Kirgisien – wie generell im postsowjetischen Raum – offenbar nach wie vor ein hohes Bedürfnis möglichst viel im Gesetzestext selbst festzulegen. Dahinter steht die Erwartung, dass die Verfahrensprinzipien bei einer schriftlichen Fixierung im Gesetzestext eine höhere faktische Durchschlagskraft haben bzw. dass sie einfach stärker von den Rechtsanwendern beachtet werden.

Eine zu begrüßende Neuerung der Novellierung besteht in der Aufgabe des fakultativen Charakters des Widerspruchsverfahrens. Entsprechend der bisherigen Rechtslage war in Art. 44 VwVfG (alt) vorgesehen, dass das Widerspruchsverfahren für den Beschwerdeführer fakultativ ist, dieser also frei wählen kann, ob er ein behördliches Widerspruchsverfahren und anschließend gegebenenfalls ein gerichtliches Verfahren durchführen möchte oder sich sofort an das Gericht wenden will. Nach Art. 65 Abs. 1 des neuen Gesetzes ist zuerst das behördliche Widerspruchsverfahren durchzuführen und erst anschließend kann sich der Beschwerdeführer an das Gericht wenden. Diese Neuerung ist uneingeschränkt zu begrüßen, da hiermit das Verfahren insgesamt nicht nur effektiver wird (Selbstkorrektur der Verwaltung und Entlastung der Gerichte), sondern auch rechtsschutzintensiver (zwingende Prüfung von Recht- und Zweckmäßigkeit, die bei sofortiger Klageerhebung entfallen würde).

d) Tadschikistan

[1] *Normativrechtsverordnung des Obersten Gerichts der Republik Kasachstan vom 24. Dezember 2010 (Nr. 20) „Über einige Fragen der Anwendung der Normen des Kapitels 27 der Zivilprozessordnung der Republik Kasachstan durch die Gerichte“.*

In Tadschikistan gab es Bemühungen, das Gesetzbuch über das Verwaltungsunrecht zu modernisieren und in diesem Zusammenhang um Vorschriften zum Verwaltungsprozess zu ergänzen. Im Jahr 2010 wurde eine entsprechende Arbeitsgruppe zur Erarbeitung des Gesetzesentwurfs mit Unterstützung der GIZ gegründet. Die Arbeitsgruppe, die in den Entwurf bereits Vorschriften zur Behandlung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten aufgenommen hatte, entschied sich jedoch Ende 2010 dafür, beide Themenbereiche zu trennen und insofern ausdrücklich dem kasachischen Beispiel zu folgen. Der 2011 ins Parlament eingebrachte Gesetzesentwurf ist daher nurmehr ein modernisiertes Ordnungswidrigkeitenrecht.

Bereits reformiert ist hingegen das Verwaltungsverfahrensrecht, das jedoch – wie oben bereits erwähnt – unter erheblichen Anwendungsdefiziten leidet. Neue Schritte zur Schaffung eines Verwaltungsprozessrechts stehen noch aus.

e) Turkmenistan

In Turkmenistan wurde in den Jahren 2014-2015 mit beratender Unterstützung der GIZ eine neue Zivilprozessordnung erarbeitet, die auch in einem besonderes Kapitel Vorschriften zur Behandlung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten vorsieht. Diese neue Zivilprozessordnung ist unter Ablösung der noch aus sowjetischen Zeiten stammenden alten ZPO im Juli 2016 in Kraft getreten.

Darüber hinaus wurde auf eine programmatische Rede des Staatspräsidenten hin Anfang 2016 bei dem Parlament eine Arbeitsgruppe, in die auch Mitarbeiter und Experten der GIZ aufgenommen wurden, gegründet, die derzeit auf der Grundlage des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes ein turkmenisches VwVfG erarbeitet. Hierbei wird ausdrücklich turkmenischen Besonderheiten beziehungsweise solchen im postsowjetischen Raum Rechnung getragen. Dies betrifft zum Beispiel die Normierung der wesentlichen Verfahrensprinzipien und die ausführlichere Niederlegung relativ neuer verfahrensrechtlicher Prinzipien, wie etwa dem Amtsermittlungsprinzip oder dem Prinzip des Vertrauensschutzes.

f) Usbekistan

In Usbekistan gibt es – abgesehen von einigen Änderungen im Recht der Ordnungswidrigkeiten – keine nennenswerten Reformerfolge im Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts. Das bereits entworfene Verwaltungsverfahrensgesetz ist im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess liegengeblieben und nicht in Kraft getreten. Nunmehr wird ein Neuanlauf zu dessen Überarbeitung und erneute Einbringung in das Parlament unternommen.[2] Hier ist zwischenzeitlich ein Entwurf weitgehend fertiggestellt, der rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht. Das genaue Schicksal dieses Entwurfs, etwa wann er in das Parlament eingebracht werden und wann er in Kraft treten soll, sind derzeit insbesondere vor dem Hintergrund der politischen Veränderungen an der Staatsspitze völlig unklar.

Der Verwaltungsprozess läuft in Anlehnung an sowjetische Traditionen gemäß den Vorschriften der Zivilprozessordnung. Reformbemühungen hierzu waren bisher nicht ersichtlich; zuletzt wurden jedoch auch in diesem Bereich die Gründung einer Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines entsprechenden Entwurfs angekündigt. Sogar die Gründung eigenständiger Verwaltungsgerichte wurde zuletzt staatlicherseits in Spiel gebracht.

Teil III. Kritische Bestandsaufnahme laufender Reformen und Planungen für künftige Reformen im Bereich des Verwaltungsrechts

1. Zentralasien insgesamt unter Berücksichtigung des Konzeptes und Modellgesetzes zum Verwaltungsprozess

a) Formelle und informelle Modelle

Zentralasien als Region ist derzeit nicht durch einheitliches Voranschreiten im Bereich verwaltungsrechtlicher Reformen gekennzeichnet. Es gibt zwar eine gemeinsame sowjetische Vergangenheit, deren Fortentwicklungen jedoch in unterschiedlichen Richtungen und auch in unterschiedlicher Geschwindigkeit ablaufen.

Hier für gibt es mindestens drei Gründe. Erstens sind die politischen Beziehungen zwischen den zentralasiatischen Ländern nicht überall gleich gut. Teilweise bestehen deutliche Spannungen, die zwar nicht im rechtlichen Bereich begründet worden sind, sich jedoch auf ihn erheblich auswirken. Teilweise schließt dies bereits eine Zusammenarbeit – etwa in Form gemeinsamer Arbeitsgruppen zur Erarbeitung grenzüberschreitender Gesetzesentwürfe – aus.

Zweitens fällt im Bereich des Verwaltungsrechts Russland als ordnender Faktor beziehungsweise als Vorbild weitgehend aus. Während die baltischen Republiken und die postsowjetischen Republiken des Südkaukasus bereits Reformen des Verwaltungsverfahrens- und –prozessrechts nach deutschem bzw. europäischem Vorbild durchgeführt haben, sind in Russland erst in jüngster Zeit Reformbemühungen wahrnehmbar. So ist Ende 2015 etwa ein Verwaltungsprozesskodex in Kraft getreten, der bereits einige Element

[2] *Näher hierzu unter III. 2. e).*

einer Verwaltungsjustiz europäischer Prägung aufnimmt, aber sicherlich nicht als Vorbild für Zentralasien taugt. Hierfür käme er im Übrigen auch zu spät, da die zentralasiatischen Republiken teilweise deutlich früher begonnen haben, Reformüberlegungen anzustellen.

Drittens gibt es im Bereich des Verwaltungsrechts – im Unterschied zu anderen Rechtsbereichen – auch keine Modellgesetzgebung für den Bereich der Gemeinschaft Unabhängiger Staaten (GUS), der alle zentralasiatischen Republiken angehören.[3] Schaut man etwa auf den Bereich des Zivilrechts, so gibt es ein entsprechendes Modellgesetz, dass den Rahmen für die Zivilgesetzbücher aller GUS-Länder vorgibt, der insbesondere von den zentralasiatischen Republiken weitgehend übernommen wurde.[4] Auch für größere Novellen kommen die Mitgliedsstaaten zusammen, um den Gleichklang in der Rechtsfortschreibung sicherzustellen.[5]

Damit scheidet auch ein formelles Modell zur Sicherung einheitlicher Rechtsentwicklung im Verwaltungsrecht aus.

b) Konzeption und Modellgesetz für ein Verwaltungsprozessrecht in Zentralasien

Mangels einigender oder ordnender Rahmen hat das von der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) im Auftrag des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung Deutschlands (BMZ) durchgeführte Regionalprogramm „Förderung der Rechtsstaatlichkeit in Zentralasien“, das in allen fünf zentralasiatischen Ländern bereits mehr als fünfzehn Jahre präsent ist und die Partner vor Ort bei Justizreformen unterstützt, beschlossen, eine Konzeption einschließlich ausformulierter Modellnormen zur Schaffung eines Verwaltungsprozessgesetzes auszuarbeiten. Gleiches ist für den Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts zwischenzeitlich geschehen.

c) Verwaltungsprozess

Da das Verwaltungsprozessrecht in den zentralasiatischen Ländern längere Zeit dem sowjetischen Vorbild folgte und in den jeweiligen Zivilprozessordnungen als besonderer Verfahrensgang geregelt wurde, bestand praktisch keine Möglichkeit zur Anknüpfung an eigene gesetzgeberische Erfahrung beim Neuaufbau einer Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zwar haben einige Staaten im postsowjetischen Raum außerhalb Zentralasiens bereits ihr Verwaltungsprozessrecht nach europäischem Vorbild reformiert. Allerdings sind hierbei die Vorgehensweisen jedoch sehr unterschiedlich, so dass sie kaum als Modell taugen. So haben etwa Georgien[6] und Armenien weitgehend das deutsche Modell übernommen; 2011 ist Aserbaidschan gefolgt. Im Baltikum gibt es dagegen teilweise andere Ansätze. So hat etwa Lettland Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in einem Gesetz zusammengefasst (ähnlich wie in den Niederlanden), ist dabei jedoch der Abkehr von der Behandlung von Verwaltungsrecht als Verwaltungsunrecht eindeutig gefolgt.

Vor diesem Hintergrund und eingedenk der gemeinsamen sowjetischen Vergangenheit der zentralasiatischen Staaten und in Betracht ziehend, dass eine überregional einheitliche oder ähnliche Entwicklung aus europäischer Sicht wünschenswert erscheint, ist die von der GIZ erarbeitete Konzeption einschließlich Modellnormen den jeweiligen nationalen Arbeitsgruppen in den zentralasiatischen Ländern zur Verfügung gestellt worden, um gleichsam als Muster beziehungsweise Arbeitsgrundlage zu dienen. Sowohl Konzeption als auch Modellnormen folgen dabei im Wesentlichem folgendem Aufbau:

1) Zunächst werden allgemeine Grundsätze eines rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Verwaltungsprozesses formuliert. Im Hinblick auf die in den zentralasiatischen Ländern fest verwurzelte gesetzgeberische Tradition aus Sowjetzeiten sollen die ausformulierten Prinzipien auch in konkrete Normen Eingang finden. Dies entspricht auch der praktischen Erfahrung aus anderen zentralasiatischen Prozessreformen: je konkreter die allgemeinen Grundsätze im Normtext selbst ausformuliert sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit ihrer Anwendung in der Praxis. Neben den üblichen und auch in Zentralasien formal allgemein anerkannten Prinzipien (Gerechtigkeit, Öffentlichkeit etc) wird besonderes Augenmerk auf den Amtsermittlungsgrundsatz (Inquisitionsmaxime) gelegt. Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zum Zivilprozess, nach dessen Grundsätzen öffentlich-rechtliche Streitigkeiten heute noch weitgehend behandelt werden.

2) In einem 2. Abschnitt werden die möglichen Verfahrensbeteiligten (und ihre Ausschlussgründe) behandelt.

[3] *Turkmenistan nur mit eingeschränktem Teilnehmerstatus.*

[4] *Vgl. Chanturia, Schramm, Knieper: Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien – Bestandsaufnahme und Entwicklung, Berlin 2010.*

[5] *Vgl. etwa die derzeitigen Bemühungen zur Reformierung des Modellgesetzes zum Zivilrecht.*

[6] *Gerd Winter, Verwaltungsrechtsentwicklung und ihre ausländische Beratung in Transformationsstaaten. Das Beispiel Georgiens , in: Verwaltungsarchiv 101/3/2010: 408 – 436 (http://www.gerd-winter.jura.uni-bremen.de/vwrentwicklung.pdf).*

Dabei geht die Konzeption davon aus, dass die Staatsanwaltschaft, die selbst im Zivilprozess in Anknüpfung an sowjetische Traditionen noch eine erhebliche Rolle spielt („Aufsichtsfunktion"), faktisch nicht ausgeschlossen werden kann. Jedenfalls derzeit wären solche Pläne nicht durchsetzbar. Insofern geht es vor allem darum, die Staatsanwaltschaft so einzubinden, dass der verwaltungsrechtliche Individualrechtsschutz gestärkt und stellenweise erweitert wird, andererseits allerdings eine allgemeine Rechtmäßigkeitsaufsicht abgelehnt wird.

3) Im dritten Abschnitt werden Klagearten definiert. Dabei wird ein an das deutsche Modell angelehnter, jedoch teilweise modifizierter Ansatz gewählt. Modifikationen ergeben sich insbesondere dort, wo es darum geht, übermäßige Kompliziertheit zurückzuführen oder auf spezifisch zentralasiatische Gegebenheiten Bezug zu nehmen. Im letzteren Sinne wird etwa die Einführung einer Ablehnungsklage angeboten, mit der die Kläger bereits vor Ergehen einer Verwaltungsentscheidung eine andere Besetzung des Entscheidungskörpers erwirken können. Dies kann insbesondere in clangeprägten Gesellschaften, zu denen die Zentralasiens gehören, ein entscheidender Vorteil sein.

Der Rechtsschutz wird nicht vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes abhängig gemacht, knüpft an ihn als zentrale Figur des Verwaltungsverfahrensrechts jedoch an. So können mit einer Leistungsklage Verwaltungsakte aber auch sonstige Verwaltungshandlungen („Realakte") erstritten und mit einer Aufhebungsklage aufgehoben werden. Wichtig ist hierbei im Sinne der Effektivität von Rechtsschutz die kassatorische Wirkung des einen Verwaltungsakt aufhebenden Urteils, das keiner weiteren behördlichen Umsetzung (und folglich auch keiner Überwachung der Umsetzung) bedarf.

4) In einem weiteren Abschnitt werden die Rechtsmittel behandelt. Dabei wird davon ausgegangen, dass verwaltungsgerichtliche Entscheidungen sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht überprüfbar sein müssen. Zur Stärkung der Effizienz ist jedoch die zweite Überprüfungsinstanz („Kassation") als reine Rechtskontrolle auszugestalten. Wichtig ist die Abschaffung einer Aufsichtsinstanz, die selbst letztinstanzliche Entscheidungen, die in Rechtskraft getreten sind, noch nachträglich wieder aufheben kann. Diese, dem sowjetischen Erbe zuzuschreibende Eigenart schadet massiv der Rechtssicherheit und damit auch dem Investitionsklima im Land.

5) Weiterhin wird die Einführung eines der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle vorgeschalteten verwaltungsbehördlichen Widerspruchsverfahrens dringend angeraten. Entgegen der in Zentralasien weit verbreiteten Ansicht ist es nicht sinnlos und erschwert den Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz. Im Gegenteil: das Widerspruchsverfahren kann die Gerichte entlasten und somit effektiver machen, da kleinere oder formale Fehler problemlos durch die nächsthöhere Verwaltungsbehörde behoben werden können. Darüber hinaus steigt auch die Effektivität des Rechtsschutzes der Bürger. Dem Grundsatz der Gewaltenteilung folgend kann er nämlich nur im vorgerichtlichen Widerspruchsverfahren geltend machen, dass das Verwaltungshandeln zwar rechtmäßig, aber unzweckmäßig war. Da die Gerichte Zweckmäßigkeitserwägungen wegen des Grundsatzes der Gewaltenteilung nicht mehr prüfen dürfen, wäre der Bürger ohne ein Widerspruchsverfahren mit ihnen generell ausgeschlossen.

6) Ein weiterer Abschnitt enthält Vorschriften zu den Kosten des Verfahrens, wobei hier allgemeinen Prinzipien gefolgt wird, nach denen der Unterliegende die Kosten des Verfahrens trägt. Andererseits sind auch Besonderheiten zu berücksichtigen, die sich aus den Besonderheiten im Verhältnis Staat-Bürger ergeben. So sind insbesondere Fallgestaltungen zu erfassen, in denen der Bürger Rechtsschutz nur deshalb nachsucht, weil der angegriffene Verwaltungsakt wegen einer unzutreffenden Begründung nicht ersichtlich rechtmäßig war. In derartigen Fällen müssen ausgewogene, von der allgemeinen Regelung abweichende Lösungen gefunden werden.

d) Verwaltungsverfahrensrecht

Das Verwaltungsverfahrensrecht ist in den Ländern Zentralasiens im Wesentlichen durch seine Zerstreuung auf verschiedene Rechtsakte und dezentrale Regulierung geprägt. Diesem Umstand entgegenzuwirken und einer Kodifizierung der allgemeinen verfahrensrechtlichen Regelungen den Weg zu bereiten, ist der Zweck der nunmehr ebenfalls vorliegenden Konzeption einschließlich Modellvorschriften für ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz.

Dieses Gesetz soll für die Mehrheit der Verwaltungsverfahren einheitliche Regeln vorsehen. Es soll etwa regeln:

1) den Antrag als Voraussetzung des Verfahrensbeginns bzw. den Verfahrensbeginn in den Fällen, in denen die Behörde ohne Antrag tätig werden darf oder muss;

2) den Verwaltungsakt als zentrales Handlungsinstrument der Verwaltung, das letztlich auch für die Gewährung von Rechtsschutz von Bedeutung sein kann;

3) Vorschriften, die eine Anhörung vor Erlass belastender Verwaltungsakte vorsehen;

4) Verfahrensvorschriften einschließlich

möglicher Vorschriften zur Heilung von Verfahrensfehlern;

5) die Beteiligten und Voraussetzungen ihres Ausschlusses vom Verfahren;

6) das Zustandekommen der das Verfahren abschließenden Entscheidung oder Handlung

7) ein Widerspruchsverfahren zur vorgerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsakten auf Recht- und Zweckmäßigkeit

8) einheitliche Kostenvorschriften

9) die Zustellung von Bescheiden

10)die Vollstreckung von Verwaltungsakten

Inwieweit all diese Gesichtspunkte in eine Kodifikation des allgemeinen Verfahrensrechts dann aufgenommen werden sollen oder ob für Einzelbereiche hieraus Spezialgesetze erlassen werden sollen (wie dies etwa für das Verwaltungsvollstreckungsrecht in Deutschland der Fall ist), soll dann den jeweiligen Arbeitsgruppen in den einzelnen Ländern anheimgestellt werden. Idealerweise sollte jedoch angestrebt werden, so viel wie möglich des oben Genannten in einem einzigen Gesetz zu regeln.

2. Entwicklungen im Verwaltungsverfahrens und prozessrecht in den einzelnen Ländern

a) Kasachstan

Seit dem Scheitern des 2009 bereits vom Unterhaus des Parlaments verabschiedeten „Verwaltungskodex", der im wesentlichen das Ordnungswidrigkeitenrecht mit dem Verwaltungsprozessrecht verbinden sollte, sind von staatlicher Seite kaum Anstrengungen unternommen worden, die hier gegenständlichen Rechtsbereiche zu reformieren.

Im Jahr 2011 hat das Institut für Gesetzgebung, das heute eine Untergliederung des Justizministeriums darstellt, einen Referentenentwurf für ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz vorgelegt.[7] Dieser Entwurf, der modernen europäischen Prinzipien bereits in vielen Bereichen entsprach, wurde jedoch zunächst nicht aufgegriffen, obwohl die internationale Reaktion positiv war.

Das Thema, dass nicht zuletzt auch durch die 2012 in Zusammenarbeit von GIZ und Rule-of-Law-Plattform der Europäischen Union in Astana veranstaltete „Internationale Konferenz zum Verwaltungsrecht" einer breiteren Öffentlichkeit ins Bewusstsein gerückt wurde, wurde bisher jedoch nicht in den offiziellen Plan der Gesetzgebungsarbeiten aufgenommen; ein sicherer Indikator für die Fragen, mit denen sich das Parlament im kommenden Jahr befassen wird.

Nach dem im Vorfeld der Präsidentschaftswahl 2015 durch den Amtsinhaber angekündigten „100 konkreten Schritten", die auch die Einführung einer Verwaltungsjustiz, das heißt Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht, vorsahen, hat die Angelegenheit jedoch wieder Fahrt aufgenommen. Die zwischenzeitlich beim Justizministerium gegründete Arbeitsgruppe zur Erarbeitung des Verwaltungsverfahrensgesetzes hat einen Entwurf vorgelegt, der sich einerseits am ehemaligen Referentenentwurf, im Übrigen aber an üblichen europäischen Standards orientiert.

Insbesondere sieht dieser Entwurf den Verwaltungsakt als zentrale Handlungsform der Verwaltung vor. Der Entwurf regelt im Gegensatz zur bisherigen Gesetzgebung nicht nur dessen Begriff, sondern auch seinen Erlass, seinen Inhalt, seine Begründung und seine Form. Darüber hinaus sieht der Entwurf Regelungen zur Aufhebung von Verwaltungsakten vor, die erstmals auch das im Rechtsstaatsprinzip ja auch verfassungsrechtlich verbürgte Prinzip des Vertrauensschutzes vollumfänglich berücksichtigt. Die entsprechenden Regelungen stehen denen des deutschen, estnischen oder lettischen Verwaltungsverfahrensrechts in nichts nach. Weiterhin regelt der Entwurf auch Fragen der Zustellung und der Verwaltungsvollstreckung. Der Entwurf soll dem Vernehmen nach bis Ende des Jahres allen betroffenen Behörden mit der Möglichkeit um Stellungnahme übersandt und anschließend vervollkommnet werden, soweit notwendig. Angestrebt wird eine Aufnahme in den Plan der Gesetzgebungsarbeiten 2017, was auch eine Befassung des Parlaments 2017 ermöglichen würde. Mit einem Inkrafttreten wäre im günstigsten Szenario dann 2018, wahrscheinlicher eher 2019 zu rechnen.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass ein Übergangszeitraum von etwa einem Jahr zwischen Verabschiedung des Gesetzestextes und Inkrafttreten durchaus förderlich sein kann. Diese Zeit sollte genutzt werden, um entsprechende Aus- und Fortbildung der betroffenen Rechtsanwender vorzunehmen. Im Südkaukasus hat man entsprechende, positive Erfahrungen, wie zuletzt etwa in Aserbaidschan.

Die bei dem Obersten Gericht eingesetzte Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines Verwaltungsprozessgesetzes hat ebenfalls einen ersten Entwurf erarbeitet, der jedoch eher an bisherige prozessuale Regelungen angelehnt scheint. Dennoch nimmt auch dieser Entwurf bereits eine Reihe moderner Neuerungen auf. Dies betrifft etwa insbesondere die Normierung eigener, typisch verwaltungsrechtlicher Klagearten. Insgesamt besteht hier jedoch der

[7] *Institut für Gesetzgebung der Republik Kasachstan, Referentenentwurf (Gabassow, A.B.) zum Verwaltungsverfahrensgesetz, März 2011.*

Eindruck nach Nachbesserungsbedarf, dem auch das Oberste Gericht selbst dadurch Rechnung getragen hat, dass es im Sommer 2016 die Zusammensetzung der Arbeitsgruppe nahezu vollständig veränderte und eine Überarbeitung des Entwurfs angeregt hat.

In zeitlicher Hinsicht sind die Perspektiven dieses Entwurfs keinesfalls günstiger als die erwähnten Perspektiven des Verfahrensrechts. Es ist im Gegenteil eher von einem etwas längeren Gesetzgebungsverfahren auszugehen. Insgesamt bleibt jedoch festzuhalten, dass sich Kasachstan nunmehr auf dem Weg zur Verwaltungsjustiz befindet; beide grundsätzlichen Gesetze hierfür (Verwaltungsverfahrens- und –prozessgesetz) werden erarbeitet.

b) Kirgisien

Kirgisien ist das erste zentralasiatische Land mit einem neuen, modernen Verwaltungsverfahrensgesetz. Das bereits reformierte Gesetz ist zum August 2016 in Kraft getreten und sieht wichtige Neuerungen gegenüber der bereits bisher geltenden Fassung vor. So ist etwa der verpflichtende Charakter des Vorverfahrens ausdrücklich geregelt worden.

Die Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines Verwaltungsprozessgesetzes hat ebenfalls einen Entwurf vorgelegt, der im Parlament bereits die erste Lesung passiert hat. Der Entwurf sieht ein eigenständiges Prozessrecht für die Durchführung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten vor. Dabei ist er vom Amtsermittlungsgrundsatz geleitet und berücksichtigt daher die fundamentalen Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Zivilprozess. Im Unterschied zum derzeitigen kasachischen Gesetzesentwurf entspricht der kirgisische eher dem Bild einer eigenständigen verwaltungsprozessualen Regelung nach europäischem Vorbild; der Entwurf orientiert sich im Wesentlichen an der bereits dargestellten Konzeption.[8]

Neben allen positiven Neuerungen bleibt der Umgang mit richterlichen Fristen ein Streitpunkt. Während ausgehend von der europäischen Rechtsordnung in Betonung der richterlichen Unabhängigkeit eine Bestimmung von Fristen, innerhalb derer der Richter die Fallbehandlung abzuschließend hat, verfassungsrechtlich problematisch anmutet, ist dies im postsowjetischen Raum eher die Regel, wobei zur Begründung nicht nur der schnelle Zugang zu Recht, sondern stets auch die Disziplinierung der Rechtsanwender (sprich: der Richter) vorgetragen wird. Hier konnte jedoch zumindest eine Lockerung der Fristen erreicht werden, was sich auf die Qualität richterlicher Entscheidung günstig auswirken dürfte.

c) Tadschikistan

In Tadschikistan gibt es keine aktuellen Bestrebungen zur Reformierung des Verwaltungsverfahrens- oder –prozessrechts. Bedauerlich ist auch, dass das Verständnis für die Reformbedürftigkeit eher ab- als zugenommen hat.

Der derzeit bereits bestehende Verwaltungsverfahrenskodex, der in mehreren Bereichen problematisch ist, teilweise aber auch moderne Vorschriften enthält (etwa zum Verwaltungsakt und zu dessen Begründung), findet weiterhin in der Öffentlichkeit kaum Beachtung. Auch regelmäßig durchgeführte Fortbildungsveranstaltungen für Richter und Rechtsanwälte vermochten dies bisher kaum zu ändern, wenngleich zumindest das Bewusstsein für eine Veränderungsnotwendigkeit hierdurch hoffentlich günstig beeinflusst wird. Ansonsten gilt hier, besser ein unvollkommenes Verfahrensgesetz, das angewendet wird, als gar nichts.

Es bleibt jedoch eine wichtige Aufgabe, für eine umfassende Reformierung des Verwaltungsverfahrensrechts und eine völlige Neuerarbeitung eines Verwaltungsprozessgesetzes einzutreten. Da es hier derzeit jedoch keinerlei Anzeichen gibt und insbesondere auch die Absichtserklärungen auf den Justizministerkonferenzen zu keinerlei sichtbaren Folgen führten, wäre selbst bei einer Aufnahme entsprechender Arbeiten in 2017 mit fertigen Gesetzen frühestens 2018/19 und einem Inkrafttreten 2020 zu rechnen.

d) Turkmenistan

In Turkmenistan ist mit Inkrafttreten der neuen Zivilprozessordnung auch ein aktualisierter Abschnitt zur prozessualen Behandlung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten eingeführt worden.[9] Dies geschah unter bewusstem Verzicht auf die Erarbeitung eines eigenständigen Gesetzeswerkes für den Verwaltungsprozess. In Anerkennung der Tatsache, dass Verwaltungsprozesse für Turkmenistan ein relativ neues und anfangs nicht allzu häufiges Phänomen sein werden, hat man sich für die grundlegende Überarbeitung der entsprechenden Kapitel im Rahmen der Zivilprozessordnung entschieden und die Erarbeitung eines Verwaltungsprozessgesetzes auf spätere Zeit verschoben.

Auch die nunmehr in der ZPO enthaltenen Regelungen zu den öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten entsprechen jedoch den grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen. Die ZPO regelt den Amtsermittlungsgrundsatz als wesentliches

[8] *Siehe oben unter III. 1.*
[9] *Kapitel 24-28 ZPO.*

Prinzip des Verwaltungsprozesses, was ihn damit innerhalb desselben Regelungswerkes von den Vorschriften des allgemeinen Zivilprozesses unterscheidet. Auch sind weitere Neuheiten, wie eine umfassende richterliche Aufklärungs- und Hinweispflicht eingeführt worden. Weiterhin ist die Durchführung eines vorgerichtlichen Verfahrens in einer Mehrheit der Fälle verbindlich vorgeschrieben. Weiterhin sind mit der Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage die wesentlichen Klagearten geregelt, die Rückabwicklung der Vollstreckung erfasst und insbesondere auch die Besonderheit des beschränkten Prüfungsrahmens bei der Kontrolle von Ermessensentscheidungen ausdrücklich normiert. So sieht Art. 287 ZPO nun ausdrücklich vor, dass die Gerichte Ermessensentscheidungen ausschließlich auf die Beachtung der gesetzlichen Grenzen des gesetzgeberisch eingeräumten Ermessens sowie die Ausübung des Ermessens gemäß dem Zweck seiner Einräumung prüfen dürfen. Diese Norm entspricht damit europäischen Standards.[10]

Das Verwaltungsverfahrensrecht steht vor einer grundlegenden Reform. So wurde im Frühjahr 2016 bei dem Parlament Turkmenistans eine Arbeitsgruppe zur Erarbeitung des Verwaltungsverfahrensgesetzes eingesetzt, die derzeit unter Rückgriff auf das Verwaltungsverfahrensgesetz Deutschlands als Muster, einen eigenen Entwurf für Turkmenistan erarbeitet. Hierbei werden Erfahrungen anderer postsowjetischer Länder, die die entsprechende Reform bereits durchlaufen haben (insbesondere Lettland und Aserbaidschan) ausdrücklich berücksichtigt.

Der bisher vorliegende Teil des Entwurfs enthält etwa eine dem europäischen Vorbild ohne Abstriche entsprechende Definition des Verwaltungsakts und regelt seinen Erlass und seine Aufhebung in einer rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechenden Weise. Hier wird es nach späterem Erlass des Gesetzes vor allem darum gehen, das Gesetz zu propagieren und Rechtsanwender entsprechend zu schulen, damit das Gesetz auch in der Praxis tatsächlich umgesetzt wird. Dies könnte einen wesentlichen Schub zur Modernisierung und Effektivitätssteigerung der öffentlichen Verwaltung und damit auch zur Verbesserung des Wirtschafts- und Investitionsklimas in Turkmenistans leisten.

Zeitlich ist geplant, den Entwurf 2017 fertig zu stellen und anschließend ins Parlament einzubringen. Mit einem Inkrafttreten ist 2018/19 zu rechnen, wobei auch hier sicherlich eine gewisse Übergangsfrist zwischen Verabschiedung in Inkrafttreten zwecks Ausbildung der künftigen Rechtsanwender überaus sinnvoll wäre.

e) Usbekistan

Laut staatlicher Programmdokumente, die teilweise auch Eingang in Reden des Staatspräsidenten gefunden haben, gibt es vage Pläne zur Reformierung des Verwaltungsverfahrens- und –prozessrechts, wobei eindeutig dem Verwaltungsverfahrensrecht der Vorrang eingeräumt wird.[11] Zwischenzeitlich ist insbesondere in einer vom Justizministerium in Auftrag gegebenen Studie auch erwogen worden, Verwaltungsverfahrens- und –prozessrecht in einem einzigen Gesetz zusammenzuführen, wie dies etwa in Lettland oder den Niederlanden derzeit der Fall ist. Dieser Gedanke wurde jedoch alsbald wieder fallengelassen und durch Einsetzung einer Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines Verwaltungsverfahrensgesetzes Ende 2014 zementiert. Diese Arbeitsgruppe, die sich auf Vorarbeiten sowohl aus einem früheren, bereits vom Unterhaus des Parlaments verabschiedeten, vom Oberhaus anschließend verworfenen Gesetzesentwurf, als auch auf Arbeiten anderer Gruppen stützt, wird zum Jahresende 2016 einen Entwurf vorlegen, der nach den bisherigen Planungen 2017 im parlamentarischen Prozess behandelt werden soll. Ein Inkrafttreten wäre dann 2018/19 denkbar.

Allerdings ist derzeit nicht absehbar, inwiefern der Tod des Präsidenten Karimow und eventuell neue Akzente einer neuen Staatsführung hierauf Einfluss nehmen werden. Für das Verwaltungsprozessrecht gibt es derzeit keine konkreten Planungen. Es ist zu erwarten, dass diese erst nach Abschluss der Arbeiten am Verwaltungsverfahrensgesetz aufgenommen werden, mithin nicht vor 2018. Ein Inkrafttreten scheint dann frühestens für 2019/20 denkbar.



[10] *Eine ganz ähnliche Regelung enthält etwa § 114 der Verwaltungsgerichtsordnung Deutschlands.*

[11] *Vgl. etwa „Konzeption zur weiteren Vertiefung demokratischer Reformen und zur Formierung einer Zivilgesellschaft“, vorgestellt in der Rede des Präsidenten der Republik Usbekistan in einer gemeinsamen Sitzung beider Kammern des Parlaments vom 12. November 2010.*

Reformfortschritte zusammengefasst:

	KZ	KG	TJ	TM	UZ
Staatliches Reformprogramm zum VwVfG	+	+	+	+	+
Arbeitsgruppe gegründet	+	+	-	+	+
Entwurf liegt vor	+	+	-	+	+
Staatliches Reformprogramm zum VwProzess	+	+	+	-	-
Arbeitsgruppe gegründet	+	+	-	-	-
Entwurf liegt vor	+	+	-	-	-

Der nächste Teil des Beitrages erscheint in der nächsten Ausgabe der Zeitschrift

REFERENCES

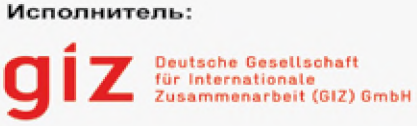
1. Ezhegodnik publichnogo prava 2014: Administrativnoe pravo: sravnitelno-pravovye podhody. – Moskva: Infotropik Media, 2014. – 480 s.
2. Ezhegodnik publichnogo prava 2015: Administrativnyi process. – Moskva: Infotropik Media, 2015. – 464 s.
3. Ezhegodnik publichnogo prava 2016: Administrativnyi akt. – Moskva: Infotropik Media, 2015. – 572 s.

ЛИТЕРАТУРА

1. Ежегодник публичного права 2014: Административное право: сравнительно-правовые подходы. – Москва: Инфотропик Медиа, 2014. – 480 с.
2. Ежегодник публичного права 2015: Административный процесс. – Москва: Инфотропик Медиа, 2015. – 464 с.
3. Ежегодник публичного права 2016: Административный акт. – Москва: Инфотропик Медиа, 2015. – 572 с.







НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ СДЕЛОК И СТАБИЛЬНОСТЬ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ОБОРОТА

(Представленный в статье материал был ранее опубликован в сборнике материалов цивилистических чтений-2016. См.: «Недействительные сделки в гражданском праве»: Мат-лы междунар. науч.-практ. конф. в рамках ежегод. цивилистических чтений, посвящ. 75-летию проф.Р. Книппера (Алматы, 19-20 мая 2016 г.) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, НИИ частного права, 2017. – 744 с. - С. 132-145.

Ханс-Йоахим Шрамм
Эксперт GIZ, содиректор Института восточного права Университета г. Висмара, доктор права, профессор (Германия)

I. Введение

Исходная проблема, о которой пойдет речь в этой статье, по существу стара так же, как и само изучаемое право. Истец утверждает, что у него на основе договора есть право требовать что-либо от ответчика, например, перехода права собственности на имущество. Ответчик отказывается выполнить это требование. С одной стороны, в этих целях он может отрицать, что имеются предпосылки для права требовать. Например, он может в отношении договора выдвинуть претензию, что он не был заключен. Однако он может защищать себя и тем, что не будет оспаривать наличия предпосылок для требования, например, заключения договора с истцом, а предъявит специальные основания того, почему истец не может извлечь из этого договора никаких прав. Например, он сошлется на то, что его ввели в заблуждение, или, что у истца отсутствует лицензия на осуществление таких сделок.

Задачей правовой науки является систематизация предпосылок, необходимых для осуществления права, и оснований, которые могут быть приведены против какого-либо правопритязания. Римские юристы решили эту задачу путем концепций ‚actio' и ‚exceptio', то есть ‚иск' и ‚исключение'. Они сформулировали предпосылки, при которых иск должен удовлетворяться, и одновременно утвердили обстоятельства, которые могут быть выдвинуты против иска. Немецкие юристы 19 века переняли эту конструкцию, но отделили от гражданского процесса и ограничили материальным правом. Римское ‚actio'/иск в ГГУ стало ‚Anspruch'/правопритязание, субъективное право, ‚возможность требовать от другого лица действия или бездействия'[1]. Exceptio/исключение в германском праве стало ‚Einrede'/возражение[2]. Значение различия между правопритязанием и встречным правом раскрывается из разделения в процессе бремени доказывания. Как правило, каждая сторона должна доказывать факты, которые ей благоприятны. Истец должен доказывать факты, обосновывающие правопритязание, а ответчик - факты, которые обосновывают наличие встречного права.

Несмотря на то, что это деление в исходном пункте звучит просто, с него в принципе только и начинаются вопросы. Какие обстоятельства обосновывают правопритязание, у каких юридическим последствием будет недействительность, наступает ли недействительность в обязательном порядке, или для этого необходимы дополнительные дальнейшие обстоятельства? Ответы на эти вопросы формировались постепенно в процессе развития. Некоторые из них будут подробнее освещены в нижеследующем с точки зрения

[1] *§ 194 ГГУ. „Правопритязание" Ср. Ян Шапп Система Германского Гражданского Права, с. 43 (2006)*
[2] *Происходящие еще из римского права ‚возражения' являются возражением о противоправном осуществлении права (‚Возражение о злом умысле' = exceptio doli), §§ 242, 853 ГГУ.*

сравнительного правоведения.

II. Урегулирования в немецком праве

1. Систематизация оснований недействительности

1.1. Предпосылки фактических обстоятельств дела и условия действительности

Исходным пунктом систематики в немецком праве является различие между обстоятельствами, являющимися предпосылками правопритязания (‚признаки фактических обстоятельств дела'), и обстоятельствами, препятствующими действительности права (‚условия действительности')[3]. Если не выполнены признаки фактических обстоятельств дела, то правовая сделка отсутствует. Если отсутствует условие действительности, то правовая сделка является все же законно состоявшейся, однако не вызывает никаких последствий.

Например, если представитель без права на представительство заключает договор, то его действительность в отношении представленного зависит только от его одобрения. В противоположность ему представитель без доверенности может освободиться от договора только в соответствии с общими правилами[4].

Римскими юристами не были систематизированы различные обстоятельства, которые можно противопоставить какому-либо правопритязанию. Хотя и обсуждались вопросы дееспособности, заблуждения, предписания о соблюдении определенной формы (напр. при заключении сделок) или нарушения юридического запрета. Однако, их предпосылки и последствия рассматривались независимо друг от друга. И только в 19 веке в Германии были предприняты попытки систематизации различных оснований, по которым правовая сделка могла быть недействительной[5]. При этом, критерием был выбран вопрос, должен ли юридическим последствием недействительности воспользоваться один из участников сделки или третье лицо (оспоримые сделки) или нет (ничтожные сделки). Здесь немецкие юристы ограничили категорию оспоримости случаями недостатка волеизъявления (заблуждение, обман, угроза)[6]. Основанием послужило размышление о том, что целью норм о защите свободного осуществления воли является защита индивидуума. Но тогда это является лишь делом заинтересованного лица, принимать или нет решение о приведении к недействительности. При других основаниях, напротив, затрагивается общественный интерес. Поэтому такая ошибка должна была бы привести к ничтожности сделки[7]. Однако, эта классификация является неточной с разных точек зрения. Например, с одной стороны, сомнительной представляется дифференциация исходя из того, касается это только частного или также общественного интереса[8]. С другой стороны, из дифференциации не следует однозначной систематизации юридических последствий. Как ничтожная, так и оспоримая сделка являются после оспаривания в принципе с самого начала недействительными[9]. Но есть ли исключения из этого правила? Есть ли случаи, когда оспаривание не приводит к недействительности с самого начала?[10] Можно ли исправить недействительные сделки иным образом, нежели как путем повторного совершения сделки?[11] Действует ли недействительность по отношению ко всем (абсолютно) или только в отношении определенных лиц (относительно)?[12] Во всех случаях ответ является положительным, так что речь не может идти об однозначной систематике. Объяснить эти результаты можно ссылаясь на историю права. Различные основания, по которым правовая сделка могла быть недействительной, были сначала сформированы юристами. Попытка систематизации последовала позже и до сегодняшнего дня не привела к всесторонне удовлетворяющему результату. Высшим понятием в немецкой

[3] *Паландт – Элленбергер обзор перед § 104, п. 26.*

[4] *Это следует из § 178 ГГУ: 'До утверждения договора другая сторона имеет право на отказ, если она знала об отсутствии права на представительство при заключении договора'.*

[5] *Дорн §§ 134 – 137 п. 31, в Шмекель, Рюкерт, Циммерманн Исторически критический комментарий к ГГУ, том I 2003.*

[6] *Об этом Ян Шапп Система германского Гражданского Права, § 10 с. 229 (2006).*

[7] *Об этом том Ян Шапп Система германского Гражданского Права, § 12 с. 268 (2006).*

[8] *При угрозе или обмане вполне возможно представить, что здесь имеет место и общественный интерес.*

[9] *§ 142 ГГУ.*

[10] *Исключения действуют в трудовом и корпоративном праве. Там оспаривание приводит только к недействительности ex nunc/с настоящего момента.*

[11] *Так, исправление правовой сделки возможно посредством того, что правомочное лицо соглашается с задержкой/дополнительно, напр. лицо, имеющее право на воспитание детей, § 108 ГГУ, представляемое лицо, это сделка, заключенная представителем без права на представительство, § 177 ГГУ, или лицо, полномочное распоряжаться, это сделка, заключенная неправомочным от собственного имени, § 185 ГГУ.*

[12] *Согласно §§ 135, 136 ГГУ на основе судебного решения возможно наложение запрета какому-либо лицу на распоряжение вещью. Если заинтересованное лицо нарушит это, то распоряжение (вещью) все же является законным относительно всех других, но является недействительным в отношении правомочного лица.*

догматике является понятие ‚ошибочно совершенной сделки'[13]. Им охватываются все правовые сделки, у которых хотя и выполнены все признаки фактических обстоятельств дела, но имеется другая ошибка. Внутри группы ошибочно совершенных сделок, наряду с ничтожностью и оспоримостью, была введена категория 'относительной недействительности'. Это те случаи, когда действительность сделки зависит от одобрения третьего лица.

1.2 Расширения и ограничения действительности судебной практикой

При изучении оснований недействительности сделки далее необходимо подчеркнуть особую роль судебной практики. Она действительно привязана к праву. Но, с одной стороны, возможно дальнейшее формирование права по аналогии. К тому же, начиная с римского права, есть общие предписания, позволяющие судье в отдельных случаях признавать правовые сделки недействительными[14]. Так, примеры можно найти в области представительства. Здесь в отношении обстоятельств, обосновывающих правопритязания, нужно решать, могут ли также иметься ситуации, в которых с кем-то обращаются так, как будто он выдал доверенность, хотя в действительности доверенность отсутствует. Как в немецком, так и казахстанском и российском праве имеются нормы, из которых следует эта мысль[15]. Немецкие судьи вывели из этих норм общий принцип, что то лицо, которое создает обстоятельства и заставляет поверить третьи лица в наличие законной доверенности, должно заставить обходиться так, как будто эта доверенность действительно имеется[16]. То есть, правовая сделка, которая заключена незаконно, судебной практикой признается действительной на основе принципа защиты добросовестности.

С другой стороны, нужно решать проблему, какие последствия возникают, если представитель работает формально в рамках полагающегося ему права на представительство, но по содержанию действует против интересов представляемого. Отправление правосудия в Германии в этих случаях обращалось к общему запрету противозаконного осуществления права. Согласно ему решающее значение придается тому, знала ли сторона договора о ‚злоупотреблении правом на представительство'. Так как при этом речь идет о субъективном обстоятельстве, то отправление правосудия иногда удовлетворяется и доказательствами объективных обстоятельств, если из этих обстоятельств следует, что партнер по договору должен был знать об этом[17].

Оба примера должны служить доказательством того, что в вопросах действительности или недействительности правовой сделки редко имеются однозначные ответы. Чаще речь идет о взвешивании обоюдных интересов, распределении рисков и ориентации на общие принципы. При этом, в отношении вопроса о действительности правовой сделки, первостепенное значение придается принципу защиты добросовестного делового оборота[18]. Суды стараются защитить добросовестного делового партнера в его ожиданиях того, как поведет себя другая сторона договора.

2. Юридические последствия недействительности

Юридическим последствием недействительности в немецком праве является применение положений о неосновательном обогащении[19]. В соответствии с ними все незаконно полученное (‚без юридического основания') должно быть возвращено. Конечно, авторы ГГУ понимали, что переход права собственности вызовет проблему для безопасности гражданско-правового оборота. Из римского права дошла фраза *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipso habet* (никто не может передать другому больше прав, чем он сам имеет)[20]. Из нее следует, что при переходах права собственности последствием недействительности одной сделки становится недействительность всех последующих в этой цепи. О несовместимости этого последствия с требованиями торгового оборота было ясно и римским юристам. Они решили проблему на основе приобретения

[13] *Паландт – Элленбергер обзор перед § 104, п. 26.*

[14] *В римском праве имелось возражение о злом умысле (‚exceptio doli'). От него последовал запрет противозаконного осуществления права, который в немецком праве исходит от требования к задолжнику добросовестно выполнять свои обязанности, § 242 ГГУ (ср. ст. 8 (5) ГК РК, ст. 10 ГК РФ). К тому же, запрет нарушения хороших нравов и морали, § 138 ГГУ (ср. ст. 158 (1) ГК РК, ст. 169 ГК РФ).*

[15] *§§ 170d до 172 ГГУ, ст. 171 (2) ГК РК, ст. 189 (2) ГК РФ.*

[16] *Ян Шапп Система германского Гражданского Права, § 14.5 и 14.6 с. 43 (2006)*

[17] *Возражение о злоупотреблении правом на представительство, Ян Шапп Система германского Гражданского Права, с. 319 (2006), Шмекель §§ 164 – 181 п. 25 и сл, в Шмекель, Рюкерт, Циммерманн Исторически критический комментарий к ГГУ, том I 2003.*

[18] *Шмекель §§ 164 – 181 п. 20 сл., в Шмекель, Рюкерт, Циммерманн Исторически критический комментарий к ГГУ, том I 2003.*

[19] *§§ 812 ГГУ.*

[20] *Харке Римское право, § 14 п. 32.*

права собственности по давности владения, которое согласно римскому праву наступало в случае движимого имущества уже через год и через два года в случае недвижимого имущества[21].

Законодатель ГГУ, в противоположность этому, нашел другое решение. §§ 932, 935 ГГУ предусматривается, что и у неправомочного лица собственность может быть приобретена законно, если отчуждатель владел имуществом, и оно не было краденным или, иным образом, пропавшим у правомочного лица. Действительный собственник может предотвратить потерю своей собственности только путем доказывания того, что приобретатель знал или должен был знать об отсутствии полномочия у отчуждателя. При этом не возникает конфликта с вышеприведенным принципом, так как приобретение согласно § 932 ГГУ осуществлено по закону.

Однако, с одной стороны, из возможности добросовестного приобретения и применения положений о неосновательном обогащении возникает проблема конкуренции. Может ли собственник в отношении добросовестного приобретателя ссылаться на положения о неосновательном обогащении? Этот вопрос однозначно решен в § 816 ГГУ. Закон определяет, что у теряющего собственника в отношении отчуждателя имеются права на истребование выручки[22]. Что касается распоряжения (вещью) неправомочным лицом, то закон, напротив, ясно исходит из того, что оно является ‚законным'. И этим законодатель утверждает юридическое действие приобретателя и исключение неосновательного обогащения. Другими словами: в немецком праве приобретение права собственности на основе добросовестности является ‚kondiktionsfest' ‚устойчивым по отношению к требованию о возвращении' (к незаконно обогатившемуся лицу).

III. Урегулирования касательно недействительности в Казахстане и России

Как казахстанское, так и российское гражданское право продолжают традиции континентального права. Это следует из того обстоятельства, что юристы царской империи были вдохновлены, не в последнюю очередь, немецкими юристами. Концепции гражданского права, в частности о ‚Недействительности правовых сделок', сохранились в период Советского Союза[23] и позже вошли в модель гражданского кодекса для стран СНГ[24]. И здесь примечательно то, что уже в кодексе 1922 года можно найти разделение оснований недействительности по тому, приводят ли они самостоятельно к недействительности правовой сделки или о них нужно заявлять в суде. Модельным гражданским кодексом была введена и понятийная дифференциация между ‚ничтожными' и ‚оспоримыми' правовыми сделками[25], а также особое урегулирование относительно последствий недействительности[26].

Из совместных источников российского и казахстанского права последовала обширная идентичность гражданских кодексов Российской Федерации и Республики Казахстан. Так, соответствующим положениям российского гражданского кодекса о недействительности правовых сделок в статьях 166 до ст. 181 ГК РФ найдутся сравнимые положения казахстанского права в ст. 157 до ст. 162 ГК РК[27]. При этом главным различием является то, что казахстанское право, в отличие от российского, не приняло дифференциацию между оспоримой и ничтожной сделкой[28]. В казахстанском праве, как и в советском праве, имеется только категория недействительности. В Казахстане исходят из того, что нет необходимости дифференциации оснований недействительности, ни в отношении предъявления претензий, ни касательно правовых последствий. Так, в Казахстане, в отличие от России, во всех случаях недействительности необходим судебный иск[29].

В противоположность этому, в России следуют концепции модельного гражданского кодекса, т.е. дифференциации оспоримых

[21] *Харке Римское право, § 14 п. 32.*

[22] *§ 816 абз. 1 ГГУ: Если неправомочное лицо дает распоряжение вещью, которое в отношении правомочного лица является законным, то он в отношении правомочного лица обязан выдать все полученное на основе распоряжения.*

[23] *Она доказывается на примере гражданских кодексов 1922 и 1964гг. Гражданский кодекс 1922года содержит различные положения, приводящие к ‚недействительности' правовых сделок, ст. 29 до ст. 31 ГК РСФСР. Также было изложено право лиц требовать, при определенных обстоятельствах, от суда признания правовой сделки недействительной, ст. 32 ГК РСФСР. В ст. 41 ГК РСФСР 1964 года эта концепция была поддержана. Закон исходит из единого правового последствия, недействительности. Она наступает при определенных обстоятельствах, но не при всех сама самостоятельно, ср. ст. 57, 58 ГК РСФСР 1964г.*

[24] *Модельный Гражданский Кодекс принят Межпарламентской Ассамблеей государств - участников-Содружества Независимых Государств 1994 года.*

[25] *ст. 165 Модельный Гражданский Кодекс.*

[26] *ст. 166 Модельный Гражданский Кодекс.*

[27] *Сравни ст. 167 ГК РФ и ст. 157 ГК РК; ст. 168, 169 ГК РФ и ст. 158 ГК РК, ст. 170 ГК РФ и ст. 160 ГК РК, ст. 171 до ст. 179 ГК РФ и ст. 159 ГК РК; ст. ГК РФ и ст. 180 ГК РК, ст. 181 ГК РФ и ст. 181 ГК РК.*

[28] *Ст. 166 ГК РК и ст. 157 абз.1 ГК РК.*

[29] *Ст. 157 (1) ГК РК.*

и ничтожных правовых сделок[30]. При этом, более определенно, нежели в модельном гражданском кодексе, подчеркивается, что ничтожные сделки, независимо от судебного решения, не имеют правовых последствий. Все же, и в российском праве в случае оспаривания недействительность должна быть установлена в судебном порядке. Если ответчик хочет предъявить это возражение, то он должен предъявить встречный иск[31].

Что касается обратной реализации недействительных сделок, то и в российском, и в казахстанском ГК имеются положения, отдельно регулирующие эти вопросы[32]. Однако, как это следует из соответствующих положений, в основном здесь речь идет о положениях права неосновательного обогащения[33]. И напротив, неоднозначно урегулированы вопросы добросовестного приобретения[34] и отношения между правом добросовестного приобретателя, отказаться от истребования вещи, и правом обогащения. Согласно концепции как российского, так и казахстанского законодателя только приобретение права собственности по давности владения может привести к приобретению права собственности. Все же, российский законодатель уже признал исключение из этого принципа, сделанное для земельных участков[35]. Однако решающим является то, что добросовестному приобретателю, как по российскому, так и казахстанскому праву, в принципе принадлежит только право отказа от истребования. И отсюда следует проблема взаимоотношения между ст. 167 ГК РФ и ст. 302 ГК РФ. Российский конституционный суд решил эту проблему в Постановлении ‚Точка зрения в пользу защиты добросовестного приобретателя' от апреля 2003г.[36]. Согласно этому Постановлению собственник может ссылаться лишь на права согласно ст. 302 ГК РФ, но не на статью 167 абз.2 ГК РФ[37].

IV. Реформы в Казахстане и России

1. Тенденция поддержания правовых сделок

Во всех правопорядках в качестве общей тенденции наблюдается стремление сократить случаи, в которых сделка может быть признана недействительной, для того чтобы таким образом усилить деловой оборот. Примером является судебная практика по законному представительству/заместительству. В России и Казахстане эта проблема возникает в связи с вопросом, при каких обстоятельствах действие представителя юридического лица может быть опротестовано. В исходном пункте допускалось опротестование в каждом случае, когда представитель нарушал устав или внутренние оговорки о необходимости разрешения. Эта обширная возможность опротестования в процессе развития была ограничена. В России, как и в немецком праве, ее ограничили случаями, в которых партнер по договору знал или должен был знать о нарушении внутренних правил[38]. В Казахстане ввели возражение о противозаконном осуществлении права[39].

Эта тенденция поддержания правовых сделок в целях защиты делового оборота была продолжена в России в рамках реформы гражданского кодекса[40]. Так, право на обжалование договора связывается с нарушением интересов, защищенных законом, ст. 166 абз. 2 ГК РФ. Кроме этого, право на опротестование теряет силу, если правомочное лицо действует недобросовестно, ст. 166 абз.5 ГК РФ. В то время как, до реформы сделка, нарушающая закон, в принципе была ничтожной, то теперь такая правовая сделка, как правило,

[30] *Ст. 157 (3) ГК РК, ст. 166 абз. 2 ГК РФ.*

[31] *П. 71 Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25 О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации („Постановление 25").*

[32] *Ст. 167 абз. 2 ГК РФ.*

[33] *Ст. 954 № 1 ГК РК ст. 1103 № 2 ГК РФ.*

[34] *Ст. 261 ГК РК, ст. 302, 303 ГК РФ.*

[35] *Ст. 223 № 2 ГК РФ.*

[36] *Постановление Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г. N 6-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан О.М. Мариничевой, А.В. Немировской, З.А. Скляновой, Р.М. Скляновой и В.М. Ширяева».*

[37] *П. 3.1. „Следовательно, права лица, считающего себя собственником имущества, не подлежат защите путем удовлетворения иска к добросовестному приобретателю с использованием правового механизма, установленного пунктами 1 и 2 статьи 167 ГК Российской Федерации. Такая защита возможна лишь путем удовлетворения виндикационного иска, если для этого имеются те предусмотренные статьей 302 ГК Российской Федерации основания, которые дают право истребовать имущество и у добросовестного приобретателя (безвозмездность приобретения имущества добросовестным приобретателем, выбытие имущества из владения собственника помимо его воли и др.)."*

[38] *Ст. 174 ГК РФ ст. 79 (6), 84 (1) Закон РФ об акционерных обществах,*

[39] *Ст. 74 (3) Закон РК об акционерных обществах. Но ср. ст. 158 (11) ГК РК. Согласно общему гражданскому праву точно так же зависит от осведомленности стороны договора.*

[40] *Федеральный закон от 07.05.2013 N 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»*

является только оспоримой, ст. 168 ГК РФ. Положения в случае превышения права на представительство или распоряжения без права распоряжаться были решены в рамках расширенной защиты делового оборота. Здесь последствие недействительности наступает только тогда, когда контрагент знал или должен был знать об отсутствующем полномочии[41]. Кроме этого, были уточнены предпосылки, при которых можно опротестовать правовую сделку в связи с заблуждением или обманом, также было уточнено истечение срока[42]. В итоге примечательно то, что деление на оспоримые и ничтожные правовые сделки было перенесено и на уровень решений участников общества[43]. В соответствии с этим, так же как и в немецком праве, особо грубые нарушения прав участников общества приводят к недействительности решения, в других случаях только к опротестованию.

2. Проект нормативного постановления в Казахстане

В Казахстане реформа этих положений нашла отражение в виде нормативного постановления[44]. В этом постановлении имеется ряд интересных пунктов, некоторые из которых здесь будут обсуждены.

Основное значение имеет указание, что, согласно норм ГК, недействительность может наступить в соответствии с четкими указаниями в законе или на основе признания недействительности решением суда‘ (п.1, 8). Таким образом, в казахстанское право вводится деление на ничтожные и оспоримые правовые сделки. При этом проект постановления может опираться на текст закона. Там различают формулировки ‚является недействительной‘ (абзацы 2,3, 5 ст. 159 ГК РК) и ‚может быть признана судом недействительной‘ (абзацы с 7 по 11 ст. 159 ГК РК).

Кроме этого, Верховный суд указывает на то, что согласно ст. 157 абз.3 ГК РК в случае недействительности правовой сделки обязательство обратной реализации между сторонами является соответствующим только тогда, когда ‚этот кодекс не предвидит других правовых последствий’. К таким отклоняющимся урегулированиям относятся ст. 260, 261 ГК РК. В соответствии с ними собственник может истребовать имущество, находящее во владении третьего лица. Однако, тот может отказаться от выдачи, если он добросовестно достиг владения и нет никаких оснований, исключающих добросовестность приобретения (п. 12 до 14). Эти нормы находят применение и в случае отчуждения по цепочке (п.15). Все же Верховный суд не высказывается в этом месте однозначно касательно вопроса о том, обладает ли виндикационный иск преимуществом перед реституцией. Напротив, там зафиксировано, что суд ‚должен применить ст. 260, 261 ГК РК или другое последствие недействительности’.

В завершение здесь необходимо остановиться еще на предпоследнем пункте проекта постановления. Там авторы рассматривают вопрос о том, как влияет признание правовой сделки недействительной, если на ее основе совершена запись в реестре прав на недвижимое имущество. В принципе, на основании судебного решения можно потребовать аннулировать занесение в реестр. С этой целью в постановлении зафиксировано, что существование обременения недвижимого имущества не препятствует исполнению судебного решения. Если исполнение судебного решения происходит в виде аннулирования записи, то необходимо проинформировать кредитора обременения. К этому присоединяется формулировка о том, что ‚в связи с этим’ не удовлетворяются иски о признании регистрации прав на недвижимое имущество недействительной. Эту формулировку в данном отношении следует понимать так, что обременение продолжает существовать.

V. Некоторые замечания с точки зрения сравнительного права

1. Разница между незаключенным и ничтожным договором

В казахстанской и российской литературе и практике обсуждается вопрос о дифференциации несостоявшихся (незаключенных) и ничтожных договоров[45]. Насколько известно, значение этого различия признается, потому что хотя правовые последствия и являются идентичными, но, однако, не предпосылки, при которых наступают эти предпосылки. В то время, как незаключенный договор является правовым nullum и не имеет юридических последствий, оспоримые договоры в России и Казахстане и ничтожные договоры в Казахстане являются действительными до того момента, пока суд законно не установит недействительность.

---

[41] *Ст. 173, 173.1, 174.1 ГК РФ.*
[42] *Ст. 178, 179, 181 ГК РФ.*
[43] *Ст. 181.3 ГК РФ.*
[44] *Проект нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстана «о некоторых вопросах недействительности сделок и применении последствий их недействительности судами»*
[45] *Сулейменов Недействительные сделки в гражданском праве, с. 17.*

Подобное различие есть и в немецком праве[46]. Обоснование для необходимости такого различия гласит: незаключенный договор не имеет правовых последствий, а также не может быть исправлен. Недействительная сделка при обстоятельствах может быть исправлена[47], а также может привести к правовым последствиям, даже если и нежелательным[48].

2. Признание недействительности судебным решением

С немецкой точки зрения, к особенностям казахстанского права относится то, что правовые последствия как ничтожности, так и оспоримости сделки наступают только тогда, когда судом вынесен соответствующий приговор. По немецкой терминологии процессуально здесь речь идет о конститутивном приговоре, а не просто об устанавливающем приговоре. Последствия, вытекающие отсюда, относятся с одной стороны к материальному, а с другой стороны к процессуальному праву. В немецком праве установление ничтожности, в отличие от оспаривания[49], не подлежит сроку давности[50]. Насколько известно, в Казахстане наоборот, право подачи иска о недействительности после трех лет теряет силу за давностью срока[51]. В Казахстане последствие этого направленного решения все же смягчается посредством расширения круга лиц, полномочных обжаловать установление недействительности[52]. Так, государственные органы и прокуратура имеют право предъявить иск. В Германии круг лиц, имеющих право обжаловать, ограничивается непосредственно потерпевшими. Так как эти положения служат защите воли, то в Германии исходят из того, что третьи лица не должны иметь возможности определять, осуществлять им право опротестования или нет. В частности, здесь невозможно представить вмешательство прокурора.

С процессуальной точки зрения, из-за требования установить недействительность в судебном порядке, бремя ведения процесса переносится. В Германии сторона, полагающая, что у нее есть на это право, предъявляет иск, а ответчик защищает себя возражая, что он оспаривал. В Казахстане наоборот, то лицо, которое полагает, что у него есть право требовать признания недействительным, обязано со своей стороны предъявить иск. Однако, и в других правопорядках имеется обязательство предъявления претензии о недействительности сделки на основе иска[53]. Но, в противоположность этому, всемирно унифицированные нормы следуют начинанию, согласно которому предъявление претензии в судебном порядке не является необходимым[54].

3. Различие между оспоримыми и ничтожными правовыми сделками

В то время как с точки зрения немецкого юриста различие между оспоримыми и ничтожными сделками является очевидным, в казахстанской литературе оно наталкивается на критику[55]. Приводимые контраргументы базируются, с одной стороны на ст. 157 (1) ГК РК. Согласно историческому законодателю статья гласит, что для признания сделки недействительной в каждом случае требуется судебное решение. С другой стороны, как будто на практике невозможно установить наличие потребности в изменении и, наконец, реформа ст. 168 (1) ГК РФ показала, что в России категорию ничтожной сделки хотят оттеснить в сторону оспоримой сделки[56].

Согласно представляемой здесь точке зрения, формулировка ст. 157 (1) ГК РК не исключает различия между оспоримыми и ничтожными сделками. Суть дифференциации обоих понятий кроется в вопросе о том, может ли происходить установление недействительности сделки в официальном порядке судом или только по иску указанных в статье лиц. Возможным в этом отношении кажется такое толкование, что под понятие ‚надлежащего государственного органа' подводятся также и суды.

Воля исторического законодателя представляет, в противоположность этому, менее важный аргумент. В частности, он те-

[46] *Паландт Элленбергер, ГГУ, 75 изд., обзор с § 104 п.3*

[47] *Утверждение ничтожной сделки § 141 ГГУ, исправление посредством исполнения правовых сделок, являющихся ничтожными из-за несоблюдения надлежащей формы, §§ 311 b абз.1 с.2, 765 с. 3 ГГУ.*

[48] *Согласно § 122 ГГУ то лицо, которое оспаривает свое волеизъявление в связи с введением в заблуждение, обязуется возместить стороне договора ущерб, понесенный ею на основе того, что она поверила в законность.*

[49] *§§ 121, 124 ГГУ, ‚незамедлительно' (заблуждение) или в течение одного года (обман, угроза) после осведомленности. Через 10 лет право опротестования теряет силу за давностью срока, даже если полноправное лицо не достигло осведомленности.*

[50] *Паландт Элленбергер ГГУ, 75 изд., § 194 п. 6.*

[51] *Ст. 162, 177, 178 ГГУ.*

[52] *Ст. 157 (1) ГК РК.*

[53] *Ст. 1117 французск. Code Civil, ст. 1441 итальянск. Codice Civil, ст. 3:49 Burgerlijk Wetboek.*

[54] *Ст. 3.2.11 Unidroit prinicples of Commercial Contracts.*

[55] *Сулейменов Недействительные сделки в гражданском праве, с. 11.*

[56] *Сулейменов Недействительные сделки в гражданском праве, с. 15*

ряет силу убеждения тогда, когда меняются обстоятельства. Необходимость судебного решения и привлечение прокурора в частноправовые отношения является выражением влияния государства, которое не соответствует более роли и значению гражданского права.

Второе основание различия между ничтожными и оспоримыми сделками касается вопроса о сроке давности. Согласно настоящему казахстанскому правовому статусу, после истечения срока давности нельзя заявить об основаниях для недействительности сделки Примечательным образом сам казахстанский закон в ст. 161 (2) ГК проводит в этом отношении различие приведенным там утверждением, что определенные основания недействительности могут быть предъявлены только в течение одного года. Но не урегулировано то, какие сроки являются действительными для других оснований. Для них, должно быть, действует общий срок в три года ст. 178 ГК РК. Вызывает сомнение приемлемость такого решения о сроке давности. Ведь по казахстанскому праву течение срока давности начинается только тогда, когда узнают об обстоятельствах[57]. Но это значит, что срок давности не наступает до тех пор, пока потерпевший не узнает об обстоятельствах. Возникающая в связи с этим неопределенность является неблагоприятной для правовой безопасности.

В этой связи интересно указание, что в Казахстане до сих пор не возникало потребности в дифференциации. Если исходить из того, что оценка является корректной, то возникает вопрос, почему суды до сих пор не потребовали полномочия, чтобы по собственной инициативе устанавливать недействительность сделки. Условным ответом было бы то, что судам легко инициировать соответствующее заявление стороны договора (или прокурора). А для решения проблематики ‚бесконечного срока давности' суды, возможно, прибегают к изложенному в ст. 8 (5) ГК РК запрету противозаконного осуществления права. Это положение разрешает судам по собственной инициативе отказать сделке в правовых последствиях, не признавая ее формально недействительной.

Если бы это объяснение соответствовало действительности, то это значило бы, что суды другим способом решали бы проблемы, связанные с отсутствующей дифференциацией. Однако, этим нарушается правовая безопасность, потому как именно мысли о правовой безопасности говорят в пользу введения дифференциации оспоримых и ничтожных сделок.

Ссылка на реформу ст. 168 ГК РФ не в состоянии повлиять на этот результат. В российской литературе все же подтверждается исходный пункт аргументации, согласно которому целью изменения закона является ограничение объявления правовых сделок недействительными.[58] Однако, как это следует из ст. 168 (2) ГК РФ, этим не преследуется задача дифференциации между оспоримыми и ничтожными сделками.

4. Реституция и виндикация

В качестве последнего пункта здесь будет рассмотрен вопрос о добросовестном приобретении и отношениях виндикации и реституции.

4.1 Необходимость защиты добросовестного приобретателя

Исходным пунктом аргументации здесь служит тезис о том, что защита добросовестного приобретателя является необходимой, для того чтобы обеспечить функционирование рыночной экономики. Признаком функционирования является то, что незнакомые друг другу стороны имеют возможность заключать друг с другом договоры. Однако, этот образец действует только тогда, когда гарантировано, что приобретатель, с полным основанием исходящий из того, что отчуждатель имеет право распоряжаться имуществом, может приобрести права, которые другая сторона обещала передать. Казахстанское и российское право утвердили эту концепцию в положении ст. 261 ГК РК. Однако, тогда практическое применение требует того, чтобы в отношениях между тремя лицами признавалось преимущество виндикации над реституцией. Как уже было решено российским конституционным судом в 2003г., собственник не может в отношении лица, которое приобрело у третьего лица имущество, принадлежащее ему (собственнику), ссылаться на ст. 260 ГК РК, если имеются предпосылки ст. 261, 262 ГК РК. Собственнику полагаются только права из неосновательного обогащения в отношении отчуждателя, на истребование выручки и компенсацию ущерба.

4.2 Оставшиеся вопросы

Из признания необходимости защиты добросовестного приобретателя согласно ст. 261 ГК РК, вытекает ряд последующих проблем, некоторые из которых здесь могут быть лишь обозначены.

4.2.1 Хотя согласно ст. 261 ГК РК добросовестный приобретатель и получает воз-

[57] *Ст. 180 (1) ГК РК.*

[58] *Тузов Lex quai perfecta? О новой редакции ст. 168 Гражданского Кодекса РФ и фундаментальных цивилистических понятиях, Закон 2015, № 9, С. 34.*

ражение в отношении собственника, однако сам не становится собственником. Также исключается и приобретение права собственности по давности владения. Какие права приобретает то лицо, которому добросовестный приобретатель отчуждает имущество в дальнейшем? Какие имеются последствия, если первоначальный собственник сообщает о том, что он является действительным собственником, однако не может истребовать имущество? Исключается ли тогда дальнейшее приобретение по цепочке? Кому принадлежит право на компенсацию ущерба, если имущество повреждено другим лицом? Немецкое право решает эту проблему посредством того, что делает приобретателя собственником имущества, добросовестно приобретенного им.

4.2.2 Ст. 265 ГК РК признает применимыми ст. 260 и последующие ГК РК относительно прав оперативного управления и хозяйственного ведения. Это указание целесообразно в отношении ст. 260 ГК РК. Но что следует из ст. 261 ГК РК? Может ли приобретатель объектов государственной собственности уклоняться от истребования, ссылаясь на его добросовестность? Немецкое право отвечает на этот вопрос в зависимости от того, идет ли здесь речь об имуществе, которое необходимо для выполнения задачи государственного интереса. Если это тот случай, то преобладает государственный интерес, и приобретатель должен выдать имущество, невзирая на его добросовестность.

4.2.3 В российском праве защиту добросовестности недавно ввели в содержание реестра[59]. Это положение является значительным шагом к защите гражданско-правового оборота. Из него следует целесообразное решение проблематики касательно того, какие возникают последствия, если лицо, занесенное в реестр, обременит недвижимость, например, ипотекой, а позже внесение в реестр будет признано недействительным. И здесь тоже нужно применить принцип защиты добросовестного приобретателя, в данном случае к приобретателю ипотеки.

[59] *Ст. 8-1 (6) ГК РФ.*





УДК 34.05

COMMON LAW, CIVILIAN LEGAL SYSTEMS AND MIXED LEGAL SYSTEMS: IMPLICATIONS FOR THE IMPLEMENTATION OF ELEMENTS OF ENGLISH LAW IN KAZAKHSTAN

Maria Krausenboeck
LL.B., LL.M., GIZ-Advisor on the programme «Promotion of the Rule of Law in Central Asia»

Keywords: *common law systems; English law; implementation; mixed legal systems; national legal system; civil law.*

Abstract: *Kazakhstan currently experiences a turning point in its legal history: elements deriving of a common law system are to be implemented into the national legal system which has its roots in the civilian legal tradition. This move might mean that Kazakhstan is on the verge of becoming one of the 'mixed legal systems' which are a hybrid form of legal system at the intersection of common law and civil law. In order to shed light on what this implementation of elements of English law might mean for the Kazakhstan legal landscape, a brief overview of the typical characteristics of common law systems, civilian legal systems and – the rather rare – hybrid of mixed legal systems is presented. In addition, various ways in which elements of English law might be implemented in Kazakhstan are discussed.*

ЖАЛПЫ ҚҰҚЫҚ, АЗАМАТТЫҚ ҚҰҚЫҚТЫҚ ЖҮЙЕЛЕР МЕН АРАЛАС ҚҰҚЫҚТЫҚ ЖҮЙЕЛЕР: ҚАЗАҚСТАНДА АҒЫЛШЫН ҚҰҚЫҒЫ ЭЛЕМЕНТТЕРІН ПАЙДАЛАНУ САЛДАРЫ

Мария Краузенбек
*LL.B., LL.M., «Орталық Азиядағы құқықтық үстемдікке жәрдемдесу» бағдарламасы бойынша GIZ-кеңесші**

Түйін сөздер: *жалпы құқық жүйесі; ағылшын құқығы; имплементация; аралас құқықтық жүйелер; ұлттық құқықтық жүйесі; азаматтық құқық.*

Аннотация. *Қазіргі уақытта Қазақстан өзінің құқықтық тарихында бұрылу сәтін тартты: прецеденттік құқықтан бастауын алған элементтері құрлықтық құқықтық жүйесінен негізделген ұлттық құқық жүйеге енгізілуі тиіс. Бұл қадам Қазақстан құрлықтық құқықтық жүйесі мен прецеденттік құқық қиылысында орналасқан және құқықтық жүйелерінің гибридті нысаны болып табылатын аралас құқықтық жүйелер бірі болуының білдіруі мүмкін. Ағылшын құқық ережелерін имплементациялау Қазақстанның құқықтық ортасына қандай мән білдіретініне анықтау үшін осы мақалада прецеденттік құқықтық жүйесінің, құрлықтық құқықтық жүйесінің, және әлдеқайда сирек кездесетін аралас құқықтық жүйесінің типтік сипаттамаларына қысқаша шолу ұсынылған. Бұдан басқа, осы мақалада ағылшын құқықтық жүйесінің элементтері Қазақстанда қалай енгізілуінің әр түрлі тәсілдері қарастырылады.*

** The views and opinions expressed in this article are those of the author and do not necessarily reflect the official policy or position of the Deutsche Geselllschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH or its commissioning agencies and institutions.*

** Бұл мақалада айқындалған көзқарас пен пікірлер авторға тиесілі және де міндетті түрде Deutsche Geselllschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH немесе оның уәкілетті өкілдіктері мен институттарының ресми саясатын немесе ұстанымын көрсетпейді.*

** Взгляды и мнения, выраженные в этой статье, принадлежат автору и не обязательно отражают официальную политику или позицию Deutsche Geselllschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH или его уполномоченных представительств и институтов.*

ОБЩЕЕ ПРАВО, ГРАЖДАНСКИЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ И СМЕШАННЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ: ПОСЛЕДСТВИЯ ДЛЯ ПРИМЕНЕНИЯ ЭЛЕМЕНТОВ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА В КАЗАХСТАНЕ

Мария Краузенбёк
*LL.B., LL.M., советник региональной программы «Содействие правовой государственности в странах Центральной Азии», GIZ**

Ключевые слова: *системы общего права; английское право; имплементация; смешанные правовые системы; национальная правовая система; гражданское право.*

Аннотация. *В настоящее время Казахстан переживает переворотный момент в своей правовой истории: элементы, которые берут свое начало из прецедентного права, должны быть внедрены в национальную правовую систему, которая основана на континентальной правовой системе. Этот шаг может означать, что Казахстан будет являться одной из смешанных правовых систем, которая является гибридной формой правовых систем и находится на пересечении прецедентного права и континентальной правовой системы. Чтобы пролить свет на то, что имплементация положений английского права может означать для правовой среды Казахстана, в настоящей статье представлен краткий обзор типичных характеристик прецедентной правовой системы, континентальной правовой системы, и намного более редко встречающейся, смешанной правовой системы. Кроме того в настоящей статье рассматриваются также различные способы того, каким образом элементы английской правовой системы могут быть внедрены в Казахстане.*

Common Law vs. Civil Law

Common law is often also referred to as 'judge-made law'. The main legal principles and rules in common law systems derive mainly from judicial practice. Traditionally, common law statutes – as legislation is referred to in the United Kingdom – only regulate specific issues, rather than determining the broad legal framework. The broad legal framework is based on customary rules, such as morals or good faith and fair dealing, which over the centuries have been developed further by judges when taking decisions in individual cases, and thus created judicial precedent for future cases. Unlike in civilian legal systems, judges in common law systems are allowed to develop the legal rules further whenever there is a gap in the law. However, in order to ensure a consistent treatment of cases by individual judges and consistent legal principles, there are certain rules within which judges must decide their cases.

One of the most important rules in any common law system is the Latin rule of stare decisis: the decision must stand. This rule means that judges have to look at decisions in previous cases when deciding the case before them in order to ensure that similar cases will produce similar results and therefore legal certainty is given due regard. When the facts in the case under consideration are different from previous case-law, the earlier judgment can be distinguished and the new case decided on the basis of its own special circumstances.

It is important to note in this context that the judges do not only look at the result of previous cases, they look especially at how judges in previous cases arrived at their decisions, that is the legal reasoning behind the judgment. Which basic principles did the judge consider, how did he weigh them against each other and why was a specific interpretation chosen in the end? In order to be able to look at this thought process of the judge, it is very important that the judge writes down in detail how he arrived at his decision and that the judgement is published for other judges and lawyers to read. In this process so-called 'landmark decisions' are especially helpful. Landmark decisions are judgments – often delivered by the Supreme Court or a higher appeal court – that determine a significant new legal principle or concept, or otherwise substantially affect the interpretation of existing law. Often they are considered to represent 'settled law', i.e. the predominant legal opinion. Often they also establish 'tests', usually including a list of requirements, that can be applied by courts in future decisions.

In addition to judicial precedent, the judges are bound by customs and unwritten rules. The most basic of these, for example, are moral standards, but also generally accepted conventions/traditions specific to a country such as the sovereignty of Parliament in the United Kingdom, i.e. that the will of Parliament must stand above anything else. The judge takes these general rules into account when interpreting the case before him. While this means that the judge cannot necessarily operate without any guidance, it still requires the judge to follow rules that often are not written down. While this

might seem surprising at first glance, especially when considered in light of the Soviet tradition of a strict control from the top, such a system has the advantage of being readily adaptable to changing circumstances, without having to go through an – often arduous – legislative procedure.

In stark contrast to this, civilian legal systems are heavily regulated by legislation and judges are not allowed to go beyond what is written down in legislation. Judges in civilian legal systems are of course allowed to interpret legal provisions, however, only within the limits prescribed by legislation. The flexibility to adapt to changing circumstances in civilian legal systems derives from the way legislation is drafted. In civilian legal systems, legislation is usually drafted in a very abstract manner so that the provisions can be adapted by way of interpreting them in light of the given circumstances. For example, where legislation from the 19th century refers to 'zeppelin' as a mode of transportation, we would nowadays read this to also include planes. However, the civil law judge can only adapt the rules insofar as this is, without doubt, discernible from legislation. In interpreting legislation, the judge in a civilian legal system looks to commentaries and academic legal literature for aides to interpretation.

Accordingly, what distinguishes the different types of legal system is the way legal rules and principles are created, rather than their content. In the common law system, it is the judge who distills new rules from previous case-law, whereas in civilian legal systems, it is the legislator who determines the content of legal provisions. Let me demonstrate this by presenting the following example:

A property owner (A) is negotiating with a chain of department stores (B) for the lease of land. As a precondition to their lease, they want an existing building to be demolished and a new one erected. In October the parties agree on the essentials of the contract, such as price, property, duration and they exchange a draft lease. The draft lease then goes back and forth between the parties' solicitors for minor changes. In the interest of time, A already starts to demolish the old building on the land and to build a new building according to B's wishes. In November, the personal relationship between the parties goes sour and B is not so sure anymore if they want to pursue the deal. However, they nevertheless continue working on the draft lease and leave A under the impression that the deal would be completed. In January then, when the new building is about 40% finished, B informs A that they do not intend to proceed with the deal [1]. This is the typical example of a so-called 'handshake deal' where the parties agree that there will be a deal to later let the lawyers work out the details. What can party A do in this case in order to enforce the deal?

In the common law tradition, party A would rely on the principle of 'estoppel' whereby party B cannot go back on their previous promise to complete the contract because, knowing that A incurred costs by acting on the basis of false assumptions, it was not fair for B to behave the way they did as it encouraged A to demolish the building and build a new building.

In the civilian legal tradition, for example Germany, A could rely on §311 in combination with §241 of the German Civil Code. §311 determines that „in order to create an obligation by legal transaction" a contract is necessary or „the commencement of contract negotiations". §241 entitles A to claim performance on the basis of the obligation. In both instances A will be able to enforce the deal with B.

As you can see, the outcome of the case is the same regardless of whether a common law or civil law approach is used. The difference between the principles used is that the principle of estoppel in the common law tradition developed over time on the basis of many different cases. That is why there are, in fact, many different types of estoppel as the concept was broadened and adapted to various circumstances through the years. The full extent of the principle of estoppel only becomes apparent when reading a vast amount of case-law. The German principle, on the other hand, is laid down in a specific provision of the Civil Code which is supplemented by commentaries on the Civil Code written by legal scholars. It is only in rather complex or new cases that the German lawyer will have research previous case-law.

However, this does not mean that the legal thought process in civilian legal systems is less complex. It merely means that the analytical work is done by the commentators (who usually are professors, judges and practitioners) at an abstract level, rather than by the judge and prompted by a specific case. The codes and commentaries in civilian legal systems ordinarily are the result of a collective effort by legal experts. Judicial decisions on the other hand are taken by a single judge or, usually, three judges. Control in the latter system is exercised ex post through the publication of all cases, whereas in civilian legal systems ex ante control is prevalent. Over the centuries, both types of mechanism have proven to be effective. When it comes to deciding which system to favour for a specific society, the socio-cultural dimension of law comes into play. For instance, societies where a tendency to abuse power is prevalent, often have evolved into civilian legal systems. Societies that favour flexibility, on the other

hand, have become common law systems. Yet, in societies where several cultures intermingle, so-called 'mixed legal systems'[1] can arise.

Mixed Legal Systems

Mixed legal systems can take on many different forms. Generally, they are legal systems that contain elements of different kinds of legal system, such as both common law and civil law elements. Often mixed legal systems used to be 'pure' systems, but later had to incorporate foreign elements to due foreign political influence. Scotland, for example, used to be a civilian legal systems with roots in Roman law. However, after the Union of the Crowns in 1603, the country was forced to accept English mercantile law, the doctrine of stare decisis, and other English legislation made applicable to Scotland [2. p. 370.]. A similar example would be Quebec which had a civil code based on French law and and later adopted parts of the English common law such as the doctrine of stare decisis and English procedural law. That is why in the early days of comparative studies, a mixed legal system was generally considered to be 'basically a civilian system that had been under pressure from the Anglo-American common law and has in part been overlaid by that rival system of jurisprudence'[3].

However, through time, the definition of a mixed legal system changed and later, mixed legal systems were defined as having the following characteristics: (i) civil law rules and principles are filtered through Anglo-American institutions, for instance, the common law judge; (ii) judicial decisions are given strong precedential value whether the civil law is codified or not; (iii) civil procedure is adversarial and Anglo-American, with an emphasis on remedies that leaves an imprint on substantive civil law; (iv) common law makes incursions into the civil law sphere by penetrating the most porous point of entry, such as the law of delict, while leaving resistant institutions such as property law relatively unaffected; and (v) commercial law is transformed and replaced by Anglo-American commercial law, because of pressure to conform to the norms of the dominant economy [2. p. 373.].

Despite not fulfilling the above-mentioned criteria, more and more, there is the perception of the EU legal system as a supranational mixed legal system, which is also an alterative way of describing the effects of legal harmonisation on Member States and Europe itself [2. p. 376.] Through EU legislation harmonising rules within certain spheres of both Member States rooted in the civilian legal tradition and common law Member States, elements of both traditions are present within the EU legal order.

Mixed legal systems often are considered 'laboratories of comparative law' and are given special attention in comparative legal research. However, as Palmer concludes, "In reality all systems are laboratories of comparative law and any system's experience could be of some value for others." [2. p. 379.] The same is true for the further development of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan. Even though it is sought to further develop the Civil Code by way of implementation of principles of English law, valuable experience in this venture can be provided by any legal system, mixed or otherwise. In the final part of the present contribution, therefore, the various ways of how some selected principles of English law or their functional equivalents in other legal systems have been implemented will be discussed.

Implementation of English law principles in Kazakhstan

The 'Concept for the improvement of civil legislation of the Republic of Kazakhstan by implementation of English law principles' envisages the transplantation of elements such as judicial precedent; elements of corporate law (e.g. corporations, company acts and memoranda, shareholders' rights, director's duties, corporate social responsibility); estoppel; the doctrine of frustration of contract; rules on representation, warranties and guarantees; indemnity in contract; as well as framework and subscription contracts. It is not possible to deal with all of these within the scope of the present contribution. By way of example, the implementation of judicial precedent and the principle of estoppel will be discussed.

Adoption of judicial precedent – 'Ulgy'

The prominent role of case-law and judicial precedent in England first came about after the conquest of the Normans over the British Isles. The Normans were Francophone and had conquered a largely English-speaking, as well as hostile, territory. Nevertheless, they saw the need for developing a new legal order responsive to Norman and local needs. In lack of a shared language and given that the majority of the population could not read, they concluded that the only way to do this was through a loyal judiciary which was to be supported in their decision-making by a local jury. By imposing on the new permanent judges the obligation to create written testament of their adjudication, a posteriori control could be exercised over their activities by the King. To develop the teaching necessary for the new legal professions, working in the royal courts, English lawyers eventually developed the Inns of Court where the different types of procedures were taught through examples of earlier cases. To ensure legal certainty for the adjudicated, through time, certain cases emerged as 'leading cases' which became binding precedent. Thus was developed the common law as a new form of legal system

as well as the doctrine of judicial precedent [4]

In civil law systems, where a general distrust of the courts was prevalent before the 19th century, judicial precedents enjoy only a persuasive role and constitute a source of 'soft' law. The higher the level of uniformity in past precedents, the greater the persuasive force of case-law. Through time, this judicial practice emerged more and more as a way to ensure certainty, consistency and stability in the legal system which had not been possible to such an extent by codified law on its own. Importantly though, and in stark contrast to common law systems, courts are only required to adhere to previous decisions if there is sufficient uniformity. No single decision binds a court and no relevance is given to split case-law [5]. In addition, generally accepted case-law is referred to in legal commentaries and thus used to inform lawyers of the prevalent interpretation of a given legal provision.

The publication of 'Ulgy', model decisions by the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan in any given field of law, will serve to enhance legal certainty and further the dissemination of legal knowledge. However, in the form currently envisaged, they will not amount to judge-made law. For one, the legal reasoning presented in these model decisions will be based on legislation, and only selected decisions will be prepared to serve as guidance for lower instance courts. In addition, the Ulgy could at any point be superseded by new legislation.

While there is no doubt that the publication of Ulgy will further the dissemination of legal knowledge and enhance uniformity of court decisions in the Republic of Kazakhstan, the implementation of such an instrument must be carefully thought through. For instance, in order to utilise such model decisions for lower instance courts to the greatest extent possible, their implementation must go hand in hand with the publication of the full text of the court cases underlying the model decisions. The legal reasoning underlying court decisions more often than not depends on the specific circumstances of the case under consideration. In a situation where lower courts are provided with the legal reasoning behind a decision, however not the underlying circumstances, they might not be able to make full use of the legal guidance thus provided. In the best case, judges at lower instance courts might choose to apply the legal reasoning provided in the Ulgy only to cases that exactly replicate the circumstances of the model decisions provided by the Supreme Court; in the worst case, the judges might run the risk of applying the models provided to cases that differ from the scenario that the Supreme Court had in mind in an essential detail. In addition, as the number of Ulgy might become substantial over the years, they must be published in an ordered and coherent manner. This could be done as an amended version to the existing commentary on the Civil Code of the Republic of Kazakhstan, in a style similar to German legal commentaries which provide, in the same publication, the text of codes and laws, as well as annotations by scholars and the most relevant court cases. The amended commentary could provide, among other annotations, the Ulgy relevant to a given provision. Such a commentary could constitute the main ressource, or a 'one-stop-shop', for judges, practitioners and students seeking to ascertain the correct interpretation of Kazakh civil law.

Estoppel

Estoppel might easily be the most infamous element of English law. It is said to be a principle unique to the English legal system. To understand the value of the principle within the sphere of English law, one must understand how the English law of contracts is based on the idea of consideration (in other words: the idea of 'quid pro quo'). This means that unilateral promises are not enforceable. This is in stark contrast to the contract law in civilian legal systems, which is based on the idea of cause, and therefore effect can be given to unilateral promises. However, not enforcing unilateral promises can, at times, lead to an unfair result. A famous example is the landlord who, during World War II, promised to forego part of the rent due by his tenant as they were unable to find enough tenants due to evacuation of London during the war in any event. At the end of the war the flats became fully let and the landlord demanded the payment of full rent again. It was observed in the judgment that it was not possible for the landlord to be reimbursed for the rent foregone during war times as the tenant had relied on the promise [6]. Out of these circumstances, the principle of estoppel was (re-)born. Importantly, as estoppel is not based on the idea of consideration, it represents an exception within the English law of contracts. It is a fall-back principle, rather general in nature, for situations where, for some reason or another, no formal agreement (such as a contract) has come into existence [7].

Estoppel has many different forms of appearance with 'separate requirements and different terrains of application' [8]. Given the multifarious nature of the concept, it is difficult to grasp and even more difficult to transpose into another legal system. The 'Concept for the improvement of civil legislation of the Republic of Kazakhstan by implementation of English law principles' foresees implementation of the principle only insofar as it concerns promissory estoppel.

Promissory estoppel is one of the more recently introduced types of estoppel [6] It is one of the reliance-based estoppels, i.e. it can be invoked when someone wishes to enforce a promise made without any consideration provided in return [8. pp. 3-90]. In addition, reliance on the promise must have caused detriment to the person trying to invoke the principle of estoppel. Promissory estoppel has four elements (i) an unequivocal promise by words or conduct; (ii) the promise was reasonably relied upon; (iii) detriment resulting for the person relying on the promise; and (iv) fairness requires enforcement of the promise. Promissory estoppel relates to future events, unlike estoppel by representation which relates to a past or present fact that is either true or not [9. p. 701]. The four elements provided above are merely one formulation of the principle, many more exist in the existing case-law. There is no one codified version of the principle in English law. Therefore the question how to transpose the principle into a civilian legal system, such as Kazakhstan, easily suggests itself.

Since 2005, the French Supreme Court for private and criminal matters ('Cour de Cassation') has implemented the concept of estoppel in French arbitration law. It has been described by French courts as a 'rule against self-contradiction to the detriment of others'. This indicates that estoppel is more seen as an instrument for sanctioning parties acting inconsistently or in bad faith, rather than protecting parties relying on representations or promises made by another party with the result of detrimental consequences. It thus has been stated by several French scholars that the same result could therefore also be achieved by recourse to the principle of good faith. What is more, even some courts have expressly stated that the scope of the principle of estoppel, as applied in France, could coincide with the earlier French principle of waiver and that they were not mutually exclusive, therefore could be applied concurrently within the French legal system [10] The principle of estoppel, however, has not been codified in France. Accordingly, it might be useful to look at further example of implementation of the principle within legal systems based on the Roman law tradition.

There are two US federal states that have codified estoppel: Georgia and Louisiana. For present purposes, only the example of Louisiana will be discussed as it is a mixed legal system and therefore will better lend itself for comparison with a civilian legal system [9. p. 695][1] as it exists in Kazakhstan. A gap in the 'variegated framework' of the mixed legal system caused the codification of estoppel in Louisiana by amendment to the Civil Code [9. p. 719.]. The amendment was passed in 1984 and entered into force in 1985 [11]. Since then, Article 1967 of the Louisiana Civil Code reads:

'Cause is the reason why a party obligates himself.

A party may be obligated by a promise when he knew or should have known that the promise would induce the other party to rely on it to his detriment and the other party was reasonable in so relying. Recovery may be limited to the expenses incurred or the damages suffered as a result of the promisee's reliance on thepromise. Reliance on a gratuitous promise made without required formalities is not reasonable.'

It is clear from the wording of Article 1967 that one of its objectives was to reconcile cause, as a major element of civil contract law, with the principle of promissory estoppel. At first view, one might conclude from the wording of this provision that detrimental reliance was conceived of as an exception to the requirement that every contract must have a cause. However, such a conclusion cannot be right as the preceding article of the Louisiana Civil Code states that 'an obligation cannot exist without a lawful cause' [9. p. 721]. Rather, in this context, the promise is cause for the obligation incurred. For the common law lawyer it is rather odd that the promise only becomes binding under the requisite that the proper formalities are fulfilled. Such a formality could be, for example, the requirement of a notarised document for the gift of land as it would be unreasonable to presume that a land transaction could be effected without the formality [9. p. 735]. Similarly, the 'Concept for the improvement of civil legislation of the Republic of Kazakhstan by implementation of English law principles' envisages that the promise must have been made in writing. This is far from the underlying rationale to the principle of estoppel in English law, which was intended to serve in cases where, for some reason or another, no formalities were followed. Requiring there to be a promise in writing deprives the principle of estoppel of its very essence. In addition, as estoppel is a dynamic common law principle which is inherently flexible, it will not be possible to make it a codified principle while also staying true to its character.

Accordingly, it might be useful to also look at functional equivalents of estoppel in civil law systems. The German Civil Code, in §780 BGB, contains a provision on the 'promise to fulfil an obligation'. It reads:

'For a contract by means of which

[1] *The functional equivalent to estoppel in Scots law, personal bar, is of little use in this context as it has not been codified.*

performance is promised in such a way that the mere promise is intended to establish the duty (promise to fulfil an obligation) to be valid, to the extent that no other form is specified, it is necessary for the commitment to be made in writing. The commitment may not be made in electronic form.'

The promise to fulfil an obligation under §780 BGB represents a contract creating a unilateral obligation. The contract can be formed independent of the existence of cause or a legal relationship between the parties involved. Therefore the provision is considered to create an abstract contract. Just as is envisaged under the 'Concept for the improvement of civil legislation of the Republic of Kazakhstan by implementation of English law principles', the promise to fulfil an obligation under §780 BGB must be in writing. Given that the existence of cause is not necessary in the case of a promise to fulfil an obligation, the obligation can be enforced more easily. It is up to the party owing the obligation to bring forward the defence of unjustified enrichment or similar. In addition, the German Code of Civil Procedure allows for less stringent standards of proof in the case of claims based on abstract legal obligations [12] and also enables the claimant to obtain a judgment which is provisionally enforceable without providing any security [13]. This provides both legal certainty and a swift legal instrument to the person who is owed the obligation [14].

Conclusion

Kazakhstan has undergone significant economic development over the last 20 years since the Civil Code of the Republic of Kazkahstan was first passed. Therefore it is necessary to adapt the Civil Code, as well as other civil legislation, to the new economic realities. In implementing reforms, experiences from other legal systems can be most valuable. While the main source of inspiration for the pending reform of civil legislation in Kazakhstan seems to have been English law, in implementing these new elements into the legal system of the Republic of Kazakhstan, and at the same time ensuring coherency and integrity of the system as such, relying on experiences from its brothers and sisters of the civilian legal tradition could prove essential. This means that the reform must necessarily represent a multi-step process: first, the legal elements suitable to fill the regulatory gaps in the civil law of Kazakhstan must be identified; second, comparative studies on functional equivalents in countries with legal systems similar to Kazakhstan are undertaken; and third that the right form of implementation appropriate for the specific needs of Kazakhstan is chosen.

REFERENCE

1. There are various forms of mixed legal system, combining elements of civil law, common law, muslim law and customary law. Mixed legal systems of civil law and common law are found in Botswana, Cyprus, Guyana, Louisiana (United States), Malta, Mauritius, Namibia, Philippines, Puerto Rico, Quebec (Canada), Saint Lucia, Scotland (United Kingdom), Seychelles, South Africa and Thailand. For further detail, see PALMER 'Mixed legal systems' in BUSSANI & MATTEI (eds.), The Cambridge Companion to Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge: 2012, pp. 368-383 at p. 379 et seq.
2. PALMER, 'Mixed legal systems' in BUSSANI & MATTEI (eds.) The Cambridge Companion to Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge: 2012, pp. 368-383.
3. SMITH, 'The Preservation of the Civilian Tradition in "Mixed Jurisdictions"' in YANNOPOULOS (ed.), Civil Law in the Modern World, Louisiana State University Press, Baton Rouge: 1965, p. 4.
4. GLENN, Legal Traditions of the World, Oxford University Press, Oxford: 20073, pp. 224-240.
5. See, also for a more detailed discussion, FON & PARISI, 'Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis' in 26(2006) International Review of Law and Economics, pp. 519-535; see especially pp. 521 & 522.
6. Central London Property Trust Ltd. v High Trees House Ltd. [1947] KB 130.
7. It might be interesting to note that the damages for breach of contract are much higher than reliance damages under promissory estoppel. Therefore it is also in the interest of the party seeking the claim to try to establish breach of contract first.
8. PEEL, Treitel on the Law of Contract, Sweet & Maxwell, London: 201514, pp. 3-90.
9. SNYDER, 'Comparative Law in Action: Promissory Estoppel, the Civil Law, and the Mixed Jurisdiction' in 3(15) 1998 Arizona Journal of International and Comparative Law, pp. 695-751.
10. See CUNIBERTI, 'Enhancing Judicial Reputation through Legal Transplants "Estoppel Travels to France"' in 2(60) 2012 The American Journal of Comparative Law, pp. 383-400.
11. See LA Civ Code 1967.
12. See §§592 et seq. ZPO (Code of Civil Procedure).
13. See §708 Nr. 4 ZPO (Code of Civil Procedure).
14. For the preceding paragraph see OETKER & MAULTZSCH, Vertragliche Schuldverhältnisse, Springer Verlag, Berlin:20134, p. 798 et seq.

УДК 347.45/.47

ОГРАНИЧЕНИЕ СВОБОДЫ ДОГОВОРА ПРИ СУЩЕСТВЕННОМ ИЗМЕНЕНИИ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ В АНГЛИЙСКОМ, НЕМЕЦКОМ, РОССИЙСКОМ И АЗЕРБАЙДЖАНСКОМ ПРАВЕ

Азер Алиев
Доктор права, LL.M. (University of Heidelberg), научный сотрудник Института права стран Восточной Европы Кильского университета

Ключевые слова: *implied terms; изменение договора; pacta sunt servanda; прекращение договора; frustration; Wegfall der Geschäftsgrundlage; нарушение основания сделки.*

Аннотация. *В статье рассматриваются возможности изменения или прекращения договоров в случае существенного изменения обстоятельств на основе английского, немецкого, российского и азербайджанского права. Так, Гражданский кодекс Республики Казахстан не предусматривает возможности изменения или прекращения договоров в случае существенного изменении обстоятельств. Несмотря на ограниченный интерес к этому вопросу в юридическом сообществе, анализ целесообразности имплементации этого института очень интересен, так как он позволяет показать, как английское и немецкое право работает с принципами права и как достигается развитие права и его адаптация к новым условиям. Наряду с этим в статье представлен российский и азербайджанский опыт, который свидетельствует о типичных проблемах правовых систем, находящихся в процессе трансформации.*

Развитые правовые системы в первую очередь отличаются способностью развиваться, основываясь на фундаментальных принципах в отсутствие законодательного регулирования или даже вопреки законодательству, при этом работа с абстрактными категориями не разрушает, а наоборот развивает и укрепляет правовую систему. При этом каждая правовая система выработала собственные подходы, которые отвечают ее собственным потребностям. Так в английском праве, которое очень трепетно относится к соблюдению принципа pacta sunt servanda и строго его придерживается, был разработан институт frustration, а в немецком праве развитая судами концепция Wegfall der Geschäftsgrundlage была впоследствии закреплена в Германском Гражданском Уложении. При этом конкретное содержание норм о существенном изменении обстоятельств значительно различаются.

В настоящей статье представлены различные подходы к ограничению свободы договора вследствие существенного изменения обстоятельств и проанализирована возможность использования Казахстаном зарубежного, в частности, английского, опыта, а также ведущих новых модельных кодификаций - Принципов Европейского договорного права 1998/2002[1] и Принципов договорного права УНИДРУА 2010 г.[2].

АҒЫЛШЫН, НЕМІС, РЕСЕЙ ЖӘНЕ ӘЗЕРБАЙЖАН ҚҰҚЫҒЫНДА МӘН-ЖАЙЛАР ЕЛЕУЛІ ӨЗГЕРГЕН КЕЗДЕ ШАРТ БОСТАНДЫҒЫН ШЕКТЕУ

Азер Әлиев
Құқық докторы, LL.M. (University of Heidelberg), Киль университеті Шығыс Еуропа елдерінің құқық Институтының ғылыми қызметкері

Түйін сөздер: *implied terms; шарт өзгеруі; pacta sunt servanda; шарттың тоқтатылуы; frustration; Wegfall der Geschäftsgrundlage; мәміле негізін бұзу.*

Аннотация. *Мақалада ағылшын, неміс, ресей және әзірбайжан құқығы негізінде шарттардың елеулі мән-жайлар өзгерген жағдайда өзгерту немесе тоқтату мүмкіндігі мақалада қарастырылады. Сонымен қатар, Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексінде шарттардың елеулі мән-жайлар өзгерген жағдайда өзгерту*

[1] *http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/index.html, см. в русском переводе http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1261692&subID=100127328,100127329,100127424,100127519,100127525.*

[2] *http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-russian.pdf.*

немесе тоқтату мүмкіндігі қарастырылмаған. Заң қауымдастығында шектеулі қызығушылығына қарамастан, ағылшын және неміс құқығы құқық принциптерімен әрекет жасап, құқық дамытуына қалай қол жеткізіліп және жаңа жағдайға оның бейімделуін көрсетуге мүмкіндік бергендіктен, осы институт имплементациялау жөнділігін талдауы өте қызықты. Сонымен қатар, мақалада ресей және әзірбайжан тәжірибесі ұсынады, трансформациялау процесіндегі құқықтық жүйелердің әдеттегі проблемалар куәландырады.

Дамыған құқықтық жүйелер, бірінші кезекте, заңнамаға немесе құқықтық жүйесінде жоқтығына қарамастан іргелі қағидаға сүйене отырып, даму қабілетімен ерекшеленеді, сонымен бірге абстракты категорияларымен жұмысы бұзбай, керісінше, құқықтық жүйесін дамытыпы және нығайтады.

Бұл ретте әрбір құқықтық жүйесі өз қажеттіліктеріне сай тәсілдерді қалыптастырды.

Солай, ағылшын құқығында, pacta sunt servanda принципын сақталуына аса зор мән беріп және оның қатаң ұстанады, frustration институты әзірленді, ал неміс құқығында соттармен дамыған Wegfall der Geschfätsgrundlage тұжырымдамасы Герман Азаматтық Жинағында кейіннен бекітілді.

Бұл ретте мән-жайдың елеулі түрде өзгеруі туралы нормалардың нақты мазмұны айтарлықтай ерекшеленеді.

Осы бапта мән-жайдың елеулі түрде өзгеруі болғандықтан шарт бостандығын шектеуіне түрлі тәсілдері ұсынылған және Қазақстанмен шетелдік, соның ішінде, ағылшын тәжірибесін пайдалану мүмкіндігі, сонымен қатар, жетекші жаңа модельдік кодификациярын - 1998/2002 Еуропалық шарттық құқық Принциптері[1] мен 2010 ж. УНИДРУА шарттық құқық Принциптері[2] талданды.

THE RESTRICTION OF FREEDOM OF CONTRACT WITH A SUBSTANTIAL CHANGE OF CIRCUMSTANCES IN ENGLISH, GERMAN, RUSSIAN AND AZERBAIJANI LAW

Azer Aliyev
Doctor of law, LL.M. (University of Heidelberg),
research fellow of the Institute of law of Eastern European countries, Kiel University

Keywords: *implied terms; change of contract; pacta sunt servanda; termination of contract; frustration; Wegfall der Geschäftsgrundlage; violation of the basis of the transaction.*

Abstract. *The article discusses the possibility of changing or terminating contracts in English, German, Russian and Azerbaijani law in case of a vital changes of circumstance. Thus, the Civil Code of the Republic of Kazakhstan doesn't provide the possibility of changing or terminating contracts in case of a vital changes of circumstance. Despite the limited request in the legal community, the analysis of the practicability of the implementation of this institution is very interesting, since it allows a compliant demonstration of the development of law and how English and German law works with the principles of law and how its adaptation to new conditions are achieved. Furthermore, the article presents the Russian and Azerbaijani experience that shows the typical problems of legal systems in the process of transformation.*

Developed legal systems are primarily characterized by the ability to develop based on fundamental principles in the absence of the legislative regulation or even contrary to the law. Moreover work with abstract categories does not destroy, but rather develop and strengthen legal system. At the same time, each legal system has developed its own approaches that meet its own needs. So in English law, which is very sensitive to the observance of the principle of pacta sunt servanda and strictly adheres to it, the institute of frustration was developed, and in German law the concept of Wegfall der Geschfätsgrundlage developed by the courts was subsequently fixed in the German Civil Code. In addition, the specific content of the rules of a vital changes of circumstances are significantly differs.

In this article, will be presented various approaches to restricting freedom of contract due to a vital changes of circumstances and analyzed the possibility of Kazakhstan's use of foreign, in particular English, experience, as well as leading new model codifications - the Principles of the European Contract Law 1998/2002[1] and the Unidroit Contractual Principles of 2010[2].

I. Исторический контекст

Как английское, так и немецкое право очень сложно восприняли возможность изменения или прекращение договорных отношений вследствие существенного изменения обстоятельств.

Вплоть до середины XIX века английское право отрицало возможность прекращения или изменения договоров вследствие изменения обстоятельств. Ключевым решением в отношении изменения обстоятельств до этого времени было решение Paradine v Jane 1647 года[3], в котором суд радикально придерживался обязанности исполнения основного обязательства, в данном случае оплаты арендной платы, даже несмотря на то, что участок земли находился под оккупацией. Да и закрепленная сегодня в § 313 Германского Гражданского Уложения «Нарушение основания сделки» норма о существенном изменении обстоятельств была введена в ГГУ лишь в рамках реформы обязательственного права 2002 года. При подготовке первого текста ГГУ в конце XIX веке этот институт рассматривался многими юристами как недопустимое ограничение принципа свободы договора [1] и вследствие этого не нашел своего отражения в ГГУ.

Развитие института frustration, в английском праве следует рассматривать в контексте развития концепции implied terms, в соответствии с которой частью договора становятся не только непосредственно обусловленные сторонами условия, но и условия, которые не предусмотрены напрямую в тексте договора, однако могут «импортироваться в контракт», исходя из контекста[4]. Развитие implied terms берет свое начало в широкоизвестном решении Taylor v Caldwell 1863 года[5]. Одна из сторон арендовала концертный зал, однако этот зал сгорел до представления. Суд апелляционной инстанции постановил, что стороны, хотя и не указали в договоре, однако подразумевали, что договор может быть исполнен, если зал находится в целости и сохранности. То есть стороны, если бы предусмотрели бы возможность пожара на момент заключения договора, то включили бы положение о прекращении договора в случае уничтожения зала. Implied terms предполагает, что стороны имели возможность предусмотреть в контракте условие. Однако на протяжении времени суды существенно модифицировали “implied terms” в контексте существенного изменения обстоятельств. Это объяснялось тем, что суд через “implied terms” приписывал сторонам решения, о которых они не могли даже знать. В широкоцитируемом казусе Chandler v Webster 1903 года[6] одна из сторон контракта арендовала у другой комнату, из которой можно было наблюдать за парадом в честь инаугурации Эдварда VII, однако инаугурация была отменена вследствие болезни короля. Палата лордов пришла к выводу, что несмотря на то, что стороны не упоминали в договоре инаугурацию, было очевидно, что целью договора являлась именно она. Договор прекращает свое действие с момента изменения обстоятельств.

Однако и это регулирование оказалось недостаточным, так как прецедентное право содержало большие пробелы в области урегулирования последствий frustration. Исполнение, произведенное до изменения обстоятельств, не подлежало реституции, даже если встречное исполнение не последовало. Реагируя на подобное неудовлетворительное регулирование, законодатель принимает в 1943 году Frustration Act, который изменяет правовые последствия применения frustration.

Необходимо отметить, что в начале XX века концепция frustration получила широкое развитие. Суды распространяли ее действие на все более широкий круг дел. Однако с течением времени суды ограничили применение этого института. Так по последствиям II Мировой войны всего лишь в нескольких делах суды применили frustration; после суэцкого кризиса всего в двух делах, но оба были впоследствии отменены в апелляционной инстанции. В литературе отмечается нежелание судов применять эту доктрину, которое прослеживается по сей день [2].

Совсем иное развитие получил институт Wegfall der Geschäftsgrundlge в немецком праве. После Первой мировой войны, на фоне катастрофического упадка экономики, суды не видели возможность оставлять действительными условия сделок при наличии инфляции в сотни процентных пунктов. Изначально суды для изменения и прекращения «невыносимых» договорных отношений основывались на концепции экономической невозможности. Эта концепция на сегодняшний день применяется в случаях, когда стоимость исполнения договора не идет ни в какое сравнение с расходами. В качестве примера приводится случай: если лицо, обязанное передать кольцо стоимостью в несколько сотен Евро, роняет его в море и расходы на извлечение кольца со дна моря составят многие десятки тысяч Евро. Одна-

[3] *EWHC KB J5.*
[4] *Lücke, Implied Terms, 5 Adelaide L. Rev. 31*
[5] *EWHC QB J1*
[6] *2 KB 740*

ко подход судов изменился после фундаментальной публикации Ортмана, который смог представить классический институт clausula rebus sic stantibus в применимом для того времени виде. Суды начали ссылаться на «нарушение основания сделок»[7]. При этом в обоснование применения института Wegfall der Geschäftsgrundlage суды ссылались на закрепленный в позитивном праве принцип добросовестности (§ 242 ГГУ). В отличие от английского права, где концепция frustration, получив сильное развитие во время и после Первой мировой войны, позже все более вытеснялась судами, в Германии благодаря совместной работе науки [3] и практики институт «нарушения основания сделки» был существенно развит на протяжении XX века и законодательно закреплен в § 313 ГГУ в 2002 году.

II. Современное понимание frustration в английском праве

1. Сфера применения

Действующая на сегодняшний день концепция frustration требует, чтобы исполнение договора не было возможным по объективным или правовым причинам. В частности, к случаям frustration относят невозможность исполнения контракта, невозможность достижения цели контракта (как например в деле Chandler v Webster – ненадобность комнат вследствие отмены коронации), если исполнение контракта противоречит закону принятому после заключения контракта, личной неспособности исполнить контракт (смерть, болезнь), если исполнение должно быть совершено конкретным лицом. При этом ни одна из сторон не должна быть виновной в наступлении обстоятельств, приведших к невозможности исполнения, и наступление этих обстоятельств должно быть непредсказуемо для обеих сторон.

Не подпадают под категорию frustration случаи так называемой экономической невозможности (расходы на исполнение контракта несопоставимо выше ожидаемого результата), а также случаи, в которых невозможным стал лишь один метод исполнения, но доступны иные. Так, в деле Lauritzen v Wijsmuller (The Support Servant Two) 1990 года[8] Палата лордов установила, что доктрина frustration не подлежит применению даже в тех случаях, когда единственным возможным путем исполнения является нарушение других контрактов (у компании, занимающейся буксированием буровых платформ, затонул один из буксиров, а другой буксир был уже зафрахтован другими контрактами, т.е. исполнение было возможно лишь при нарушении других контрактов).

В целом необходимо отметить, что ограничение применения института frustration сказалось на практике. Во многих случаях, где можно было бы предполагать применение frustration, суды придерживаются иных позиций и приходят к тем же результатам, используя другие институты. Так, например, в случаях, связанных с невозможностью достижения цели контракта после решения Chandler v Webster, суды стали намного уже толковать возможность применения frustration. В деле Amalgamated Investment v Property Co Ltd 1977 года[9] суд отказал применить frustration, в ситуации, когда после приобретения участка недвижимости под девелоперский проект выяснилось, что расположенные на участке старые построения не могут быть снесены, так как являются памятниками истории.

2. Последствия frustration

Последствием frustration является прекращение договора. Английские право рассматривает адаптацию условий договора к изменившимся обстоятельствам со стороны суда как недопустимое вмешательство судов и ограничение свободы договора[10].

Контракт в случае frustration прекращается ex nunc, т.е. с момента изменения обстоятельств. При этом frustration наступает автоматически, волеизъявления сторон не требуется. Заявить о frustration может любая сторона. Еще более интересно, что непострадавшая сторона может даже заявить о наличии frustration даже если пострадавшая сторона полностью исполнила договор (например, как в казусе Nickoll & Knight v Ashton Edridge 1901 года, в котором продавец в результате невозможности перевозки по заявленному в договоре пути заявил о frustration сохранил товар и продал его вдвое дороже, привезя его по другому пути). Однако суды все более строго относятся к подобным злоупотреблениям[11].

В связи с тем, что frustration действует с момента изменения обстоятельств, долгое время проблематичным оставался вопрос о судьбе уже исполненного обязательства. Так, в уже упомянутом деле Chandler v Webster за аренду комнаты должна была быть внесена предоплата. Суд обязал оплатить предоплату, несмотря на то, что комната никогда не использовалась по назначению (наблюдение за инаугурацией), так как предоплата долж-

[7] *Oertmann, Die Geschäftsgrundlage (1921).*
[8] *1 Lloyds R1*
[9] *1 W.L.R. 164*
[10] *Иная позиция немецкого права.*
[11] *Peel, The Law of Contract 2011, 19-091.*

на была быть внесена до изменения обстоятельств. Подобный результат приводил к неприемлемым результатам. Сторона исполнившая до наступления существенного изменения обстоятельств лишалась уже исполненного не получая ничего взамен. В этом случае сложившийся дисбаланс был исправлен законодателем. В 1943 году был принят Frustration Act, который установил три основных правила для денежных обязательств, возникших до изменения обстоятельств:

1) суммы, которые должны были быть оплачены до изменения обстоятельств, не подлежат оплате в случае наступления frustration;

2) все оплаты, внесенные до изменения обстоятельств, подлежат возврату;

3) плательщик может удержать оплату в счет фактически понесенных расходов. Наряду с этим было предусмотрено, что если одна из сторон получила до изменения обстоятельств определенную выгоду неденежного характера, то суд может обязать ее возместить справедливую компенсацию другой стороне.

Английский законодатель остался и в случае Frustration Act верным своим традициям – закон не регулирует целые институты, а лишь является реакцией на существующую проблему, фрагментарно решая данную проблему, но при этом, минимально ограничивая компетенцию судов развивать право.

III. Wegfall der Geschäftsgrundlage в немецком праве

1. Законодательное закрепление

В рамках реформы 2002 года институт Wegfall der Geschäftsgrundlage (нарушение основания сделки) был введен в § 313 ГГУ, причем целью законодателя было исключительно закрепить без изменений в позитивном праве созданный наукой и судебной практикой институт[12].

§ 313 Нарушение основания сделки

1. Если обстоятельства, ставшие основанием для договора, значительно изменились после его заключения и стороны не заключили бы договор либо заключили бы его с иным содержанием, если бы они предвидели изменение такого характера, можно потребовать адаптации договора, поскольку для одной из сторон участие в договоре без его изменения, с учетом всех обстоятельств дела, в частности распределения рисков в силу договора или закона, неприемлемо.

2. К изменению обстоятельств приравнивается ситуация, когда обнаруживается ложность существенных представлений, ставших основанием для договора.

3. Если адаптация договора невозможна либо в отношении его части неприемлема, то сторона, поставленная в невыгодное положение, может отказаться от договора. При длящихся обязательственных правоотношениях право на отказ от договора заменяется правом на расторжение.

2. Условия применения

а) Понятие основания сделки

В абзацах 1 и 2 § 313 ГГУ упоминаются обстоятельства ставшие основанием для сделки. При этом законодательного определения того, что является подобными основаниями, нет. Как указывается в материалах работы над проектом Реформы немецкого обязательственного права 2002 года, законодатель осознанно широко сформулировал понятие обстоятельства, чтобы позволить широкое толкование этого термина [15] При этом четко указано, что не является существенным изменением обстоятельств. Однозначно не являются основанием сделки условия, закрепленные в договоре. Если стороны пришли к соглашению по какому-либо из вопросов, то эти условия становятся условием договора. Применение и последствия изменения установленных в договоре условий регулируются нормами о толковании договора (§ 133, 157 ГГУ), которые имеют приоритет над § 313 ГГУ.

аа) субъективные и объективные основания

Немецкое право выделяет субъективные и объективные основания договора[13]. Под субъективными основаниями понимаются основания, на которые стороны договора субъективно основывались при заключении договора. Если представление об том или ином основании было лишь у одной стороне, то она не может ссылаться на существенное изменение обстоятельств, а лишь в случае наличия достаточных обстоятельств может оспорить сделку вследствие заблуждения (§ 119 и посл. ГГУ). В любом случае нормы об оспаривании сделок вследствие заблуждения (§ 119 и посл. ГГУ) имеют приоритет над § 313 ГГУ.

Наряду с субъективными обстоятельствами абз. 1 § 313 ГГУ включает также объективные обстоятельства. Т.е. обстоятельства, о которых стороны возможно даже не задумывались при заключении сделки, но они объективно настолько важны для сделки, что их возникновение, изменение либо прекращение не может быть проигнорировано разумными сторонами (например: изменение курса валют во внешнеторговой сделке).

[12] *BT-Drs. 14/6040, 175.*
[13] *Böttcher in: Erman BGB, Kommentar, § 313 BGB, Rn. 7.*

бб) обоюдное заблуждение сторон

Абз. 2 § 313 ГГУ регулирует лишь случай изменения субъективных обстоятельств, причем только в тех случаях, когда стороны заблуждались в наличии обстоятельств при заключении договора. Достаточно также заблуждения одной из сторон, если другая сторона без возражений приняла представленные заблуждающейся стороной обстоятельства. Недостаточным являются, однако, односторонние заблуждения в мотиве сделки даже если другая сторона знал о мотиве (сторона заказывает банкетный зал для свадьбы, однако помолвка расторгается и свадьба отменяется).

вв) глобальные и индивидуальные обстоятельства

Немецкое право также различает «глобальные обстоятельства» от «индивидуальных обстоятельств». В первом случае речь идет об изменениях, которые затрагивают все общество в целом (воины, природные катаклизмы, экономические кризисы, изменения цен на рынках) во втором случае изменение затрагивает лишь конкретный договор (невозможно получить разрешение на строительство, хотя стороны при заключении договора исходили из возможности получения).

б) Наличие договорных правоотношений

Еще одним условием применения § 313 ГГУ является наличие между сторонами действительного договорного правоотношения, в том числе одностороннего договора. Существенное изменение обстоятельств не применяется к односторонним сделкам. Сфера применения § 313 ГГУ ограничена гражданско-правовыми договорами, но на практике аналогичный режим применяется и для трудовых, корпоративных и даже публично-правовых договоров, однако со ссылкой на принцип добросовестности § 242 ГГУ. Соответственно, § 313 ГГУ не применяется к преддоговорным правоотношениям и к договорам, исполнение которых полностью закончено и лишь в исключительных случаях после исполнения части договора.

в) Существенное изменение

Наряду с наличием указанных выше обстоятельств, не ставших условиями договора, необходимо, чтобы эти обстоятельства существенно изменились либо было существенное заблуждение сторон в этих обстоятельствах.

Законодательного определения существенности изменения не дано. С учетом бесконечного количества возможных ситуаций немецкий законодатель умышленно отказался от использования примеров в тексте § 313 ГГУ[14], так как любое примерное перечисление приведет к нежелательному ограничению толкования нормы. При этом однозначно понятно, что любого изменения обстоятельств далеко недостаточно. Изменение должно быть настолько серьезным, чтобы могло послужить основанием для оттеснения принципа свободы договора[15].

Не является существенным изменением наступление риска, который в соответствии с условиями договора должна нести одна из сторон, даже если наступил наихудший вариант. Подобная обязанность стороны отвечать за определенный риск может быть также определена вследствие толкования договора. Готовность принять риск в особенности признается, если сделка была по своей сути спекулятивной.

Не являются существенным изменением обстоятельств в значении § 313 ГГУ также случаи, в которых наступившие изменения были предсказуемы вне зависимости от тяжести наступивших последствий. Тем более не попадают в сферу применения § 313 ГГУ изменения, которые произошли по вине пострадавшего от изменений лица либо в период его просрочки.

При этом договоры, предусматривающие одноразовое исполнение, должны проверяться намного строже, чем долгосрочные договоры, предусматривающее многократное исполнение.

г) «Невыносимые последствия»

Вышеуказанное существенное изменение обстоятельств становится основанием для изменения либо прекращения договора лишь в случае, если оно привело к «невыносимым последствиям» для одной из сторон. Именно этот последний критерий еще раз подчеркивает, что § 313 ГГУ применяется лишь в исключительных случаях. «Невыносимыми последствиями» считаются последствия, которые несовместимы с категориями право и справедливость[16]. Одним из основных критериев при проверке «невыносимости последствий» является риск банкротства вследствие исполнения сделки. При этом «невыносимость последствий» для одной стороны всегда выясняется в сравнении с положением другой стороны. Т.е. адаптация или даже прекращение договора не должно привести к существенным потерям для другой стороны. Эта проверка становится особенно важной, если вследствие изменения

[14] *Canaris, Schuldrechtsmodernisierung [2002], 745.*
[15] *Erman, BGB Kommentar zu § 313, Rn. 22.*
[16] *BGH 121, 378 [393]; NZM 2005, 144.*

обстоятельств существенно нарушается соотношение объемов исполнения, например, вследствие девальвации или инфляции.

3. Разграничение с другими институтами

Функция § 313 ГГУ заключается в решении проблем, которые не могли быть урегулированы другими институтами права. Т.е. § 313 ГГУ это ultima ratio, которое применяется лишь в исключительных случаях. Вследствие этой роли § 313 ГГУ применяется в последнюю очередь, после применения всех других норм и получения неудовлетворительного результата. Все иные нормы, представляющие сторонам возможность при наступлении определенных условий в одностороннем порядке изменить или даже прекратить договор, являются lex specialis по отношению к § 313 ГГУ. Необходимо особо отметить, что число подобных норм растет. В качестве примера можно привести § 651j ГГУ, который представляет туристу возможность в одностороннем порядке расторгнуть договор, если поездка вследствие непреодолимой силы значительно затруднена, связана с риском, либо невозможна.

Также в случае возможности применения норм об оспаривании сделки вследствие заблуждения § 119 и посл. ГГУ имеют приоритет.

Наибольшие проблемы вызывает разграничение норм о нарушении основания сделки с нормами о так называемой экономической невозможности (абз. 2 § 275 ГГУ).

§ 275 Невозможность исполнения

1. Требование исполнения исключается, если исполнение невозможно для должника или для любого лица.

2. Должник может отказаться от исполнения, если оно потребует затрат, которые, принимая во внимание содержание обязательства и требования доброй совести, находятся в грубом несоответствии с интересами кредитора в исполнении. При определении предполагаемых усилий должника необходимо также учитывать, отвечает ли должник за обстоятельства, препятствующие исполнению.

В принципе § 275 ГГУ имеет приоритет над § 313 ГГУ, так как правовым последствием § 275 ГГУ является прекращение договора «требование должника исключается», тогда как § 313 ГГУ дает лишь право требовать изменение договора и лишь в исключительных случаях ведет к его прекращению. На практике проблема возникает в особенности при разграничении экономической невозможности (абз. 2 § 275 ГГУ) и существенного изменения обстоятельств. Под экономической невозможностью понимаются случаи, в которых исполнение хотя и возможно, но расходы на исполнение настолько несоразмерно высоки, что исполнение считается невозможным. Разработать четкие критерии для разграничения экономической невозможности и «невыносимых последствий» практически невозможно. Реформа 2002 года так и не смогла решить эту проблему. На практике проблема отчасти решается тем, что пострадавшая в результате изменений обстоятельств сторона, как правило, ссылается на § 275 ГГУ и субсидиарно на § 313 ГГУ.

4. Правовые последствия

В случае наличия существенного изменения обстоятельств, повлекшего «невыносимые» последствия стороны получают право требовать изменения и в виде исключения прекращения договора. Важно отметить, что это право получают обе стороны договора, а не только пострадавшая сторона. Тем самым другой стороне, также как и в английском праве, дается возможность своевременно уточнить правовое положение, не дожидаясь предъявления требования пострадавшей стороной.

Таким образом, обе стороны получают право требовать адаптацию договора у противоположной стороны, в том числе в судебном порядке. Из соображений процессуальной экономии допускается прямое обращение в суд с указанием в исковом заявлении предлагаемой адаптации, т.е. нет необходимости сначала требовать в судебном порядке согласия другой стороны. Верховный суд ФРГ, однако, постановил, что невступление в переговоры со стороной, которая требует адаптации договора является нарушением охранительных обязанностей и влечет за собой обязанность возмещения нанесенного вследствие неведения переговоров ущерба[17].

Целью изменения договора будет являться устранение «невыносимых последствий» вследствие исполнения договора. Т.е. в случае если стороны не достигнут соглашения суд постарается устранить «невыносимые последствия» минимально изменив договор.

Предусмотренная в абзаце 3 § 313 ГГУ возможность прекратить договор сформулирована как исключение. Таким образом, прекратить договор вследствие существенного изменения обстоятельств возможно лишь если адаптация договора невозможна (в том числе по правовым соображениям) либо неприемлема для одной из сторон (абз. 3 § 313 ГГУ). При этом для договорных отношений направленных на одноразовое исполнение пострадавшая сторона получает возможность отказаться от исполнения ex tunc, а в

[17] *Looschelders, Shuldrecht AT, Rn. 422.*

длящихся отношениях только ex nunc, т.е. уже исполненные части договора остаются неприкосновенными.

IV. Россия

1. Законодательное закрепление

Норма о существенном изменении обстоятельств была закреплена уже в первой редакции ГК РФ 1994 г. и не подвергалась изменения в рамках последних реформ ГК.

2. Сфера применения

Российское право, в отличие от немецкого, не предусматривает применение ст. 451 ГК для случаев обоюдной ошибки сторон в мотиве сделки. С другой стороны ошибка, даже существенная, в мотиве сделки не является основанием для ее оспаривания (п. 3 ст. 178 ГК РФ). Обнаружить мнения в юридической литературе либо решения в судебной практике по этому вопросу не удалось.

Также детально не проработан вопрос о приоритете других институтов над ст. 451 ГК РФ, однако в юридической науке четко указывается на исключительный характер применения этой нормы, и судебная практика действительно прекращает договоры вследствие существенного изменения обстоятельств крайне редко.

Судебный порядок оспаривания предусмотрен ГК РФ и для сделок, совершенных под влиянием существенного заблуждения (п. 1 ст. 178). Таким образом, в России, в отличие от Германии, где оспаривание сделки, совершенной вследствие заблуждения, прекращается односторонним волеизъявлением стороны, не возникает вопрос процессуальной экономии.

3. Условия

Сравнение условий применения Ст. 451 ГК РФ с § 313 ГГУ показывает очень большие сходства. Также как и в немецком праве необходимо наличие обстоятельств на которые полагались обе стороны при заключении договора; существенное изменение этих обстоятельств, которое не находилось в сфере риска никакой из сторон и не было преодолимым. Единственное существенное различие заключается в потерях одной из сторон. В отличие от Германии, где требуется наличие «невыносимых» последствий, российское право требует в «лишь» ущерб, вследствие которого она в значительной степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора (пп. 3 п. 2 ст. 451). Не предусматривается также присущее немецкому праву сравнение состояния должника и кредитора. Т.е. по сути, российское право более либерально подходит к оценке последствий для пострадавшей от изменений обстоятельств стороны, чем немецкое.

Однако российские суды очень строго трактуют предсказуемость изменений и нахождение их в сфере риска одной из сторон. Так, не были признаны существенными изменениями обстоятельств ни один из последних кризисов (1998, 2008 и 2014-15 годов)[18]. Также возможность одной стороны распознать будущий риск для расторжения контракта было достаточным основанием для отказа в применении ст. 451 ГК[19]. Таким образом, в результате суды практически даже не доходят до проверки критерия существенности ущерба.

4. Последствия применения ст. 451 ГК РФ

Наиболее существенным различием между немецким и российским подходом к существенному изменению обстоятельств, которое в то же время сближает российское право с английским, заключается в правовых последствиях применения ст. 451 ГК РФ.

Если в немецкое право в первую очередь стремиться к адаптации договора и лишь в качестве исключения предусматривает возможность его прекращения, то российское право нацелено в первую очередь на прекращение договора и лишь в качестве исключения допускает его адаптацию (п. 4 ст. 451 ГК РФ). В этом аспекте российское право ближе к английскому, которое в качестве исключительного последствия предусматривает прекращение договора[20]. Интересно, что в рамках актуальных реформ ГК в России были предприняты существенные шаги, нацеленные на сохранение договора. Коренным образом были реформированы нормы о недействительности сделок. Количество ничтожных сделок было резко сокращено (Например: в случае отсутствия прямого законодательного указания сделки, противоречащие закону, считаются оспоримыми, а не ничтожными п. 1 ст.168 ГК РФ). Однако тенденция сохранения договорных правоотношений не была применена к ст. 451 ГК РФ. Объяснения подобного решения российского законодателя ни в Концепции реформ[21],

---

[18] *Постановление Президиума ВАС РФ от 07.08.2001 N 4876/01, Постановление Президиума ВАС РФ от 13.04.2010 N 1074/10 по делу N А40-90259/08-28-767, Определение Верховного Суда РФ от 16.08.2016 N 57-КГ16-7.*

[19] *Постановление Президиума ВАС РФ от 13.04.2010 N 1074/10 по делу N А40-90259/08-28-767.*

[20] *См. I.3.*

[21] *Концепция развития гражданского законодательства России 2009. http://www.rospravo.ru/files/sites/85ee14b9b9f8a0542ca9b9ddb766750f.pdf.*

ни в других документах найти не удалось.

V. Азербайджанское право

1. Законодательное закрепление

Нормы об изменении существенных условий относятся к тем немногим нормам ГК Азербайджана, которые были реципированы из Модельного кодекса стран СНГ и не претерпели существенных изменений в рамках многочисленных реформ ГК АР (в особенности реформы 2005 года)[22], которые были направлены на сближение с немецким правом.

Единственным изменением стало введение в ч. 1 ст. 422 дополнительного предложения «Ошибочность представлений сторон, лежащих в основе договора, приравнивается к изменению обстоятельств». Тем самым азербайджанский законодатель вслед за немецким правом признал обоюдную ошибку сторон в мотивах сделки существенным изменением обстоятельств.

2. Судебная практика

В азербайджанской судебной практике норма о существенном изменении обстоятельств применяется крайне редко. Так же как и в России, азербайджанские суды отказались признавать кризисы 2008 года, а также недавнюю девальвацию существенным изменением обстоятельств. Существенным отличием от вышеуказанных правовых систем является недостаточное обоснование отказа применения ст. 422 ГК АР. В большинстве случаев суды лишь упоминают норму и отказываются ее применять, ограничиваясь общими заявлениями. Подобная практика приводит к неправильному применению норм о существенном изменении обстоятельств. Так, в одном из своих решений 2015 года Верховный суд Азербайджана[23] [26] поддержал позицию Апелляционного суда, который посчитал, что покупатель торгового объекта у строительной компании вправе расторгнуть договор купли-продажи на основании ст. 422 ГК АР, если строительная компания, хотя и завершила строительство объекта покупателя, но вследствие незавершенности работ сам торговый центр не запущен в эксплуатацию. Суды посчитали, что в данном случае стороны не заключили бы договор, если бы знали о незавершенности строительства объекта. В указанном случае очевидно, что обе стороны могли и даже должны были предвидеть риск подобного развития ситуации, т.е. не выполнено одно из условий ч. 1 ст. 422 «стороны не могли предвидеть изменения обстоятельств». В данном случае речь идет о нарушении обязательства продавца, ведь покупатель не сможет использовать приобретенный объект по назначению.

Подобная практика повышает риск неправомерно широкого применения норм о существенном изменении обстоятельств.

VI Возможность имплементации в Казахстане

1. Status quo

Как уже указывалось, во введении запрос в юридическом сообществе на введение подобной нормы довольно ограничен, хотя это немного удивительно в свете многочисленных экономических потрясений, которые пережил Казахстан за последние десятилетия. Вопрос о необходимости изменения либо прекращения договора вследствие существенного изменения обстоятельств (например, после витка девальвации либо повышения цен на нефть) не обсуждался в достаточной мере в юридической литературе. Опыт Азербайджана показывает, что отсутствие субъективной востребованности либо неготовность юридического сообщества работать с тем или иным институтом права не компенсируется законодательным регулированием того или иного института. А с другой стороны опыт Англии и Германии подтверждает, что качественная работа юристов может создать непредусмотренный правом инструмент. То есть любая имплементация должна сопровождаться детальной дискуссией о необходимости и целесообразности. Причем дискуссия должна вестись по каждому отдельному пункту, а не абстрактно и оторвано от жизни. Интересным подходом могла бы быть попытка решить те или иные вопросы, разрешаемые иностранными правопорядками в рамках действующего казахстанского правопорядка, и проверить, будут ли полученные результаты удовлетворять потребности казахстанского общества. Например, можно спросить, удовлетворительно ли решается спор между сторонами договора купли-продажи земельного участка, если впоследствии выясняется, что строительство на этом участке вопреки ожиданиям сторон разрешено не будет.

Настоящая работа ограничивается лишь обзорным анализом представленных выше зарубежных моделей как возможных референций для казахстанского права.

2. Возможные условия

а. обзор

Существенное изменение обстоятельств после заключения договора, по сути, одинаково понимается во всех представленных

[22] *Закон о внесении изменении в ГК АР от 24 июня 2005 г. 949-IIQD.*

[23] *Решение Коллегии по гражданским делам Верховного суда Азербайджанской Республики от 3 июля 2015 г № 2(102)-2805/15.*

правовых системах. Речь идет об изменениях обстоятельств, которые ни одна из сторон не могла предвидеть, и которые находятся за пределами сферы риска обеих сторон, однако очевидно важны для исполнения договора. При этом эти изменения повлекли существенные негативные последствия для одной из сторон договора. При этом целесообразным представляется имплементация предусмотренного в английском и немецком праве жесткого подхода, который требует «чрезмерности обременения» для одной из сторон и не ограничивается как российское право лишь неполучением того, на что сторона могла рассчитывать.

Следует также задуматься над категорией разумности в контексте данной статьи: будет ли критерий разумности учитывать особенности стороны договора. Будет ли «разумность потребителей» отличаться от «разумности предпринимателей».

В этой связи очень удачной представляется формулировка, предложенная в ст. 6.111 Принципов Европейского договорного права 1998/2002 года. Она предусматривает следующие условия:

Статья 6:111. Изменение обстоятельств

...

(2) Однако если исполнение договора становится чрезмерно обременительным в связи с изменением обстоятельств, стороны обязаны вступить в переговоры с целью изменения или прекращения договора при условии, что:

(a) изменение обстоятельств произошло после заключения договора;

(b) возможность изменения обстоятельств не могла быть разумно учтена в момент заключения договора; и

(c) риск изменения обстоятельств не является тем риском, который, в соответствии с договором, должна нести пострадавшая сторона.

...

б) применение существенного изменения обстоятельств для обоюдного заблуждения сторон?

Существенным ограничением Принципов по отношению к немецкому и азербайджанскому праву является запрет применения нормы о существенном изменении обстоятельств к случаям обоюдного заблуждения сторон до заключения договора, предусмотренные правом Германии и Азербайджана (пример: стороны думали, что участок для строительства, а оказалось, что только для ведения сельского хозяйства). Следует ли Казахстану последовать опыту Германии и Азербайджана и ввести возможность применения нормы о существенном изменении обстоятельств в случае обоюдного заблуждения сторон до заключения договора или последовать опыту Англии и России– сложный вопрос, требующий специального исследования. Возможным компромиссом могло бы быть не включение предусмотренного пп. 1 п. 2 ст. 6.111 Принципов условия «изменение обстоятельств произошло после заключения договора», тем самым суды могли бы впоследствии сами расширительно толковать нормы о существенном изменении обстоятельств и при необходимости применить их к обоюдному заблуждению сторон. В конце концов немецкие суды развили эту норму при полном отсутствии законодательного регулирования, а азербайджанские суд практически не применяют, несмотря на прямое указание ГК.

3. Обязанность ведения переговоров

Новым трендом, предусмотренным в немецком праве с 2002 года и в Принципах Европейского договорного права 1998/2002 года, является наличие обязанности у сторон вести переговоры в случае существенного изменения обстоятельств. В Принципах непосредственно (п. 3 ст. 6.111), а в Германии практикой Верховного суда установлено, что отказ от ведения переговоров ведет к обязанности возмещения ущерба нанесенного подобным отказом.

Этот подход не находит своего отражения ни в азербайджанском, ни в российском кодексах. На сегодняшний день все передовые правовые нормы в первую очередь затачиваются на достижение согласия межу сторонами правоотношения. Достижение сторонами компромисса в любом случае лучше даже самого качественного решения суда. Именно в этом смысле следует понимать и обязательство вести переговоры. Наибольшим риском подобных инструментов является, однако, возможность недобросовестным участником правоотношения затягивания спора. Поэтому порог возможности обращения в суд должен быть невысоким.

Необходимо отметить, что п. 2 ст. 402 ГК РК уже предусматривает претензионный порядок для всех случаев прекращения и изменения договоров. Т.е. без первоначальной коммуникации между сторонами обращение в суд невозможно. Остается вопрос: следует ли предусматривать обязанность другой стороны договора вести переговоры и вследствие обязанность возмещения ущерба в случае отказа от ведения переговоров. В принципе, подобное регулирование было бы прогрессом. Однако с практической точки зрения нельзя недооценивать новизну подобного подхода для гражданского права Казахстана, которое на сегодняшний день содержит очень ограниченное количество норм, обязывающих стороны договора со-

трудничать друг с другом (см. ст. 629 содействие заказчика), и все они содержат четко описанные обязанности. Введение общей обязанности ведения переговоров должно быть детально подготовлено и сопровождаться разъяснениями Верховного суда. Только в этом случае можно будет противостоять с одной стороны возможности затягивания переговоров, а с другой стороны подвести стороны к компромиссному решению спора без привлечения суда.

В этой связи полезно будет учесть формулировки Принципов УНИДРУА 2010 г., в которых установлено, что обращение к другой стороне должно быть незамедлительным и должно содержать обоснование, обращение не освобождает сторону от обязанности исполнения, переговоры должны быть проведены в разумный срок.

4. Правовые последствия

В отличие от условий, при которых нормы о существенном изменении обстоятельств должны применяться, правовые последствия, предусмотренные этими нормами, существенно различаются в представленных правопорядках.

С одной стороны английское право, которое предусматривает в качестве единственного варианта прекращение договора, а на другом конце немецкий подход, где прекращение договора является исключением – суды ФРГ призваны в первую очередь адаптировать договор к изменившимся условиям. Между этими подходами находятся Россия и Азербайджан, где прекращение договора является правилом, а его адаптация исключением.

Применение Казахстаном английского подхода в данном случае не представляется целесообразным. В отличие от Англии, суды в Казахстане не так строго интерпретируют принцип свободы договора и еще одно, оправданное исключение не будет являться решающим.

Однако и обязывание судов рассматривать в качестве приоритета расторжение (Россия, Азербайджан) либо адаптацию (Германия) не представляются целесообразными. Полную свободу выбора судам предлагают как Принципы Европейского договорного права, так и Принципы УНИДРУА

...

(3) Если стороны не достигли соглашения в разумный срок, суд вправе:

(a) прекратить договор с момента и на условиях, определяемых судом; либо

(b) изменить договор в целях обоснованного и справедливого распределения между сторонами потерь и доходов, вызванных изменением обстоятельств.

...

Данный подход дает судам необходимую свободу действий. Этот подход предполагает, однако активную работу по обобщению судебной практики и подготовке методических рекомендаций, которые позволят обеспечить единообразие и приемлемость решений.

К последствиям прекращения и изменения договоров будет применяться ст. 402 ГК РК. Данная норма недостаточно четко решает вопрос судьбы исполнения осуществленного до наступления изменения обстоятельств. Возможности кондикции в гражданском праве Казахстана описаны довольно ограниченно[24]. В этой связи необходимо реформировать и эти нормы, чтобы норма о существенном изменении обстоятельств могла работать полноценно, как это сделал в свое время английский законодатель, приняв Frustration Act. Однако, учитывая концептуально иной подход Казахстана к законодательной деятельности, фрагментарное решение принятое английским правом в рамках Frustration Act не самая подходящая альтернатива. Более целесообразным для Казахстана представляется реформа всех случаев, предусмотренных ст. 402 ГК РК.

VI. Заключение

Опыт стран с существенным изменением обстоятельств наглядно показывает, что развитые правовые системы в состоянии реагировать на требования гражданского оборота, причем реагирует в первую очередь судебная система. Однако каждая из систем выбирает путь подходящий ей. Несмотря на похожие исходные позиции английское и немецкое право развили существенно различающиеся подходы. В немецком праве концепция Wegfall der Geschäftsgrundlage разработана более детально и применяется более последовательно, английское же право после изначально широкого применения сужает сферу действия frustration. При этом ни в коем случае нельзя говорить о правильности того или иного подхода. Относительный успех Wegfall der Geschäftsgrundlage в немецком праве можно попытаться объяснить догматичностью немецкого права, рассчитанного на систему, где судьи назначаются на должность практически сразу после второго государственного экзамена, и от них требуется умение применять право и юридическая наука имеет высокий авторитет. То есть система склонна развивать общие правила для случаев применения абстрактных

[24] *Решение Коллегии по гражданским делам Верховного суда Азербайджанской Республики от 3 июля 2015 г № 2(102)-2805/15.*



норм права. Тогда как английское правосудие сильно ориентировано на опыт и личный авторитет судей, которые выбираются из числа опытных юристов (в основном барристеров и солиситоров) и имеют довольно широкое усмотрение, которым они охотно воспользуются. В то же время опыт России, и в особенности Азербайджана, показывает, что законодательное закрепление не является достаточным условием для успешного применения нормы права. Для таких сложных в применении институтов, как существенное изменение обстоятельств, необходимо желание и готовность всего юридического сообщества развивать свое право.

Особое внимание при рецепции новых институтов права необходимо уделять современным модельным кодификациям, над которыми на протяжении нескольких десятилетий работают ведущие мировые компаративисты, пытаясь почерпнуть из всех систем лучший опыт. Существенное изменение обстоятельств не является исключением. Взвешенный и, как правило, более гибкий подход предлагаемые Принципами Европейского договорного права 1998/2002 и Принципами договорного права УНИДРУА 2010 зачастую являются хорошими альтернативами исторически сложившимся институтам национальных правопорядков.

Свой выбор в пользу то или иной модели Казахстан должен делать исходя из собственных потребностей и в меру готовности правовой системы. Причем подготовка, в том числе повышение квалификации, юристов ни в коем случае не должны отставать от законодательной деятельности. Немецкий и английский опыт показывают, что хорошо подготовленные юристы сами способны развивать право. Лучше, как в Германии, 80 лет использовать право и потом внести его в писаный закон, чем принять закон и не применять 80 лет.

ЛИТЕРАТУРА

1. Однако и иной подход был представлен в литературе Windscheid, Bernhard: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung / Von Bernhard Windscheid Düsseldorf : Buddeus , 1850 - VI, 213 S.

2. Peel, The Law of Contract 19-006. 400 pages Publisher: Sweet & Maxwell; 13th Revised edition edition (30 Sept. 2011)

3. Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung3(1963); Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos (1971); Ulmer, Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung, AcP 174 (1974), 167.

4. Ильясова К.М. Возврат исполненного при расторжении договора, ИС Параграф.

REFERENCES

1. Odnako i inoy podhod byil predstavlen v literature Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (1850).

2. Peel, The Law of Contract 19-006. 400 pages Publisher: Sweet & Maxwell; 13th Revised edition edition (30 Sept. 2011)

3. Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung3(1963); Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos (1971); Ulmer, Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung, AcP 174 (1974), 167.

4. Ilyasova, Vozvrat ispolnennogo pri rastorzhenii dogovora, IS Paragraf.

УДК 347

НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ ДОГОВОРА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН НА ОСНОВЕ ПОЛОЖЕНИЙ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА И МОДЕЛЬНЫХ ПРАВИЛ ЕВРОПЕЙСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

(Представленный в статье материал был ранее опубликован в книге «Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика» / Под ред. А.Г. Диденко. – Алматы: Каспийский университет, 2017. - Вып. 50.- 408 с. - С. 361-370).

Нестерова Елена Викторона
Ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, к.ю.н., ассоциированный профессор кафедры «Юриспруденция» Высшей школы права «Әділет» Каспийского университета; г. Алматы, Республика Казахстан; e-mail: homeevn@mail.ru

Ключевые слова: *гражданское законодательство; частное право; убытки; абстрактные убытки; недоказанные убытки; договорная ответственность.*

Аннотация. *Настоящая статья посвящена исследованию подходов, сложившихся в английском праве в части регламентации вопросов ответственности за нарушение обязательств. Также автором рассмотрены нормы Модельных правил европейского частного права (DCFR) о порядке взыскания убытков (неустойки) за нарушение договоров. Проведен сравнительно-правовой анализ зарубежных правовых институтов с нормами Гражданского кодекса РК о гражданско-правовой ответственности.*

Содержание статьи включает в себя поэтапное изложение канонов английского права и положений DCFR о режиме ответственности в обязательственном праве. На основе проведенного исследования формулируются предложения, направленные на совершенствование казахстанского законодательства.

Тематика статьи представляется весьма актуальной для Казахстана, осуществляющего ряд правовых реформ, в том числе в области совершенствования гражданского законодательства, ориентируясь на положения английского права. В настоящее время в Казахстане проводятся юридические исследования, направленные на выявление гражданско-правовых идей и конструкций, которые могут быть дозированно имплементированы в отечественное законодательство из английского права с обоснованием соответствующей возможности через призму нужд правоприменительной практики и достижений казахстанской цивилистической доктрины. В этой связи изучение автором в рамках статьи положений казахстанского законодательства о договорной ответственности и выработка рекомендаций в части возможности имплементации английских подходов являются очень своевременными.

В статье проанализированы такие категории, как «абстрактные убытки» и «недоказанные убытки», высказаны предложения о восприятии конструкции «заведомо оцененных убытков», а также о придании универсального характера праву суда на снижение согласованного в договоре платежа за нарушение обязательства.

АҒЫЛШЫН ҚҰҚЫҒЫ ЕРЕЖЕЛЕРІ ЖӘНЕ ЕУРОПАЛЫҚ ЖЕКЕ ҚҰҚЫҚТЫҢ МОДЕЛЬДІК ҚАҒИДАЛАРЫ НЕГІЗІНДЕ ҚАЗАҚСТАН РЕСПУБЛИКАСЫНЫҢ ЗАҢНАМАСЫ БОЙЫНША ШАРТТЫ БҰЗҒАНЫ ҮШІН ЖАУАПКЕРШІЛІКТІ ҚҰҚЫҚТЫҚ РЕТТЕУДІ ЖЕТІЛДІРУ БАҒЫТТАРЫ

(бұл материал бұрын А.Г. Диденко редакциялауымен «Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика» атты кітабында жарияланған. – Алматы: Каспий университеті, 2017. - Шыг. 50. - 408 б. - 361-370 бб).

Елена Викторовна Нестерова
Қазақстан Республикасы Заңнама институтының жетекші ғылыми қызметкері, з.ғ.к., Каспий университеті «Әділет» жоғары құқық мектебінің «Құқықтану» кафедрасының қауымдастырылған профессоры;
Алматы қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: homeevn@mail.ru

Түйін сөздер: *азаматтық заңнама; жеке құқық; шығын; дерексіз шығын; дәлелденбеген шығын; келісім шарт жауапкершілігі.*

Аннотация. *Аталған мақала ағылшын құқығындағы міндеттемелерді бұзғаны үшін жауапкершілік мәселелерін регламенттеуге қатысты қалыптасқан амалдарды зерттеуге арналған. Сонымен бірге автормен келісім шарттардың бұзылғандығы үшін шығындарды (тұрақсыздық) өндіріп алу тәртібі туралы Еуропалық жеке құқықтың Модельдік ережелерінің (DCFR) нормаларын қарастырған. Азаматтық-құқықтық жауапкершілік туралы Шетелдік құқықтық институттар мен ҚР азаматтық кодекс нормаларына салыстырмалы-құқықтық талдаулар жүргізілген.*

Мақаланың мазмұнында міндеттемелік құқықтағы жауапкершілік режим туралы DCFR ережелері мен ағылшын құқығындағы қағидалар кезең-кезеңімен баяндалған. Жүргізілген зерттеудің негізінде қазақстандық заңнаманы жетілдіруге бағытталған ұсыныстар қалыптастырылған.

Мақаланың тақырыбы ағылшын құқығының ережелеріне бағдарланған азаматтық заңнаманы жетілдіру саласында бірқатар құқықтық реформаларды жүзеге асыратын Қазақстан үшін өте маңызды болып табылады. Қазіргі кезде Қазақстанда қазақстандық цивилистикалық доктринаның жетістіктері мен ағылшын құқығынан құқық қолданушылық практикасының қажеттілік призмасы арқылы сәйкес мүмкіндіктерге негізделген отандық заңнамаға имплементациялануы мүмкін азаматтық-құқықтық идеяларды және құрастырылымдарды анықтауға бағытталған заңды зерттеулер жүргізілуде. Осыған орай, мақала аясында автормен зерттелген келісім шарт жауапкершілігі туралы қазақстандық заңнаманың ережелері мен ағылшындық амалдарды имплементациялау мүмкіндігіне қатысты ұсыныстардың қалыптастырылуы уақтылы болып саналады.

Мақалада «дерексіз шығын» және «дәлелденбеген шығын» категориялары талданған, «әдейі бағаланған шығын» құрастырылымының түсіндірілуі туралы, сондай-ақ, міндеттемені бұзғаны үшін келісім шартта келісілген төлемдерді төмендету сот құқығына жан-жақты сипат беру туралы ұсыныстар көрсетілген.

THE DIRECTIONS TO IMPROVE LEGAL REGULATION OF LIABILITY FOR BREACH OF CONTRACT UNDER THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN BASED ON THE PROVISIONS OF ENGLISH LAW AND THE MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW

(The material presented in the article was previously published in the book «Civil Legislation, Articles, Comments, Practice» / Edited by AG Didenko. Almaty: The Caspian University, 2017. Issue. 50.-408 p. - P. 361-370).

Nesterova Yelena Viktorovna
Candidate's Degree in Jurisprudence, Associate professor of the «Jurisprudence» department of the Higher School of Law «Adilet» of the Caspian University, Leading researcher of the civil, civil procedural legislation and executive proceedings department of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, Almaty, Kazakhstan; e-mail: homeevn@mail.ru

Keywords: *civil law; private law; damages; abstract damages; unproven damages, contractual liability.*

Abstract. *The article is devoted to the study of the approaches developed in English law regarding the regulation of liability issues for breach of obligations. Also, the author examined the rules of the Model rules of european private law (DCFR) on the procedure for collecting damages (penalties) for breach of contracts. A comparative legal analysis of foreign legal institutions and the rules of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan on the issues of civil liability have been carried out.*

The content of the article includes a step-by-step presentation of the canons of English law and the provisions of the DCFR on the liability regime in the obligation law. Based on the conducted research, proposals aimed at improving Kazakhstan's legislation are formulated.

The topic of the article is very relevant for Kazakhstan that is carrying out a number of legal reforms in the field of improving of the civil legislation focusing on the provisions of English law. At present, legal studies are conducted in Kazakhstan, aimed at identifying civil legal ideas and designs that can be dosed implemented in the domestic legislation from English law with the justification of the corresponding possibility through the prism of the needs of law enforcement practice and the achievements of the Kazakhstan's civil doctrine. In this regard, the author's study of the provisions of the Kazakhstan legislation on contractual liability and the development of recommendations regarding the possibility of implementing English approaches within the article are very timely.

The article analyzed such categories as «abstract damages» and «unproven damages», made suggestions on the perception of the design of «liquidated damages», as well as on giving a universal character to the court's right to reduce the payment agreed upon the contract for violation of the obligation.

За годы, прошедшие со времени обретения Казахстаном независимости, в предпринимательской среде состоялись кардинальные изменения, связанные с расширением договорных типов коммерческих связей, усложнением механизмов корпоративных отношений, постоянным ростом числа внешнеэкономических сделок и притоком в страну иностранных инвестиций. Интеграционные процессы служат серьезной предпосылкой проникновения в казахстанскую правовую действительность зарубежного опыта регулирования экономических отношений, а правоприменительная практика испытывает устойчивое влияние иностранных договорных институтов.

В казахстанском частном праве можно найти немало примеров заимствования юридических институтов, рожденных в рамках тех или иных зарубежных правовых систем, но успешно воспринятых посредством их адаптации в казахстанском законодательстве и правоприменительной практике. Так, сегодня не подвергается сомнениям целесообразность состоявшегося внедрения в 1999 году в Особенную часть Гражданского кодекса РК таких ранее неизвестных казахстанскому праву договорных конструкций, как франчайзинг, факторинг, лизинг, доверительное управление имуществом и т.п. В качестве иллюстраций имплементации иностранного права можно привести положения действующих казахстанских Законов «О проектном финансировании и секьюритизации», «О концессиях» и др. Идея государственно-частного партнерства, которая сегодня воплощена в Предпринимательском кодексе РК и Законе РК «О государственно-частном партнерстве», изначально основана на британской модели взаимодействия государства с частными структурами, которая в конце 90-х гг. XX века представляла собой модернизированную английскую концепцию управления государственной собственностью. Или, например, при выборе казахстанской модели управления государственными активами, основу которой составляет деятельность АО ФНБ «Самрук-Казына», был также изучен и заимствован передовой зарубежный опыт функционирования государственных холдингов в качестве одного из самых действенных механизмов повышения эффективности управления государственными активами. В частности, в Казахстане была имплементирована ведущая мировая практика создания государственных холдингов (Temasek (Сингапур), IRI (Италия), OelAG (Австралия).

Перечень примеров адаптации в казахстанском праве различных иностранных правовых инструментов можно продолжать довольно долго, что свидетельствует об открытости Казахстана к процессам интернационализации и гармонизации права, в условиях которых национальное право развивается гораздо успешней, благодаря взаимообогащению и обмену опытом с другими странами. Современная законотворческая деятельность многих государств демонстрирует широкое распространение и высокую востребованность таких приемов, как имплементация и рецепция отдельных концепций зарубежного права, которые, безусловно, нельзя отнести лишь к элементам истории развития правовых систем современности.

В этой связи исследование подходов регулирования ответственности за нарушение договорных обязательств, сложившихся в английском праве, получившем наибольшее распространение в казахстанской договорной практике, опосредующей отношения с иностранным элементом, видится весьма перспективным в целях обогащения и совершенствования на его основе соответствующих положений Гражданского кодекса РК. В сравнительно-правовом ракурсе также интересны Модельные правила европейского частного права (DCFR), которые были изданы в Германии в 2009 году, а в последствии и на русском языке в России (2013 г.). Как

утверждает научный редактор русского издания DCFR Н.Ю. Рассказова, «DCFR является важным шагом на пути примирения правовых систем гражданского и общего права. Наши сетования на агрессивное проникновение элементов англо-американского права в отечественный правопорядок (как и в право стран континентальной Европы) делу не помогут. Видимо, пришло время признать, что процесс носит объективный характер. И чтобы направить его в «мирное» русло, нужно как минимум сравнить подходы к регулированию сходных институтов, понять «чужую» правовую логику, выделить точки соприкосновения с ней и только на этой основе отрицать либо принимать новшества, которые привносит в развитие континентального права common law. С этой точки зрения трудно переоценить работу, проделанную создателями DCFR. Среди них были представители всех государств - участников Евросоюза, поэтому при разработке DCFR анализировалась и учитывалась практика стран и гражданского, и общего права» [1].

Мы склонны полагать, что любые предложения, направленные на совершенствование гражданского законодательства на основе зарубежного опыта, должны быть, прежде всего, ориентированы на нужды правоприменительной практики. Там, где прикладные потребности явно опережают законотворческий процесс, и практика на свой страх и риск использует устоявшиеся в зарубежном и международном праве правила и терминологию, необходимо точечное вмешательство государства с тем, чтобы на законодательном уровне ввести в гражданское право РК соответствующие положения, дабы исключить проблему пробелов в регулировании имущественных отношений. Именно в таком ключе правовое регулирование договорной ответственности в Казахстане, как представляется, могло бы быть усовершенствовано с ориентирами на зарубежный опыт нормотворчества и правоприменения. Как известно, в настоящее время перед казахстанским законодателем стоит масштабная задача по имплементации отдельных положений английского права в действующее законодательство. Речь ведется о создании новых законодательных правил, которые должны обогатить наше гражданское право посредством трансформации зарубежных норм в отечественное законодательство с учетом национальных правовых традиций и стандартов юридической техники.

В гражданском праве Казахстана институт имущественной ответственности за нарушение договорных обязательств определенно сохраняет свою актуальность. Об этом свидетельствуют и постоянный научный интерес правоведов к проблемам регулирования гражданско-правовой ответственности, и систематические поправки в отечественное законодательство, направленные на усовершенствование мер ответственности участников гражданского оборота[1] и неоднозначная судебная и арбитражная практика в области взыскания убытков и неустойки. Положения действующего законодательства, регламентирующие договорную ответственность, во многом воспринявшие и сохранившие догмы советского гражданского права, не всегда адекватны к новым типам договорных связей, складывающихся в условиях рынка и привлечения в страну иностранных инвестиций, что подразумевает необходимость их совершенствования по двум основным направлениям:

- во-первых, расширение границ основополагающего гражданско-правового принципа свободы договора, которое должно позволять договорным контрагентам проявлять большую самостоятельность и независимость при формировании условий, предусматривающих основания, размеры и виды ответственности за нарушение обязательств;

- во-вторых, расширение пределов осуществления судейского усмотрения, которое должно явиться гарантией справедливого рассмотрения споров об ответственности за нарушение договора и защиты интересов добросовестных участников гражданского оборота.

Компенсационный характер ответственности за нарушение договора. Правила ответственности за нарушение договора в Англии сформулированы, в основном, в «Judge made law» (праве, созданном на основе судебной практики). При возмещении убытков в доктрине англо-американского права, прежде всего, выделяют так называемый «Положительный договорный интерес» (expectancy interest), который заключается в том, что потерпевшая сторона должна быть поставлена возмещением убытков в такое же положение, в каком она находилась бы, если бы договор был исполнен.

Схожее по своему содержанию правило закреплено в DCFR: «Общий объем возме-

[1] *В этом аспекте нельзя, в частности, не упомянуть недавно принятый в РК Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам усиления защиты права собственности, гарантирования защиты договорных обязательств и ужесточения ответственности за их нарушение» от 17 июля 2015 года. В ходе его разработки и обсуждения предлагались и рассматривались многие прогрессивные новеллы, которые, к сожалению, в итоге не попали в финальную редакцию этого Закона.*

щения убытков, причиненных неисполнением обязанности, составляет сумму, которая достаточна для того, чтобы кредитор оказался насколько возможно в том положении, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом. Такое возмещение покрывает ущерб, который понес кредитор, а также выгоду, которой кредитор лишился» (III.-3:702: Общий объем возмещения убытков [2].

Полагаем необходимым ввести соответствующую норму в п. 4 ст. 9 ГК РК в целях усиления компенсационного принципа гражданско-правовой ответственности.

Состав и доказывание убытков. Общее правило, относящееся к убыткам, состоит в том, что понесенные убытки должны быть взысканы. На основании законодательства Казахстана убытки состоят из реального ущерба и упущенной выгоды. Реальный ущерб означает расходы, которые произведены или будут произведены лицом, чье право нарушено, утрату или повреждение его собственности. Упущенная выгода определяется, как выгода, которую лицо могло бы получить при нормальных условиях оборота, если бы его право не было нарушено (п. 4 ст. 9 Гражданского кодекса РК).

Исходя из общего принципа, что сторона, заявляющая материальные требования, должна обосновать основания и размер своих притязаний, судебная практика как советского периода, так и современная основывается на том, что подлежат взысканию только определенные (доказанные) убытки, размер которых точно рассчитан взыскателем. При этом на практике наибольшие сложности возникают с расчетом упущенной выгоды. В социалистический период планового хозяйства обоснование было простое: суды исходили из того, было или нет запланировано получение той или иной прибыли. Сейчас суды исходят из того, реально ли было получение той выгоды, на которую претендует истец. Степень реальности оценивается в каждом конкретном случае; общих рекомендаций не только в законодательстве, но и в науке пока не выработано. В соответствии с п. 4 ст. 350 Гражданского кодекса РК при определении размера упущенной выгоды учитываются меры, предпринятые кредитором, для ее получения и сделанные с этой целью приготовления. В силу существующих сложностей в определении размера убытков, с которыми сталкиваются участники гражданского оборота, отдельными исследователями предлагаются формулы расчета размера убытков [3]. Однако применение соответствующих методик расчета убытков не всегда эффективно в тех случаях, когда сам факт причинения убытков доказан, но по каким-либо объективным причинам отсутствует возможность установить их точную сумму.

Свобода судейского усмотрения в английском праве позволяет суду взыскать убытки в том случае, если достоверно доказан факт их причинения, но при этом взыскатель затрудняется подтвердить точный размер понесенных им потерь.

В этой связи также обращает на себя внимание правило, закрепленное в Принципах УНИДРУА, согласно которому, если размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение их размера осуществляется по усмотрению суда [4].

Внедрение изложенного правила в отечественное гражданское законодательство применительно к определению размера убытков существенно упростило бы бремя доказывания таких убытков, отдав соответствующий вопрос на усмотрение суда.

Следующее правило, нашедшее свое закрепление в английском праве, обычно именуется «абстрактными убытками» и заключается в том, что мера убытков презюмируется равной разнице между договорной ценой и рыночной ценой на момент нарушения договора[2]. Адаптируя указанный английский подход к казахстанскому законодательству, идея будет состоять в распространении способов исчисления убытков, применяемых при расторжении договора поставки (ст. 477 ГК РК), на все другие договоры. Действительно, предусмотренные ст. 477 ГК РК правила о возмещении разницы между ценой, установленной в расторгнутом договоре, и ценой по совершенной взамен сделке (или текущей ценой) представляют собой весьма удобный механизм расчета убытков за нарушение договоров и могли бы носить универсальный характер.

Аналогичное общее правило предусмотрено и в DCFR: «Если кредитор прекратил договорные отношения полностью или в части в соответствии с Разделом 5 и в разумный срок и разумным образом заключил заменяющую сделку, он вправе в той мере, в какой он имеет право на возмещение убытков, взыскать разницу между ценой того, что должно было быть предоставлено в рамках прекращенных отношений, и ценой того, что должно быть предоставлено по заменяющей сделке, а также иные дополнительные убытки» (III.-3:706: Заменяющая сделка). Однако и в том случае, когда заменяющая сделка не совершена, кредитор сохраняет право на воз-

[2] *Sale of Goods Act 1979.*

мещение убытков по правилу «текущей цены»: «Если кредитор прекратил договорные отношения полностью или в части в соответствии с Разделом 5 и в разумный срок и разумным образом не заключил заменяющую сделку и при этом существует текущая цена исполнения обязательства, он вправе в той мере, в какой он имеет право на возмещение убытков, взыскать разницу между ценой договора и текущей ценой, существующей в момент прекращения договора, а также дополнительные убытки»[3].



По поводу категории «абстрактных убытков» М.И. Брагинский и В.В. Витрянский справедливо указывают, что в силу существующих общих норм суды и так имеют право по требованию заинтересованной стороны использовать правило цены заключенной взамен сделки и текущей цены [5]. Но было бы нелишним закрепить соответствующее правило законодательно.

Следующий аспект рассматриваемой проблемы упирается в необходимость законодательного обеспечения прозрачных и простых правил расчета упущенной выгоды в тех случаях, когда лицо, нарушившее обязательство, получило вследствие этого необоснованные доходы.

По английскому праву, истцу может присуждаться сумма, соответствующая незаконно полученной прибыли ответчика.

Согласно части второй п. 2 ст. 15 Модельного Гражданского кодекса для государств – участников Содружества Независимых Государств, принятого Постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств - участников Содружества Независимых Государств (г. Санкт-Петербург, 29 октября 1994 года)[4] прямо предусмотрено право кредитора на взыскание упущенной выгоды в размере не меньшем, чем необоснованные доходы нарушителя. Аналогичная норма воспроизведена в ст. 15 ГК РФ.

На основе заимствования данных правил, в частности, предлагается установить в ГК РК норму, согласно которой, если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, то лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы. Предлагаемый способ расчета упущенной выгоды позволит усилить ответственность за нарушение договорных обязательств и смягчить бремя доказывания упущенной выгоды. Рассмотрим условную ситуацию. Если поставщик не исполнил свое обязательство по поставке товара, то у покупателя, по общему правилу, есть право обосновать и взыскать и реальный ущерб, и упущенную выгоду. Бремя доказывания будет лежать на покупателе. Если же поставщик не исполнил обязательство по поставке индивидуализированного товара на сумму 1 млн. тенге, но при этом установлено, что он продал товар, являвшийся предметом соответствующей поставки, другому лицу за 1,5 млн. тенге и извлек из этого необоснованный доход в размере 0,5 млн. тенге, то у потерпевшей стороны (покупателя) появляется дополнительная возможность взыскать упущенную выгоду в размере суммы необоснованного дохода, полученного другой стороной.

Предлагаемая норма не изменяет общее определение упущенной выгоды (неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено). Как видно из изложенного выше примера, тот факт, что поставщик извлек доход в размере 0,5 млн. тенге, вовсе не исключает, что при обычном обороте и покупатель, мог бы извлечь такой

[3] *Модельные правила европейского частного права. М.: Статут, 2013. С. 119, 120.*

[4] *Модельный Гражданский кодекс для государств - участников Содружества Независимых Государств от 29 октября 1994 года // ИС «Параграф».*



же доход, если бы поставщик надлежаще исполнил свои обязательства. Другой вопрос, что по текущей редакции п. 4 ст. 9 и п. 4 ст. 350 ГК РК покупатель попросту не сможет доказать свою упущенную выгоду, если только не представит суду в качестве доказательства свой «сорвавшийся» из-за действий поставщика контракт или другие меры, предпринятые им, для получения выгоды и сделанные с этой целью приготовления. А таковых может и не быть. В итоге получается, что покупатель в большинстве случаев претендует лишь на возврат той суммы, которую он уплатил по договору и прочих сумм реального ущерба (ст. 477 ГК РК). Упущенную выгоду он взыскать, как правило, не может, даже когда она явно видна из действий самого поставщика.

Изложенное правило взыскания необоснованной выгоды в договорных обязательствах установит новый способ расчета упущенной выгоды, существенно смягчив бремя доказывания упущенной выгоды для договорного контрагента. Иными словами, если есть факт того, что лицо, нарушившее право другого лица, извлекло вследствие нарушения доход, то потерпевшему уже не нужно будет доказывать, что и он мог бы извлечь такой же доход в качестве своей упущенной выгоды. Это обстоятельство будет считаться доказанным.

Схожая по своему содержанию норма уже предусмотрена в действующем законодательстве применительно к частному случаю корпоративной ответственности. Имеется в виду Закон РК «Об акционерных обществах», который в п. 2 ст. 63 устанавливает: «2. Общество на основании решения общего собрания акционеров или акционер (акционеры), владеющий (владеющие в совокупности) пятью и более процентами голосующих акций общества, от своего имени вправе обратиться в суд с иском к должностному лицу о возмещении обществу вреда либо убытков, причиненных им обществу, а также о возврате обществу должностным лицом и (или) его аффилиированными лицами прибыли (дохода), полученной в результате принятия решений о заключении (предложения к заключению) крупных сделок и (или) сделок, в совершении которых имеется заинтересованность, повлекших возникновение убытков общества, в случае если должностное лицо действовало недобросовестно и (или) бездействовало». Процитированная норма позволяет обществу взыскивать не только убытки в их общепринятом понимании (когда на обществе лежит бремя их доказывания), но и всего дохода, который необоснованно получили лица, причинившие обществу убытки.

Заведомо оцененные убытки. Альтернативой взысканию компенсационных убытков, по английскому праву, является взыскание заранее оцененных убытков (liquidated damages) в соответствии с положением договора, если соответствующее условие предусмотрено. Сумма заранее оцененных убытков должна быть добросовестной попыткой оценки возможных фактических убытков. Если суд сочтет, что сумма заранее оцененных убытков слишком велика, то положение договора может быть признано недействительным. Тогда суд взыщет лишь обычные компенсационные убытки.

Схожим образом в DCFR предусмотрено, что «Если условиями обязательства предусмотрено, что должник, нарушивший

обязанность, обязан уплатить кредитору за такое неисполнение определенную сумму, кредитор вправе требовать уплату такой суммы независимо от фактического ущерба.

Однако даже если предусмотрено иное, сумма, установленная таким образом договором или иным юридическим актом, может быть уменьшена до разумного предела в тех случаях, когда она в значительной степени не соответствует ущербу, причиненному в результате неисполнения, и иным обстоятельствам» (III.-3:712: Согласованный платеж за неисполнение) .

На первый взгляд, может сложиться впечатление, что изложенные выше правила тождественны предусмотренным ГК РК положениям о неустойке в форме штрафа (заранее определенной твердой денежной сумме), однако, сумма заранее оцененных убытков взыскивается взамен действительных убытков, даже если она меньше (или больше) суммы убытков, поскольку именно об этом договорились стороны. Соответственно, если проводить параллели с неустойкой, то речь могла бы вестись только об исключительной неустойке, которая, согласно новелле Закона РК от 27 февраля 2017 года и устоявшемуся в научной литературе подходу, может устанавливаться только в законодательных актах, но не в договоре.

Мы полагаем, что применительно к договорам с участием предпринимателей столь категоричный подход отечественного законодателя, не допускающий оценку и включение в договоры заведомых убытков, вряд ли оправдан. В целях реализации принципа свободы договора в коммерческих сделках представляется верным дополнение ГК РК правилом о взыскании заранее оцененных убытков в соответствии с условиями договора. Наряду с этим необходимо предусмотреть и право суда скорректировать соответствующую сумму, если она явно несправедлива и несоразмерна фактическим убыткам потерпевшего.

В казахстанском законодательстве подобное дискреционное полномочие суда предусмотрено лишь в ст. 297 ГК РК, делегирующей суду право по требованию должника снизить размер неустойки, если ее размер чрезмерно велик по сравнению с убытками кредитора. При этом такие обеспечительные средства, как задаток и гарантийный взнос, денежные суммы которых, определяемые в договорах на основании свободного усмотрения сторон, также могут значительно превышать фактические убытки кредитора, не предусматривают право суда на снижение их размера. Думается, что право суда на снижение согласованного в договоре платежа за нарушение обязательства должно носить универсальный характер и de lege ferenda подлежит распространению, в том числе и на суммы задатка и гарантийного взноса.

ЛИТЕРАТУРА

1. Рассказова Н.Ю. (ред.). Модельные правила европейского частного права. М.: Статут, 2013. С. 3.
2. Модельные правила европейского частного права. М.: Статут, 2013. С. 119.
3. См., например, Басин Ю.Г. Определение размера убытков, подлежащих взысканию за нарушение обязательства внешнеэкономической коммерческой поставки // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. – Избранное. Т.1 / Под ред. А.Г. Диденко. – Алматы: Раритет, Институт правовых исслед. и анализа, 2008. – С. 264.
4. Принципы международных коммерческих договоров: Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 229.
5. См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. 2-е изд. М., 2003. С. 123.

REFERENCES

1. Rasskazova N.Yu. (red.). Modelnyie pravila evropeyskogo chastnogo prava. M.: Statut, 2013. S. 3.
2. Modelnyie pravila evropeyskogo chastnogo prava. M.: Statut, 2013. S. 119.
3. Sm., naprimer, Basin Yu.G. Opredelenie razmera ubyitkov, podlezhaschih vzyiskaniyu za narushenie obyazatelstva vneshneekonomicheskoy kommercheskoy postavki // Grazhdanskoe zakonodatelstvo. Stati. Kommentarii. Praktika. – Izbrannoe. T.1 / Pod red. A.G. Didenko. – Almatyi: Raritet, Institut pravovyih issled. i analiza, 2008. – S. 264.
4. Printsipyi mezhdunarodnyih kommercheskih dogovorov: Per. s angl. A.S. Komarova. M.: Mezhdunarodnyiy tsentr finansovo-ekonomicheskogo razvitiya, 1996. S. 229.
5. Sm.: Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. Dogovornoe pravo. Kn. 1: Obschie polozheniya. 2-e izd. M., 2003. S. 123.

УДК 347.15/18

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ НОРМ РАТИФИЦИРОВАННЫХ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ О ПРАВЕ ДЕТЕЙ-ИММИГРАНТОВ НА РЕГИСТРАЦИЮ РОЖДЕНИЯ И ИМЯ В НАЦИОНАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Конусова Венера Тулеутаевна
Начальник отдела гражданского, гражданско-процессуального законодательства и исполнительного производства Института законодательства РК, к.ю.н., г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: konussova@mail.ru

Тастанова Малика Мейрамбековна
Старший преподаватель кафедры международного права Университета КазГЮУ, г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: budur_t@mail.ru

Ключевые слова: *регистрация рождения; право на имя; свидетельство о рождении; гражданство; миграция; дети.*

Аннотация. *Данная статья подготовлена по результатам анализа казахстанского законодательства на предмет его соответствия международным обязательствам Республики Казахстан. Для более предметного анализа авторы исследовали полноту реализации п. 2 и п. 3 ст. 24 Международного пакта о гражданских и политических правах, гарантирующего право каждого ребенка на имя и регистрацию рождения применительно к детям-иммигрантам.*

В статье приводится обзор международных документов, определяющих основные стандарты в области обеспечения прав детей-иммигрантов на регистрацию рождения и имени, а также анализ действующего законодательства РК на предмет реализации международных стандартов.

Анализируя национальное законодательство, авторы приходят к выводу о том, что законодательные акты Республики Казахстан в точности воспроизводят нормы ратифицированных международных договоров. Вместе с тем основные препятствия надлежащей реализации международных стандартов возникают ввиду ограничительных норм подзаконных актов.

Принимая во внимание, что подзаконные акты ввиду их правовой природы не могут устанавливать какие-либо ограничения реализации прав и обязанностей, авторы указывают на необходимость приведения их в соответствие с законодательными актами и нормами международных актов.

В частности, в статье предлагается внести соответствующие изменения в «Правила организации государственной регистрации актов гражданского состояния, внесения изменений, восстановления, аннулирования записей актов гражданского состояния» и в «Стандарты государственных услуг по вопросам регистрации актов гражданского состояния и апостилирования».

РАТИФИКАЦИЯЛАНҒАН ХАЛЫҚАРАЛЫҚ ШАРТТАРДАҒЫ ИММИГРАНТ-БАЛАЛАРДЫҢ ТУУЫН ЖӘНЕ АТЫН ТІРКЕУ ҚҰҚЫҒЫ ТУРАЛЫ НОРМАЛАРДЫ ҚАЗАҚСТАН РЕСПУБЛИКАСЫНЫҢ ҰЛТТЫҚ ЗАҢНАМАСЫНА ИМПЛЕМЕНТТЕУДІҢ КЕЙБІР МӘСЕЛЕЛЕРІ ТУРАЛЫ

Венера Төлеутайқызы Қоныс
ҚР Заңнама институтының азаматтық, азаматтық іс жүргізу заңнамасы және атқарушылық іс жүргізу бөлімінің бастығы, з.ғ.к., Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: konussova@mail.ru.

Малика Мейрамбекқызы Тастанова
ҚазГЗУ университетінің халықаралық құқық кафедрасының аға оқытышысы Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail:budur_t@mail.ru

Түйін сөздер: *туды тіркеу; аты-жөнге деген құқық; туу туралы куәлік; азаматтық; көші-қон; балалар.*

Аннотация. *Бұл мақала қазақстандық заңнамасының Қазақстан Республикасының халықаралық міндеттемелеріне сәйкестігін талдау нәтижелері бойынша дайындалған. Авторлар пәндік талдау жүргізу мақсатында иммигрант-балаларға қатысты әр баланың өз аты-жөніне және тууының тіркелуіне құқығына кепіл беретін Азаматтық және саяси құқықтар туралы халықаралық пактінің 24-бабының 2 және 3-тармақтарының жүзеге асырылуының толықтығына талдау жасады.*

Мақалада иммигрант-балалардың тууы мен аты-жөнінің тіркелу құқығын қамтамасыз ету саласындағы негізгі стандарттарды анықтайтын халықаралық құжаттарға шолу жасалып, сондай-ақ халықаралық стандарттарды жүзеге асыру пәні бойынша Қазақстан Республикасының қолданыстағы заңнамасына талдау жасалды.

Ұлттық заңнаманы талдай келе, авторлар ҚР заңнамалық актілері ратификацияланған халықаралық шарттардың нормаларымен дәлме-дәл келтіреді деген қорытындыға келді. Алайда, халықаралық стандарттардың тиісінше жүзеге асырылуына негізгі кедергі болып заңға тәуелді актілердегі шектейтін нормалар табылады.

Заңға тәуелді актілер өзінің құқықтық табиғатына қарай құқық пен міндеттерді жүзеге асыруда қандай да болсын шектеулер қоя алмайтындығын назарға ала отырып, авторлар оларды заңнамалық актілер мен халықаралық актілердің нормаларымен сәйкестендіру қажеттілігін көрсетеді.

Сонымен қатар, мақалада «Азаматтық хал актілерін мемлекеттік тіркеуді ұйымдастыру, азаматтық хал актілерінің жазбаларына өзгерістер енгізу, қалпына келтіру, күшін жою қағидаларына» және «Азаматтық хал актілерін тіркеу және апостильдеу мәселелері бойынша мемлекеттік көрсетілетін қызметтер стандарттарына» тиісті өзгертулердің енгізуі ұсынылады.

REGARDING SOME ISSUES OF THE IMPLEMENTATION OF THE NORMS OF RATIFIED INTERNATIONAL TREATIES ON THE RIGHT OF IMMIGRANT CHILDREN TO REGISTER BIRTHS AND THE NAME IN THE NATIONAL LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

Konussova Venera Tuleutayevna
Head of civil, civil procedural legislation and executive proceedings department of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, Candidate of legal sciences, Astana, Republic of Kazakhstan; e-mail: konussova@mail.ru

Tastanova Malika Meirambekovna
Senior lecturer, Higher School of Law, Department of International Law, KAZGUU University Astana, Republic of Kazakhstan; e-mail: budur_t@mail.ru

Key words: *birth registration; the right to have a name; birth certificate; citizenship; migration; children.*

Abstract. *This article has been prepared based on the analysis of Kazakhstan's legislation in regard of its compliance with the international obligations of the Republic of Kazakhstan.*

For a more objective analysis, the authors investigated the completeness of the implementation of paragraph 2 and paragraph 3 of Art. 24 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which guarantees the right of every child to name and register births in relation to immigrant children.

The article provides an overview of international documents that define the basic standards in the field of ensuring the rights of immigrant children to register births and names, as well as an analysis of the current legislation of the Republic of Kazakhstan for the implementation of international standards.

Analyzing the national legislation, the authors have concluded that the legislative acts of the Republic of Kazakhstan accurately reproduce the norms of ratified international treaties. However, the main obstacles to the proper implementation of international standards arise due to restrictive norms of national subordinate to the law regulations.

Considering that subordinate to the law regulations, because of their legal nature, cannot establish any restrictions on the implementation of rights and obligations, the authors point to the necessity of bringing them in line with the legislative acts and norms of international acts.

In particular, the article proposes to make appropriate changes to the «Rules for the Organization of State Registration for Civil Status Acts, Amendments, Restoration, Annulment of Civil Status Records» and «Standards of Public Services Regarding Registration of Civil Status and Apostille».

Введение

Миграция населения является естественным общественным явлением, поскольку постоянное или временное, добровольное или вынужденное перемещение физических лиц из одного государства в другое, а также внутри государства сопряжено с закономерностями развития и существования общества.

В современных условиях интенсивного экономического развития, различных социально-политических преобразований и обстоятельств, а также высокого уровня технического развития прослеживается интенсивная внешняя и внутренняя миграция населения.

Это явление порождает разнообразные последствия и имеет свои риски, как для принимающего общества (государства), так и для самих мигрантов. Как известно, наиболее уязвимой категорией мигрантов являются дети, которые нуждаются в особой опеке. Для полноценного развития ребенка необходимо обеспечить реализацию его прав и свобод. При этом одним из основополагающих прав любого человека является право на имя и равное отношение без дискриминации.

Увы, незнание особенностей правового регулирования принимающего государства, а также несовершенство законодательства усложняют реализацию прав, гарантированных международными стандартами и национальным законодательством.

Наиболее острой остается проблема обеспечения права на имя ребенка, родители которого не имеют удостоверяющих личность и наличие гражданства документов. Данное обстоятельство создает препятствия при регистрации рождения ребенка, выдаче удостоверяющих личность документов и, как следствие, приводит к ущемлению его права на имя.

В этой связи основной целью этой статьи является проведение анализа национального законодательства на предмет выявления характера правового регулирования и гарантий соблюдения права на имя детей-иммигрантов без какой-либо дискриминации, а также определения соответствия законодательства международным обязательствам, взятым Республикой Казахстан (далее – РК)[1].

Следует подчеркнуть, что исследуемая в статье тема подверглась фрагментарному анализу с позиции имплементации норм международных актов во внутреннем законодательстве в контексте соотношения международного и национального права такими учеными как М.Т. Баймаханов, И.П. Блищенко, В.Г. Буткевич, А.С. Гавердовский, Г.В. Игнатенко, Г.И. Курдюков, Д.Б. Левин, И.И. Лукашук, Н.В. Миронов, Р.А. Мюллерсон, А.А. Рубанов, Е.Т. Усенко, С.В. Черниченко, М.А. Сарсембаев, Е.М. Абайдельдинов и др. Имеются известные работы ученых дальнего зарубежья Д. Анцилотти, Г. Кельзена, Дж. Гинзбургса, А. Фердросса и др. Комплексному исследованию данной проблемы посвящены труды М.А. Сарсембаева и Е.М. Абайдельдинова [1, С. 4; 2 С. 8; 3]. Кроме того, в контексте защиты прав ребенка данная тема подвергалась детальному анализу такими учеными, как Ю.Ф. Беспалов, Г.Н. Борзенков, В.Д. Ермаков, А.И. Игнатов, А.А. Магомедов, Э.Б. Мельникова, Ю.Е. Пудовочкин, Е.И. Холостова, Т.М. Чапурко, А.И. Щербаков и др. [4].

Ввиду обширных межотраслевых и междисциплинарных связей данная тема актуальна и интересна для исследования с позиции конституционного, международного и гражданского права.

1. Обзор международных документов, определяющих основные стандарты в области обеспечения прав детей-иммигрантов на регистрацию рождения и имени

Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 г.) (далее – МПГПП) предусматривает в п. 2 и п. 3 ст. 24, что каждый ребенок должен иметь имя и должен быть зарегистрирован немедленно после его рождения. При этом каждый ребенок наделен правом на приобретение гражданства[2].

Кроме того, ст. 26 МПГПП закрепляет равенство всех людей перед законом и **право на равную защиту закона без всякой дискриминации**, что подразумевает недопусти-

[1] *Поскольку согласно пп. 8 ст. 1 Закона Республики Казахстан от 22 июля 2011 года «О миграции населения» применительно к иностранцам или лицам без гражданства, прибывшим в Республику Казахстан для временного или постоянного проживания применяется термин «иммигрант» в содержании статьи, за исключением цитируемого и заимствованного текста, будет использован этот термин.*

[2] *Ратифицирован Законом Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года N 91 «О ратификации Международного пакта о гражданских и политических правах».*

мость какой-либо дискриминации как при реализации, так и при защите права субъектом. Обозначенная норма МПГПП указывает на необходимость законодательного запрета дискриминации, поскольку законом должна быть гарантирована равная и эффективная защита всех против дискриминации по какому-либо признаку (пола, расы, языка, религиозных убеждений, политических и иных взглядов, социального происхождения, имущественного положения, также иных обстоятельств).

Применительно к детям основополагающие международные нормы, гарантирующие право на имя и недискриминацию, нашли закрепление в Конвенции о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 г.) (далее – Конвенция)[3]. В п. 1 ст. 7 Конвенции предусмотрено, что «Ребенок регистрируется сразу же после рождения и с момента рождения имеет право на имя и на приобретение гражданства, а также, насколько это возможно, право знать своих родителей и право на их заботу».

При этом Конвенция в п. 2 ст. 7 предусматривает, что «Государства-участники обеспечивают осуществление этих прав **в соответствии с их национальным законодательством и выполнение их обязательств согласно соответствующим международным документам в этой области**, в частности, в случае, если бы иначе ребенок не имел гражданства». Данная норма позволяет государствам-участникам Конвенции самостоятельно определять алгоритм гарантирования и защиты прав на уровне национального законодательства.

Вопросу необходимости обеспечения защиты от всех форм дискриминации посвящена ст. 2 Конвенции. Согласно п. 1 ст. 2 Конвенции, **«Государства-участники уважают и обеспечивают все права, предусмотренные Конвенцией, за каждым ребенком, находящимся в пределах их юрисдикции, без какой-либо дискриминации**, независимо от расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального, этнического или социального происхождения, имущественного положения, состояния здоровья и рождения ребенка, его родителей или законных опекунов, или каких-либо иных обстоятельств».

Гарантии недопущения дискриминации также предусмотрены Международной конвенцией о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Конвенцией о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, которые ратифицированы РК[4].

Тем самым всем детям, находящимся в пределах юрисдикции государства-участника Конвенции, гарантируется равный объем прав, в том числе и в части реализации права на имя.

Следует отметить, что приведенные нормы международных актов являются частью действующего права Казахстана и, согласно п. 3 ст. 4 Конституции, ввиду их ратификации имеют приоритет перед законами Республики и применяются непосредственно.

2. Анализ действующего законодательства РК на предмет реализации международных стандартов в области обеспечения прав детей-иммигрантов на регистрацию рождения и имени

1) Законодательные гарантии реализации права на регистрацию рождения и имени

Конституцией РК провозглашается: «Иностранцы и лица без гражданства пользуются в Республике правами и свободами, а также несут обязанности, установленные для граждан»[5]. Подобный объем прав и обязанностей не подлежит произвольному ограничению за исключением случаев, предусмотренных Конституцией, законами и международными договорами (п. 4 ст. 12 Конституции). Нормы Конституции, определяющие правовое положение иностранцев, а также лиц без гражданства нашли отражение в Законе РК «О гражданстве Республики Казахстан» (ст. 6) и в Законе РК «О правовом положении иностранцев» (ст. 3)[6].

Следует отметить, что конституционная гарантия равенства правового статуса подкрепляется п. 2 ст. 14 Конституции, предусматривающим недопустимость какой-либо дискриминации «по мотивам происхождения, социального, должностного и имущественного положения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, места жительства или по любым иным обстоятельствам».

---

[3] *Ратифицирована Постановлением Верховного Совета Республики Казахстан от 8 июня 1994 года «О ратификации Конвенции о правах ребенка».*

[4] *Закон Республики Казахстан от 29 июня 1998 года № 245 «О присоединении Республики Казахстан к Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации»; Закон Республики Казахстан от 29 июня 1998 года № 248 «О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин» // ИПС «Әділет».*

[5] *Конституция Республики Казахстан. Конституция принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года // ИПС «Әділет».*

[6] *Закон Республики Казахстан от 20 декабря 1991 года «О гражданстве Республики Казахстан»; Закон Республики Казахстан от 19 июня 1995 года N 2337 «О правовом положении иностранцев» // ИПС «Әділет».*

Ввиду равного отношения к субъектам вне зависимости от принадлежности гражданства Казахстана законодательство предусматривает общие правила правового регулирования в отношении всех субъектов с отдельными исключениями.

Следует подчеркнуть, что п. 1 ст. 39 Конституции допускает возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина **исключительно законами**. При этом подобное ограничение возможно «лишь в той мере, в какой это необходимо **в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения**». Во всех иных случаях ограничение прав и свобод не допускается.

Обращаясь к вопросу о правовом статусе ребенка, отметим, что основы правового статуса ребенка нашли свое закрепление в Кодексе РК «О браке (супружестве) и семье» (далее – Кодекс), где понятие «ребенок (дети)» раскрывается как «лицо, не достигшее восемнадцатилетнего возраста (совершеннолетия)»[7].

В п. 1 ст. 46 Кодекса в полном соответствии с п. 2 и п. 3 ст. 24 МПГПП предусматривается то, что **«Ребенок регистрируется сразу же после рождения и с момента рождения имеет право на имя и на приобретение гражданства**, а также, насколько это возможно, право знать своих родителей и право на их заботу». Право на имя также закреплено и в п. 1 ст. 63 Кодекса, в котором провозглашено право ребенка на имя, отчество и фамилию.

Аналогичное правовое регулирование данный вопрос получил и в Законе РК «О правах ребенка в Республике Казахстан»[8]. Так, ст. 9 этого закона закрепляет, что **«Каждый ребенок после рождения должен быть зарегистрирован в соответствии с законами РК. С момента рождения ребенок имеет право на имя, отчество и фамилию**, национальность и гражданство, а в случаях, предусмотренных законами Республики Казахстан, право на их сохранение».

Примечательно, что этим законом государственная политика в интересах детей определена в качестве приоритетной области деятельности государственных органов. В пп. 1 п. 1 ст. 6 рассматриваемого закона установлены цели государственной политики РК в интересах детей. В качестве одной из подобных целей определено **«обеспечение прав и законных интересов детей, недопущение их дискриминации»**. Также предусматривается, что деятельность государственных органов в этой сфере основана на принципах обеспечения прав ребенка, а также ответственности граждан, должностных лиц за нарушение прав, законных интересов ребенка и причинение ему вреда (пп. 1, пп. 4 п. 2 ст. 6 Закона) [5, С. 42].

Основы регулирования права на имя также определены Гражданским кодексом РК (Общая часть) (далее - ГК) в ст. 15. В свою очередь равенство правового статуса граждан, иностранцев и лиц без гражданства определено в п. 7 ст. 3 ГК[9].

Согласно ГК, граждане (равно как и иностранные физические лица, а также лица без гражданства) приобретают и осуществляют права и обязанности под своим именем, которое включает фамилию и имя, а также по желанию и отчество (п. 1 ст. 15 ГК). Имя, полученное при рождении, а также изменение имени в последующем подлежат регистрации в законодательно установленном для регистрации актов гражданского состояния порядке (п. 3 ст. 15 ГК).

Тем самым необходимым условием для реализации права на имя, в том числе и в отношении ребенка, является государственная регистрация рождения и получение удостоверяющих личность документов.

2) Реализация международных стандартов в области права на регистрацию рождения и имени на подзаконном уровне

Правовые основы документов, удостоверяющих личность, определены в Законе РК «О документах, удостоверяющих личность» (далее – Закон)[10]. Законом установлены общие требования к оформлению удостоверяющих личность документов, а также порядок деятельности по изготовлению, выдаче, замене, сдаче, изъятию и уничтожению таких документов.

Применительно к свидетельству о рождении следует отметить, что оно, согласно пп. 10 ст. 1 Закона, удостоверяет личность физического лица и свидетельствует о государственной регистрации факта его рождения. Данная норма не специфицирует субъекта, имеющего право на получение свидетельства о рождении. Следовательно, свидетельством о рождении подтверждается только факт рождения физического лица,

[7] *Кодекс Республики Казахстан от 26 декабря 2011 года № 518-IV. «О браке (супружестве) и семье» // ИПС «Әділет».*

[8] *Закон от 8 августа 2002 года N 345 «О правах ребенка в Республике Казахстан» // ИПС «Әділет».*

[9] *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 года № 268-XIII // ИПС «Әділет».*

[10] *Закон Республики Казахстан от 29 января 2013 года «О документах, удостоверяющих личность» // ИПС «Әділет».*

которым может быть гражданин Казахстана, иностранец или лицо без гражданства.

Законом уточняется, что свидетельство о рождении является документом, удостоверяющим личность, до получения удостоверения личности гражданина РК, паспорта гражданина РК, удостоверения лица без гражданства либо заграничного паспорта (п. 2 ст. 18 Закона).

При всем этом свидетельство о рождении еще является и документом, подтверждающим гражданство РК (ст. 4 Закона РК «О гражданстве Республики Казахстан»)[11].

Немаловажным представляется обратить внимание на принципы, обеспечивающие единство подходов к правовому регулированию документирования. К таким принципам ст. 4 Закона отнесены: 1) законность; 2) **обязательность**; 3) соблюдение прав и свобод человека и гражданина; 4) **равенство всех перед законом**; 5) **недопустимость дискриминации** по мотивам происхождения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, места жительства, социального, должностного и имущественного положения или по любым иным обстоятельствам; 6) единство прав и обязанностей человека и гражданина; 7) **доступность**[12].

Анализ приведенных норм показывает, что законодательные акты создают все предпосылки для надлежащей реализации международных стандартов по регистрации рождения ребенка без какой-либо дискриминации. Вместе с тем, при всем совершенстве регламентации данного вопроса на законодательном уровне анализ подзаконных актов указывает на наличие существенных ограничений препятствующих надлежащей реализации п. 2 и п. 3 ст. 24, ст. 26 МПГПП.

Обращаясь к подзаконным актам, регламентирующим рассматриваемый вопрос, следует указать, что правила оформления свидетельства о рождении детализируются на подзаконном уровне в следующих основных актах:

1) Правила оформления, выдачи, замены, сдачи, изъятия и уничтожения свидетельства о рождении[13];

2) Правила организации государственной регистрации актов гражданского состояния, внесения изменений, восстановления, аннулирования записей актов гражданского состояния[14];

3) Приказ Министра юстиции РК «Об утверждении форм актовых книг государственной регистрации актов гражданского состояния и форм свидетельств, выдаваемых на основании записей в этих книгах»[15];

4) Приказ Министра юстиции РК «Об утверждении стандартов государственных услуг по вопросам регистрации актов гражданского состояния и апостилирования»[16];

5) По городу Астане основные правила по государственной регистрации рождения установлены в Регламенте государственной услуги «Регистрация рождения ребенка, в том числе внесение изменений, дополнений и исправлений в записи актов гражданского состояния», утвержденном Постановлением акимата города Астаны от 31 декабря 2015 года[17].

«Правила организации государственной регистрации актов гражданского состояния, внесения изменений, восстановления, аннулирования записей актов гражданского состояния» устанавливают, что заявление о государственной регистрации рождения ребенка может быть подано:

в регистрирующий орган, которым является ЗАГС (структурное подразделение Комитета регистрационной службы Министерства юстиции);

---

[11] *Закон Республики Казахстан от 20 декабря 1991 года «О гражданстве Республики Казахстан» // ИПС «Әділет».*

[12] *Закон Республики Казахстан от 29 января 2013 года «О документах, удостоверяющих личность» // ИПС «Әділет».*

[13] *Постановление Правительства Республики Казахстан от 5 сентября 2013 года № 929 «Об утверждении Правил оформления, выдачи, замены, сдачи, изъятия и уничтожения свидетельства о рождении» // ИПС «Әділет».*

[14] *Приказ Министра юстиции Республики Казахстан от 25 февраля 2015 года № 112 «Об утверждении Правил организации государственной регистрации актов гражданского состояния, внесения изменений, восстановления, аннулирования записей актов гражданского состояния» // ИПС «Әділет».*

[15] *Приказ Министра юстиции Республики Казахстан от 12 января 2015 года № 9. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 2 февраля 2015 года № 10173 «Об утверждении форм актовых книг государственной регистрации актов гражданского состояния и форм свидетельств, выдаваемых на основании записей в этих книгах» // ИПС «Әділет».*

[16] *Приказ Министра юстиции Республики Казахстан от 17 апреля 2015 года № 219. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 17 июня 2015 года № 11374 «Об утверждении стандартов государственных услуг по вопросам регистрации актов гражданского состояния и апостилирования» // ИПС «Әділет».*

[17] *Регламент государственной услуги «Регистрация рождения ребенка, в том числе внесение изменений, дополнений и исправлений в записи актов гражданского состояния», утвержденный Постановлением акимата города Астаны от 31 декабря 2015 года № 06-2420 «Об утверждении регламентов государственных услуг по вопросам регистрации актов гражданского состояния» // ИПС «Әділет».*

в некоммерческое акционерное общество «Государственная корпорация «Правительство для граждан» (далее - Государственная корпорация);

посредством веб-портала «электронного правительства».

Государственная услуга по регистрации рождения в соответствии со Стандартами государственных услуг по вопросам регистрации актов гражданского состояния и апостилирования оказывается на основании заявления[18].

Заявление подается **не позднее трех рабочих дней со дня рождения в письменной форме** либо **в электронном виде родителями или другими заинтересованными лицами**, а в случае рождения мертвого ребенка заявление подается ответственным должностным лицом медицинской организации не позднее одного рабочего дня с момента родов (п. 7 Правил).

При этом, согласно п. 7 Правил оформления, выдачи, замены, сдачи, изъятия и уничтожения свидетельства о рождении, «заявление на государственную регистрацию рождения ребенка подается **в письменной форме родителями (или одним из них) не позднее двух месяцев со дня его рождения, а в случае их смерти, болезни или невозможности по иным причинам сделать заявление** – заинтересованными лицами или администрацией медицинской организации, в которой находилась мать при рождении ребенка».

Нормы двух подзаконных актов имеют очевидные расхождения по срокам подачи заявления, по субъектам, правомочным подавать подобные заявления и по форме заявления.

Полагаем, что *подобные расхождения привносят некоторую неясность и могут привести к отсутствию единообразия в организации порядка оказания государственной услуги по регистрации рождения ребенка.*

Внимание обращает то, что для осуществления государственной регистрации рождения ребенка к заявлению необходимо приложить в числе других документов **копии документов, удостоверяющих личность родителей** и для лиц, зарегистрировавших брак до 2008 года, **копию свидетельства о заключении брака (супружества) родителей** (при наличии).

В соответствии со стандартом оказания государственной услуги, в перечень необходимых документов также входят: **«документ, удостоверяющий личность родителей или представителя по нотариально удостоверенной доверенности (для идентификации личности); копия свидетельства о заключении брака (супружества) родителей** (лица, зарегистрировавшие брак после 2008 года на территории РК не представляют копию свидетельства); **иностранцы и лица без гражданства, постоянно проживающие или временно пребывающие в РК, представляют документы, удостоверяющие личность, соответствующие своему статусу. Наряду с предъявлением документа, удостоверяющего личность, представляется нотариально засвидетельствованный перевод его текста на государственный или русский язык»**[19].

Отметим, что на уровне подзаконных актов, регламентирующих порядок регистрации рождения, только в стандарте государственной услуги выделяется категория лиц без гражданства, временно пребывающих в РК.

Кроме того, необходимо обратить внимание на такой неотъемлемый элемент документов, удостоверяющих личность, как индивидуальный идентификационный номер (далее – ИИН), наличие которого является обязательным при регистрации рождения.

На основании пп. 1 и пп. 2 п. 4 ст. 3 Закона РК «О национальных реестрах идентификационных номеров» ИИН применяется при выдаче документов, удостоверяющих личность и регистрации актов гражданского состояния. Более того, п. 5 ст. 9 названного закона устанавливает **обязанность учета государственными органами и иными государственными учреждениями идентификационных номеров при выдаче документов** в соответствии с законодательством РК[20].

ИИН присваивается при оформлении правового статуса гражданина, иностранца или лица без гражданства. Формирование ИИН осуществляется:

---

[18] *Пп. 1 п. 7 Приказа Министра юстиции Республики Казахстан от 17 апреля 2015 года № 219. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 17 июня 2015 года № 11374 «Об утверждении стандартов государственных услуг по вопросам регистрации актов гражданского состояния и апостилирования» // ИПС «Әділет».*

[19] *П. 9 Приказа Министра юстиции Республики Казахстан от 17 апреля 2015 года № 219. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 17 июня 2015 года № 11374 «Об утверждении стандартов государственных услуг по вопросам регистрации актов гражданского состояния и апостилирования» // ИПС «Әділет».*

[20] *Закон Республики Казахстан от 12 января 2007 года «О национальных реестрах идентификационных номеров» // ИПС «Әділет».*

1) для граждан РК при выдаче: свидетельства о рождении; удостоверения личности гражданина РК; паспорта гражданина РК;

2) для иностранца при выдаче вида на жительство иностранца в РК или регистрационного свидетельства;

3) для этнических казахов при присвоении статуса оралмана;

4) для лиц без гражданства при выдаче удостоверения лица без гражданства или регистрационного свидетельства (выдаваемого при регистрации в органах миграционной полиции) (п. 6 ст. 9).

Исходя из содержания приведенной нормы следует, что формирование ИИН при выдаче свидетельства о рождении осуществляется только в отношении детей, являющихся гражданами Казахстана по рождению.

В частности, к такой категории, согласно Закону РК «О гражданстве Республики Казахстан», относятся дети:

- оба родителя которых к моменту их рождения состояли в гражданстве РК (ст. 11);
- оба родителя которых неизвестны (ст. 13);
- родившиеся на территории РК у лиц без гражданства, имеющих постоянное место жительства на территории РК (ст. 14)[21].

Исходя из приведенных норм следует, что возможность формирования ИИН в отношении детей, родившихся на территории Казахстана у лиц без гражданства, временно пребывающих на территории РК, не предусмотрена. Вместе с тем, отсутствие ИИН в последующем может повлиять на получение таким ребенком всего спектра государственных услуг, в том числе ограничить возможность реализации прав на образование, медицинское обслуживание и пр.

В целом документами с ИИН, в соответствии с п. 3 ст. 9 Закона «О национальных реестрах идентификационных номеров», являются: свидетельство о рождении; паспорт гражданина РК; удостоверение личности гражданина РК; вид на жительство иностранца в РК; удостоверение оралмана; удостоверение лица без гражданства; дипломатический паспорт РК; служебный паспорт РК; регистрационное свидетельство для иностранцев и лиц без гражданства в случае отсутствия документов, удостоверяющих личность.

Тем самым регистрация рождения ребенка требует наличия у заявителя (заявителей) ИИН, который присваивается в случае определения правового статуса и выдачи соответствующего документа, удостоверяющего личность. Вместе с тем лица, не имеющие подобные документы, не могут получить государственную услугу по регистрации рождения ввиду законодательного требования учитывать ИИН при выдаче документов регистрационного и иного характера.

Таким образом, прежде всего **подзаконные акты и содержание Закона «О национальных реестрах идентификационных номеров» ставят предоставление государственной услуги по регистрации рождения в прямую зависимость от наличия у заявителей документов, удостоверяющих личность, которым присвоен ИИН.**

Особо подчеркнем, что в случае непредставления полного пакета документов или недостоверных сведений должностное лицо регистрирующего органа отказывает в государственной регистрации рождения в виде произвольно оформленного письменного мотивированного отказа[22].

Следует отметить, что согласно ст. 18 Закона РК «Об административных процедурах», обращения иностранцев и лиц без гражданства подлежат рассмотрению в законодательно установленном порядке, если иные правила их рассмотрения не предусмотрены международными договорами, ратифицированными РК[23].

Под обращением в данном случае, исходя из содержания пп. 4 ст. 1 Закона РК «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц», понимается наряду с предложением, жалобой, запросом, откликом также и заявление[24].

Конечно, данный закон в пп. 2 п. 3 ст. 9 допускает отказ в удовлетворении обращения с обоснованием принятия такого решения.

Однако в случае с мигрантами, не имеющими удостоверяющих личность документов и выступающими в качестве получателей государственной услуги по регистрации рождения, нарушается один из основных принципов предоставления подобных услуг, а именно принцип ***«равного доступа услугополучателям без какой-либо дискрими-***

[21] *Закон Республики Казахстан от 20 декабря 1991 года «О гражданстве Республики Казахстан»; Закон Республики Казахстан от 19 июня 1995 года N 2337 «О правовом положении иностранцев» // ИПС «Әділет».*

[22] *П. 17 Правил организации государственной регистрации актов гражданского состояния, внесения изменений, восстановления, аннулирования записей актов гражданского состояния // ИПС «Әділет».*

[23] *Закон Республики Казахстан от 27 ноября 2000 года «Об административных процедурах» // ИПС «Әділет».*

[24] *Закон Республики Казахстан от 12 января 2007 года «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц» // ИПС «Әділет».*

нации *по мотивам происхождения, социального, должностного и имущественного положения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, места жительства* ***или по любым иным обстоятельствам»*** (ст. 3 Закона РК «О государственных услугах»)[25].

Таким образом, отказ в предоставлении государственной услуги по регистрации рождения ввиду отсутствия у родителей-мигрантов документов, удостоверяющих личность, противоречит нормам Конституции и законодательных актов РК.

Следует еще раз подчеркнуть, что согласно п. 1 ст. 39 Конституции, права и свободы 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. Кроме того, согласно п. 5 Сиракузских принципов толкования ограничений и отступлений от положений Международного пакта о гражданских и политических правах (п. 2 и п. 3 ст. 24 МПГПП), *«Все ограничения признаваемых в Пакте прав должны быть закреплены в соответствии* ***с национальным законом*** *и соответствовать целям и задачам Пакта»*[26]. В свою очередь согласно п. 7 указанного акта, **произвольное применение ограничений не допускается.**

Таким образом, ограничение права на регистрацию рождения, как и иных прав и свобод, на уровне подзаконных актов не допускается. Принимая во внимание международные обязательства и нормы законодательных актов, предусматривающих обязательную регистрацию рождения ребенка сразу же после рождения (п. 2 и п. 3 ст. 24 МПГПП, п. 1 ст. 46 Кодекса «О браке (супружестве) и семье», ст. 9 Закона «О правах ребенка в Республике Казахстан»), очевидна необходимость внесения изменений и дополнений в «Правила организации государственной регистрации актов гражданского состояния, внесения изменений, восстановления, аннулирования записей актов гражданского состояния» и «Стандарты государственных услуг по вопросам регистрации актов гражданского состояния и апостилирования». Кроме того, при разработке соответствующей нормативной правовой базы следует во главу угла ставить принцип приоритетности норм международных актов перед законами Республики и их непосредственное применение ввиду ратификации (п. 3 ст. 4 Конституции).

Как известно, международные договоры РК заключаются, выполняются, изменяются и прекращаются в соответствии с Конституцией, общепризнанными принципами и нормами международного права, положениями самого международного договора, Венской конвенцией о праве международных договоров, Законом РК «О международных договорах Республики Казахстан», Нормативным постановлением Верховного Суда РК «О применении норм международных договоров Республики Казахстан» и пр.[27].

Согласно ст. 26 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, ***«каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться»***[28]. При этом согласно пп. 6) ст. 1 Закона РК «О международных договорах Республики Казахстан», под международным договором РК следует понимать международное соглашение, заключенное РК с иностранным государством (иностранными государствами), либо с международной организацией (международными организациями) в письменной форме и регулируемое международным правом независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких, связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования (например, договор, конвенция, пакт, соглашение и т.п.).

В этой связи нормы об обязательной регистрации рождения ребенка сразу после его рождения являются приоритетными и подлежат непосредственной реализации. В свою очередь подзаконные акты, которые согласно пп. 5 ст. 1, п. 2 ст. 6 Закона РК «О правовых актах» принимаются на основе и (или) во исполнение и (или) для дальнейшей реализации законодательных актов, не должны устанавливать какие-либо ограничения и в этой связи должны быть приведены в соответствие с законодательными

[25] *Закон Республики Казахстан от 15 апреля 2013 года «О государственных услугах» // ИПС «Әділет».*

[26] *Организация Объединенных Наций. Экономический и социальный совет. Документ ООН E/CN.4/1985/4, Приложение (1985).*

[27] *Закон Республики Казахстан от 30 мая 2005 года «О международных договорах Республики Казахстан»; Нормативное постановление Верховного // ИПС «Әділет».*

Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года «О применении норм международных договоров Республики Казахстан» // ИПС «Әділет».

[28] *Постановление Верховного Совета Республики Казахстан от 31 марта 1993 года «О присоединении Республики Казахстан к Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года» // ИПС «Әділет».*

[29] *Закон Республики Казахстан от 6 апреля 2016 года «О правовых актах» // ИПС «Әділет».*

актами и нормами международных актов[29].

Заключение

В целях надлежащей реализации норм п. 3 ст. 24 МПГПП, ст. 7 Конвенции о правах ребенка, п. 1 ст. 46 Кодекса о браке (супружестве) и семье, а также ст. 9 Закона «О правах ребенка в Республике Казахстан» в части регистрации каждого ребенка сразу же после его рождения и реализации права на имя и на приобретение гражданства с момента рождения, необходимо привести подзаконные акты в полное соответствие с законодательными актами.

В частности, необходимо внести соответствующие изменения в «Правила организации государственной регистрации актов гражданского состояния, внесения изменений, восстановления, аннулирования записей актов гражданского состояния» и в «Стандарты государственных услуг по вопросам регистрации актов гражданского состояния и апостилирования».

Также представляется целесообразным предусмотреть в п. 6 ст. 9 Закона РК «О национальных реестрах идентификационных номеров» необходимость формирования ИИН при выдаче свидетельства о рождении детей, родившихся на территории Казахстана у лиц без гражданства, временно пребывающих на территории РК. Подобное дополнение позволит в полной мере реализовать права ребенка и откроет доступ к получению целого спектра государственных услуг.

При этом еще раз подчеркнем, что юридическая сила законодательных актов выше подзаконных, а нормы международных актов являются частью действующего права Казахстана и, согласно п. 3 ст. 4 Конституции, ввиду их ратификации имеют приоритет перед законами республики и применяются непосредственно. В этой связи нормы об обязательной регистрации рождения ребенка сразу после его рождения являются приоритетными и подлежат реализации. В свою очередь подзаконные акты не могут устанавливать какие-либо ограничения и в этой связи должны быть приведены в соответствие с законодательными актами и нормами международных актов.

ЛИТЕРАТУРА

1. Абайдельдинов Е.М. Соотношение международного и национального права Республики Казахстан (проблемы становления приоритетности).— Алматы: «Юридическая литература», 2006. - 271 с.

2. Сарсембаев М.А., Кулжабаева Ж.О., Иржанов А.С., Рамазанова У.Р. Соотношение международного права и национального законодательства: проблемы имплементации. – Астана: ТОО «КазГЮУ Консалтинг», 2015. – 320 с.

3. Сарсембаев М.А., Абайдельдинов Е.М. Аналитический отчет о состоянии, тенденциях, предложениях по развитию и практике применения законодательства и договорных норм, о направлениях их совершенствования по теме исследования «Вопросы имплементации норм ратифицированных международных договоров в национальное законодательство в условиях функционирования Единого экономического пространства (ЕЭП)». (Подготовлен Институтом законодательства Республики Казахстан по итогам научных исследования в 2012 году). – Астана, 2013. – 92 с.

4. Ерофеев О.Ю. Защита прав несовершеннолетних в России / Вестник Шадринского государственного педагогического института №1(25), 2015. Электронный ресурс. http://shgpi.edu.ru/files/nauka/vestnik/2015/2015-1-17.pdf Дата доступа: 21.04.2017 г.

5. Айкенова Д.М. Государственная политика по защите прав детей в Казахстане. Дисс. ... доктора философии (PhD). Астана, 2014. – 124 с.

REFERENCES

1. Abaydeldinov E.M. Sootnoshenie mezhdunarodnogo i natsionalnogo prava Respubliki Kazahstan (problemyi stanovleniya prioritetnosti).— Almatyi: «Yuridicheskaya literatura», 2006.— 271 s.

2. Sarsembaev M.A., Kulzhabaeva Zh.O., Irzhanov A.S., Ramazanova U.R. Sootnoshenie mezhdunarodnogo prava i natsionalnogo zakonodatelstva: problemyi implementatsii. – Astana: TOO «KazGYuU Konsalting», 2015. – 320s.

3. Sarsembaev M.A., Abaydeldinov E. M. Analiticheskiy otchet o sostoyanii, tendentsiyah, predlozheniyah po razvitiyu i praktike primeneniya zakonodatelstva i dogovornyih norm, o napravleniyah ih sovershenstvovaniya po teme issledovaniya «Voprosyi implementatsii norm ratifitsirovannyih mezhdunarodnyih dogovorov v natsionalnoe zakonodatelstvo v usloviyah funktsionirovaniya Edinogo ekonomicheskogo prostranstva (EEP)». (Podgotovlen Institutom zakonodatelstva Respubliki Kazahstan po itogam nauchnyih issledovaniya v 2012 godu). – Astana, 2013. – 92 s.

4. Erofeev O.Yu. Zaschita prav nesovershennoletnih v Rossii / Vestnik Shadrinskogo gosudarstvennogo pedagogicheskogo instituta #1(25), 2015. Elektronnyiy resurs. http://shgpi.edu.ru/files/nauka/vestnik/2015/2015-1-17.pdf Data dostupa: 21.04.2017 g.

5. Aykenova D.M. Gosudarstvennaya politika po zaschite prav detey v Kazahstane. Diss. ... doktora filosofii (PhD). Astana, 2014. – 124 s.

УДК 347.4

СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ «ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ» И «ЭСТОППЕЛЬ»

Абдрахманова Сайма Жангельдиновна
Ведущий научный сотрудник отдела гражданского, гражданско-процессуального законодательства и исполнительного производства Института законодательства Республики Казахстан, магистр юриспруденции; г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: sa.abdrakhmanova@adilet.gov.kz, saima_a@mail.ru

Ключевые слова: *добросовестность; эстоппель; категория; английское право; правовая система; обещание; юридическое мышление; имплементация; суд; справедливость*

Аннотация. *Настоящая статья подготовлена в рамках работы по совершенствованию гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права. В Казахстане вопросы имплементации положений английского права в национальное законодательство обсуждались в ходе научно-практических конференций прошедших в 2015, 2016 годах.*

В гражданском законодательстве Казахстана находит отражение категория добросовестность, которая выступает как принцип гражданского права, оценочная категория, презумпция.

Часть ученых считает, что добросовестность как принцип не закреплена в Гражданском кодексе Казахстана, что затрудняет его применение на практике. Другие полагают, что отсутствие нормативного закрепления не исключает наличия принципа добросовестности, возможности его применения.

В то же время в рамках проводимой работы предусмотрено включение ряда элементов английского права в гражданское законодательство, одним из которых является эстоппель.

Принципы добросовестности и эстоппель по поставленной цели и решаемым задачам схожи.

В статье ставится цель – определить соотношение принципа добросовестности и доктрины эстоппель, оценить возможность включения эстоппеля в Гражданский кодекс Казахстана. Для достижения указанной цели применяется диалектика, анализ, сравнение, синтез, обобщение и формально-юридический метод.

Уделяется внимание проблемам: 1) принципа добросовестности; 2) принципу эстоппель; 3) юридическому мышлению. На основании анализа упомянутых и других проблем был выработан ряд рекомендаций.

Полученные результаты исследования в настоящей статье могут быть использованы в законотворческой работе по совершенствованию гражданского законодательства Республики Казахстан.

«АДАЛДЫҚ» ЖӘНЕ «ЭСТОППЕЛЬ» ҰҒЫМДАРЫНЫҢ АРАҚАТЫНАСЫ

Сайма Жангелдіқызы Әбдірахманова
Қазақстан Республикасының Заңнама институты Азаматтық, азаматтық іс жүргізу заңнамасы және атқарушылық іс жүргізу бөлімінің жетекші ғылыми қызметкері, заңтану магистрі; Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: sa.abdrakhmanova@adilet.gov.kz, saima_a@mail.ru.

Түйін сөздер: *адалдық; эстоппель; ұғым; ағылшын құқық; құқық жүйесі; үәде; құқық ой; имплементация; сот; әділет.*

Аннотация: *Осы мақала ағылшын құқығы ережелерін имплементациялау негізінде Қазақстан Республикасының азаматтық заңнамасын жетілдіру бойынша жұмыстың шеңберінде дайындалды. Қазақстанда ұлттық заңнамаға ағылшын құқығы ережелерін имплементациялау мәселелері 2015, 2016 жылдары өткен ғылыми-практикалық тәжірибелік конференцияларда талқыланған.*

Қазақстан азаматтық заңнамасында азаматтық заңнаманың қағидаты, бағалау санаты, презумпция ретінде болатын адалдық санаты көрініс тапқан.

Ғалымдардың бір бөлігі адалдық Қазақстанның Азаматтық кодексінде қағидат ретінде бекітілмеген, бұл оны практикада қолдануды қиындатады деп есептейді.

Басқалары нормативтік бекітудің болмауы адалдық қағидатының болуын, оны қолдану мүмкіндігін жоққа шығармайды деп пайымдайды.

Сонымен бірге жүргізіліп отырған жұмыстың шеңберінде азаматтық заңнамаға ағылшын құқығының бірқатар элементтерін қосу көзделген, оның бірі эстоппель болып табылады.

Адалдақ қағидаттары және эстоппель алға қойған мақсаттары мен шешетін міндеттері бойынша ұқсас.

Мақалада адалдақ қағидаты мен эстоппель доктринасының арақатынасын анықтауды, Қазақстанның Азаматтық кодексіне эстоппельді қосу мүмкіндігін бағалау мақсаты қойылады. Аталған мақсатқа қол жеткізу үшін диалектика, талдау, салыстыру, синтез, шолу және формальды-заңдық әдістеме қолданылады.

Мынадай: 1) адалдақ қағидаты; 2) эстоппель қағидаты; 3) заңдық тұрғыда ойлау проблемаларына көңіл бөлінеді. Аталған талдаудың және басқа да проблемалардың негізінде бірқатар ұсынымдар әзірленді.

Осы мақалада алынған зерттеулер нәтижелері Қазақстан Республикасының азаматтық заңнамасын жетілдіру бойынша заң шығармашылығы жұмысында пайдаланылуы мүмкін.

RELATION OF CONCEPTS OF «BONA FIDES» AND «ESTOPPEL»

Abdrakhmanova, Saima Zh.
Leading researcher of civil, civil procedural legislation and executive proceedings department of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, Master of laws; Astana, Republic of Kazakhstan;
e-mail: sa.abdrakhmanova@adilet.gov.kz, saima_a@mail.ru

Keywords: *Bona fides; estoppel; category; English law; legal system; promise; legal mind; implementation; court; equity.*

Abstract. *Following article was prepared as a part of the work on improving the civil legislation of the Republic of Kazakhstan on the basis of the implementation of the provisions of English law. Issues of the implementation of the provisions of English law into the national legislation were discussed in Kazakhstan during the scientific and practical conferences held in 2015 and 2016.*

The civil legislation of Kazakhstan reflects the category of bona fides which acts as a principle of civil law, an evaluation category, a presumption.

Some scientists believe that bona fide as a principle is not enshrined in the Civil Code of Kazakhstan, which makes it difficult to apply to it in practice. Others believe that the lack of regulatory support does not exclude the existence of the principle of bona fide and the possibility of its application.

At the same time, within the framework of carried work a number of elements of English law are included into civil law, one of which is estoppel.

The principles of bona fide and estoppel are similar in their goals and tasks.

The aim of the article is to determine the correlation between the principle of bona fide and the doctrine of estoppel, to evaluate the possibility of including estoppel in the Civil Code of Kazakhstan. To achieve this goal, dialectics, analysis, comparison, synthesis, generalization and the formal legal method are applied.

Attention is paid to issues: 1) the principle of bona fide; 2) the principle of estoppel; 3) legal thinking. Based on the analysis of the mentioned issues and other problems a number of recommendations were developed.

The research results obtained in this article can be used in the legislative work on the improvement of civil legislation in the Republic of Kazakhstan.

Наименование статьи содержит правовые категории различных правовых систем «добросовестность» (континентальное право) и «эстоппель» (общее право).

Известный компаративист Р. Давид различал следующие правовые системы: романо-германскую, общего права, социалистического права, философского или религиозного права. Существуют и иные классификации систем права. Г. Цвайгерт и Г. Кётц, исходя из пяти факторов: происхождение и эволюция права, своеобразие юридического мышления, специфические правовые институты, природа источников права и способы их толкования, идеологические особенности. Исходя из указанных фак-

торов различают следующие системы права: романский, германский, скандинавский, англо-американский, социалистический, исламский и индусский [1].

Каждая из категорий названия статьи может стать предметом отдельного и длительного обсуждения. На первый взгляд, кажется, что нет между ними точек сближения. Но мы попробуем обратиться вглубь этих явлений, чтобы решить для себя можно ли им существовать в одной правовой системе.

Исследование рассматриваемых категорий проводится в рамках работы по имплементации отдельных элементов английского права в национальное законодательство.

Первое обсуждение вопроса имплементации английского права в ноябре 2015 года встретило неодобрение научного и юридического сообщества. Такая реакция юридического сообщества оправданна и предсказуема, поскольку для многих юристов было необычно: «Как можно соединить английское право и казахстанское право?». Это различные системы права, источники права, институты, органы власти и тем более юридическое мышление. Но постепенное освещение проводимой работы позволило довести ее основные идеи до юридического сообщества. В своем содержании данные правовые системы основываются на общечеловеческих ценностях (справедливость, свобода, добро), что позволяет им взаимодействовать.

В разработанном проекте Концепции совершенствования гражданского законодательства предусмотрены такие элементы английского права как индемнити, эстоппель, заверения и гарантии и т.д. Обсуждение еще не завершено, поэтому перечень институтов может быть продолжен.

В теории гражданского права категория добросовестности рассматривается как принцип гражданского права, оценочное понятие, презумпция [2].

Принцип добросовестности очень емкий по содержанию, имеет большой правоприменительный потенциал, способен развивать и совершенствовать гражданское законодательство, не прибегая к помощи законодателя. К сожалению, в казахстанской судебной практике редко применяются нормы о добросовестности. Как отмечается неширокое применение принципа добросовестности обусловлено процессуальной пассивностью сторон, а нежеланием суда обращаться к статье 8 ГК [3].

Принцип добросовестности закреплен во многих европейских правопорядках. Колыбелью принципа добросовестности является немецкое право.

В Гражданском кодексе Республики Казахстан не находит отражение принцип добросовестности гражданского права. В пункте 4 статьи 8 Гражданского кодекса Республики Казахстан закреплено: «Граждане и юридические лица должны действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и справедливо, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели также правила деловой этики. … Добросовестность, разумность и справедливость действий участников гражданских правоотношений предполагаются.»[1]. Но многие ученые считают, что отсутствие нормативного закрепления принципа добросовестности в кодексе, не исключает наличия данного принципа в гражданском законодательстве. К примеру, в Германском Гражданском Уложении центральной нормой, закрепляющей добросовестность, является параграф 242 добросовестное исполнение: «Должник обязан осуществлять исполнение добросовестно, как это требуют обычаи делового оборота.». Авторы ГГУ сформулировали добросовестность узко. Норма применима в обязательственных правоотношениях. На момент принятия ГГУ разработчики беспокоились, что неопределенные нормы могут повлечь широкое их применение и злоупотребления. Однако по происшествии времени появилась необходимость расширения сферы применения принципа добросовестности. Суды, не ожидая законодательных изменений, самостоятельно расширили сферу применения принципа добросовестности в целях исключения несправедливости в применении правовых норм. В немецком праве принцип добросовестности является правовой категорией. Суды, используя принцип добросовестности, регулируют возникающие гражданские правоотношения, не ожидая законодательных изменений. Так, отмечается, что первый толчок развитию принципа добросовестности в немецком праве был дан во время Первой мировой войны[2].

В английском праве принцип добросовестности в отличие от многих европейских юрисдикций не воспринимается, но английское право содержит определенные инструменты, которые обеспечивают справедли-

[1] *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Введен в действие постановлением Верховного Совета Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года.*

[2] *По материалам заключения зарубежного эксперта Азера Алиева «Принцип добросовестности в праве Республики Казахстан».*

вость права. Одним из таких инструментов является эстоппель (estoppel).

В системе английского права гражданское право состоит из множество разделов, подотраслей: контрактное право (Contract law), обязательства из причинения вреда (Law of tort), право собственности (Property Law), акционерное право (Company law), коммерческое право (Commercial law), трудовое право (Employment law), семейное право (family law) [4].

Доктрина эстоппель - это не основа гражданского права как договорное право, право собственности или деликтное право, это небольшая часть права, благодаря которой заполняются пробелы в регулировании. Эстоппель возник в английской судебной практике 16 века.

Слово «эстоппель» - это очень старое слово, которое используется только юристами, и означает остановиться, заполнить пробелы или бреши. Эстоппель возник в английском праве из латинского права через средневековое французское (estoupail).

В идеальном правовом мире договорное право и право собственности должны всегда создавать справедливость в каждой возникающей ситуации. Но опыт нескольких веков показал, что существуют дела, в которых несправедливость позволяет стороне обеспечить его договорные права и право собственности в определенных условиях. Доктрина же эстоппель направлена на заполнение пробелов и брешей для обеспечения справедливости права.

Принцип «эстоппель» в английском праве определяется тремя условиями, каждое из которых должно иметь место:

1) обещание, данное стороной А, что она не будет осуществлять свои законные права против стороны Б;

2) расчет стороны А на то, что сторона Б будет полагаться на указанное обещание;

3) фактическое полагание стороны Б на указанное обещание[3].

Из представленного видим, что в английском праве обещание является ключевой категорией в построении эстоппеля.

В английском праве существует множество различных видов эстоппель. Рассмотрим некоторые их примеры.

Данные примеры представлены королевским барристером Родри Девис при участии на круглом столе, посвященном возможности имплементации отдельных элементов английского права в национальное законодательство. Сторона А владеет большими месторождениями нефти и газа. Сторона А назначает лицо В агентом по продаже нефти. Сторона В подписала контракт, в котором сказано, что он может продавать нефть и получать комиссию за каждую продажу. После нескольких лет работы агент В стал продавать газ, при этом сторона А оплачивает ему комиссию за продажу газа. Тем не менее, стороны не изменили контракт в целях его распространения также на продажу газа.

Один год агент В работает очень усердно и ведет переговоры по продаже большего количества газа. Когда газовый контракт был завершен, агент В обратился к стороне А и попросил комиссию за продажу газа. Затем сторона А проверила контракт и заявила, что в контракте регулируется только комиссия за продажу нефти, но не газа.

Сторона А формально права, поскольку имеется контракт только на продажу нефти, но не газа. Но это несправедливо по отношению к агенту В, которому ранее оплачивалась комиссия за продажу газа и агент полагался на аналогичное поведение стороны А, которая ранее признавала распространение контракта также и на газ.

В этой связи агент В работал очень усердно, полагаясь на последнее поведение стороны А.

Указанный пример является **estoppel by convention** (эстоппель по согласию, поскольку стороны одобрили сложившуюся практику или общее понимание или согласие между собой, что контракт также распространяется на газ, как и на нефть).

Другой вид эстоппель. Сторона А встретила сторону С, которая покупает газ. Сторона А сказала стороне С: «В – это мой агент и он может заключать контракт на газ с тобой.». В и С заключили контракт на газ, потом А сказал, что он не собирается поставлять газ. Сторона С предъявляет требования. Сторона С говорит, что он заключил контракт с агентом В. Но сторона А говорит: «Это мой агентский контракт, в котором сказано, что агент продает нефть, но не газ.». Сторона С отвечает, что сторона А до этого утверждала, что агент может представлять сторону А и может заключать контракт на газ. Таким образом, сторона С полагалась на эти переговоры. Это несправедливо со стороны А говорить, что агент не имеет полномочий на продажу газа. Ты должен был остановиться, говоря это. Этот пример представляет **estoppel by representation (эстоппель по представительству).**

[3] *Проект Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права (Электронный ресурс). Режим доступа: http://www.iz.adilet.gov.kz/sites/default/files/upload-files/koncepciya_implementaciya_1_.pdf. Дата доступа: 02.05.2017.*

Среди разновидностей эстоппель выделяется также promissory estoppel. Основополагающим прецедентом является дело Hughes v. Metropolitan Ry (1877), в котором впервые было сформулировано правило лишения права возражения на основе обещаний (от англ. promissory estoppel). В данном деле арендодатель сначала потребовал у арендатора провести ремонт арендованных помещений под угрозой расторжения договора в течение 6 месяцев, а затем начал вести переговоры о прекращении договора аренды с оплатой компенсации. После неудачного окончания переговоров по происшествии 6 месяцев арендодатель заявляет о расторжении договора, так как ремонтные работы не были завершены в установленный срок. Суд отказал арендодателю в удовлетворении требований, указав, что началом переговоров о прекращении договора он дал основания арендатору поверить в то, что он не должен вести ремонтные работы. В promissory estoppel предполагается наличие явного заявления или обещания, в котором выражено намерение не использовать свое право.

Королевским барристером Родри Девисом в ходе круглого стола замечено, что проблемы, которые разрешаются посредством эстоппеля могут происходить в каждой правовой системе. Большинство европейских систем имеют дело с подобными проблемами, используя доктрину добросовестности. Английское право решает подобные проблемы посредством использования эстоппеля.

Из представителей казахстанской правовой науки М.К. Сулейменов отмечает «эстоппель рассматривается обещание, которое связывает, если другая сторона действовала, разумно полагаясь на это обещание» [5].

В соответствии с проектом Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права в Гражданском кодексе РК предлагается установить, что обещание является юридическим фактом, порождающим правовые последствия только тогда, когда это прямо предусмотрено законодательством или договором. Предусмотреть, что обещание имеет правовое значение в качестве юридического факта только для имущественных отношений, оно должно быть прямо выражено, здесь мы исключим такие обещания, как жениться, усыновить. Обещание должно быть облечено в письменную форму под страхом недействительности.

Что касается перспектив развития доктрины эстоппель в гражданском праве РК, то такая перспектива также может относиться к определенным случаям, прямо предусмотренным гражданским законодательством[4].

В недавнем времени российское гражданское законодательство претерпело реформу. Она охватывает несколько блоков, одним из которых является имплементация английского права. Следует оговорить, что задача по имплементации английского права как таковая не ставилась. В реформе есть целый блок, который включает в себя английские элементы, имплементируемые в российское гражданское законодательство. Одним из таких элементов английского права является принцип эстоппель.

Данный институт нашел отражение в гражданском законодательстве при принятии Федерального закона РФ от 7 мая 2013 г. №100 –ФЗ: пункты 2, 5 ст. 166 ГК РФ, п.2 ст.431.1 ГК РФ, п.3 ст. 432 ГК РФ, п.5 ст. 450.1 ГК РФ.

К примеру, в пунктах 2, 5 статьи 166 ГК РФ изложено:

«2. …

Сторона, из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки, не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором эта сторона знала или должна была знать при проявлении ее воли. …

5. Заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно, в частности, если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки.».

По введенным положениям эстоппель в научной и практикующей общественности существует различие мнений и взглядов, есть критика и некоторая практика его применения [6].

Как отмечают Седова Ж.И., Зайцева Н.В., принцип эстоппель означает лишение стороны в споре права ссылаться на какие-либо факты, оспаривать или отрицать их ввиду ранее ею же сделанного заявления об обратном в ущерб противоположной стороне в процессе судебного/арбитражного разбирательства [7].

Богданов Д.И. высказывает следую-

[4] *Проект Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права (Электронный ресурс). Режим доступа: http://www.iz.adilet.gov.kz/sites/default/files/upload-files/koncepciya_implementaciya_1_.pdf. Дата доступа: 02.05.2017.*

щую точку зрения «в российской цивилистике отсутствует объективная необходимость во внедрении в научный оборот чужеродной категории эстоппеля. Данная доктрина и у себя на родине в Англии остается не разработанной и противоречивой. В России имеется национальная концепция добросовестности и запрета злоупотребления правом, имеющая аналоги в родственных правовых системах стран Европы.» [8].

Вывод можно сделать один. Процесс адаптации к местным правовым условиям, содержательному и редакционному совершенствованию еще будет продолжаться, поскольку по определенным положениям создана конкуренция норм, некоторые нормы распространяются только на предпринимателей и т.д.

Применительно к казахстанским правовым условиям заметим, что закрепленные в Гражданском кодексе Казахстана положения о добросовестности предоставляют судам большие возможности для правоприменения, восполнения возникающих пробелов и противоречий, обеспечения справедливости при вынесении решений и без необходимости введения новых аналогичных добросовестности институтов, таких как эстоппель. Тем не менее, за последнее время в Казахстане не выработана практика применения добросовестности, добросовестность в правовом сознании сохраняется как морально-этическая категория и не находит свою реализацию как категория правовая, способная урегулировать гражданские отношения. Правоприменители, в том числе суды, принимают во внимание и руководствуются только точно изложенными нормами права, что является особенностью сегодняшнего сложившего юридического мышления, которое нацелено на детализированность, полноту правового урегулирования. Компонентом любой правовой системы, элементом национального правового менталитета является не само юридическое мышление как способ создания системы логических по природе и юридических по содержанию и социальным функциям категорий, понятий и иных результатов аналитической деятельности, а его неповторимый стиль, манера мышления индивидов в правовой плоскости общественных отношений [9].

Учитывая, современное состояние правового сознания и правового мышления реальная действительность требует полноценно функционирующие инструменты восполнения пробелов, противоречий, обеспечения справедливости права. И одним из таких инструментов может стать эстоппель, но эстоппель не следует рассматривать, как принцип, который конкурирует с добросовестностью, а может быть дополнением, реализацией принципа добросовестности в гражданско-правовых нормах.



ЛИТЕРАТУРА

1. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т.1. – М.: Международные отношения, 2000. - 480 с. С.48.

2. Сулейменов М.К. Добросовестность в гражданском праве: проблемы теории и практики. Мат-лы междунар. науч.-прак. конф. в рамках ежегод. цивилистических чтений, посвящен. 20-летию Гражданского кодекса Республики Казахстан (Алматы, 22-23 мая 2014 г.)/ Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, 2014. – 592 с. С. 9-38.

3. Куанова И.З. Толкование добросовестности в судебной практике Казахстана. Добросовестность в гражданском праве: Мат-лы междунар. науч.-практ. конф. в рамках ежегод. цивилистических чтений, посвящен. 20-летию Гражданского кодекса Республики Казахстан (Алматы, 22-23 мая 2014 г.)/ Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, 2014. – 592 с. С.120.

4. Романов А.К. Правовая система Англии: Учеб. Пособие. – М.: Дело, 2000. – 344 с.

5. Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана// Вестник Института законодательства Республики Казахстан. №5 (41). 2015. с. 169-182.

6. Карапетов А.Г. Эстоппель на оспаривание договора по п.2 ст.431.1 ГК (Электронный ресурс). Режим доступа: https://zakon.ru/blog/2016/06/07/estoppel_na_osparivanie_dogovora_po_p2_st4311_gk. Дата доступа: 05.05.2017; Топ-10 основных ошибок новой редакции общих норм ГК РФ о договорах. Режим доступа: https://zakon.ru/blog/2016/09/19/osnovnye_oshibki_novoj_redakcii_gk_o_dogovorah. Дата доступа: 05.05.2017.

7. Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М.: Статут, 2014. 159 с.

8. Богданов Д.Е. Новеллы Гражданского кодекса РФ с позиции концепции добросовестной последовательности в действиях и заявлениях (Электронный ресурс). Режим доступа: http://lawlibrary.ru/article2365609.html. Дата доступа:05.05.2017.

9. Мордовцев, А. Ю. Юридическое мышление в контексте сравнительного правоведения: Культурантологические проблемы (Электронный ресурс). Режим доступа: http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=189964. Дата доступа: 18.04.2017.

REFERENCES

1. Tsvaygert K.. Ketts Kh. Vvedeniye v sravnitelnoye pravovedeniye v sfere chastnogo prava. T.1. – M.: Mezhdunarodnyye otnosheniya. 2000. - 480 s. S.48.

2. Suleymenov M.K. Dobrosovestnost v grazhdanskom prave: problemy teorii i praktiki. Mat-ly mezhdunar. nauch.-prak. konf. v ramkakh ezhegod. tsivilisticheskikh chteniy. posvyashchen. 20-letiyu Grazhdanskogo kodeksa Respubliki Kazakhstan (Almaty. 22-23 maya 2014 g.)/ Otv. red. M.K. Suleymenov. – Almaty. 2014. 592 s. S. 9-38.

3. Kuanova I.Z. Tolkovaniye dobrosovestnosti v sudebnoy praktike Kazakhstana. Dobrosovestnost v grazhdanskom prave: Mat-ly mezhdunar. nauch.-prakt. konf. v ramkakh ezhegod. tsivilisticheskikh chteniy. posvyashchen. 20-letiyu Grazhdanskogo kodeksa Respubliki Kazakhstan (Almaty. 22-23 maya 2014 g.)/ Otv. red. M.K. Suleymenov. – Almaty. 2014. 592 s. S.120.

4. Romanov A.K. Pravovaya sistema Anglii: Ucheb. Posobiye. – M.: Delo. 2000. 344 s.

5. Suleymenov M.K. Angliyskoye pravo i pravovaya sistema Kazakhstana// Vestnik Instituta zakonodatelstva Respubliki Kazakhstan. №5 (41). 2015. s. 169-182.

6. Karapetov A.G. Estoppel na osparivaniye dogovora po p.2 st.431.1 GK (Elektronnyy resurs). Rezhim dostupa: https://zakon.ru/blog/2016/06/07/estoppel_na_osparivanie_dogovora_po_p2_st4311_gk. Data dostupa: 05.05.2017; Top-10 osnovnykh oshibok novoy redaktsii obshchikh norm GK RF o dogovorakh. Rezhim dostupa: https://zakon.ru/blog/2016/09/19/osnovnye_oshibki_novoj_redakcii_gk_o_dogovorah. Data dostupa: 05.05.2017.

7. Sedova Zh.I.. Zaytseva N.V. Printsip estoppel i otkaz ot prava v kommercheskom oborote Rossiyskoy Federatsii. M.: Statut. 2014. 159 s.

8. Bogdanov D.E. Novelly Grazhdanskogo kodeksa RF s pozitsii kontseptsii dobrosovestnoy posledovatelnosti v deystviyakh i zayavleniyakh (Elektronnyy resurs). Rezhim dostupa: http://lawlibrary.ru/article2365609.html. Data dostupa:05.05.2017.

9. Mordovtsev. A. Yu. Yuridicheskoye myshleniye v kontekste sravnitelnogo pravovedeniya: Kulturantologicheskiye problemy (Elektronnyy resurs). Rezhim dostupa: http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=189964. Data dostupa: 18.04.2017.

УДК 343

О ХОДЕ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ НОРМ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОНВЕНЦИИ ПО ВОПРОСАМ БОРЬБЫ С КОРРУПЦИЕЙ В УГОЛОВНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Рахметов Саттар Муканович,
Главный научный сотрудник отдела уголовного,
уголовно-процессуального законодательства и судебной экспертизы
Института законодательства Республики Казахстан,
д.ю.н., профессор, г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: rasattar@mail.ru

Ключевые слова: *коррупционные преступления; международные конвенции; уголовно-правовые меры борьбы с коррупционными преступлениями; имплементация; Уголовный кодекс; предмет взятки; выгода неимущественного характера; предложения по имплементации норм международных конвенций о борьбе с коррупцией в УК.*

Аннотация. *Проблемам борбы с коррупцией в нашей стране уделяется серьезное внимание, потому что коррупционные преступления относятся к наиболее опасным видам преступной деятельности. Об опасности коррупционных преступлений свидетельствует наличие ряда международных конвенции, направленных на объединение усилий международного сообщества на борьбу с этим опасным социальным явлением.*

Для эффективной борьбы с коррупционными преступлениями необходим комплекс мер, в том числе правового характера. Среди мер правового характера важную роль играют уголовно-правовые меры. Наша страна ратифицировала ряд международных конвенций, направленных на противодействие коррупции. В частности, Конвенцию ООН против коррупции. Большинство норм данной конвенции имплементированы в Уголовный кодекс нашей страны. Однако несмотря на то, что с момента ратификации данной конвенции прошло немало времени, некоторые нормы этой конвенции до сих пор остались не имплементированными.

Имеются предложения по совершенствованию норм УК. В частности, предлагается новое определение понятия должностного лица, в диспозиции ст.366 УК предлагается расширить перечень предметов взяточничества, включив туда выгоды неимущественного характера. Это позволит более полно вести уголовно-правовую борьбу со взяточничеством.

В статье дан анализ хода имплементации норм международных конвенции в УК нашей страны. Имеются конкретные предложения по имплементации норм международных конвенции о борьбе с коррупцией в УК нашей страны.

СЫБАЙЛАС ЖЕМҚОРЛЫҚҚА ҚАРСЫ КҮРЕС МӘСЕЛЕЛЕРІ БОЙЫНША ХАЛЫҚАРАЛЫҚ КОНВЕНЦИЯЛАРДЫҢ НОРМАЛАРЫН ҚАЗАҚСТАН РЕСПУБЛИКАСЫНЫҢ ҚЫЛМЫСТЫҚ ЗАҢНАМАСЫНА ИМПЛЕМЕНТТЕУ БАРЫСЫ ТУРАЛЫ

Саттар Мұқанұлы Рахметов
Қазақстан Республикасы Заңнама институты Қылмыстық,
қылмыстық іс жүргізу, қылмыстық атқару заңнамасы
және сот сараптамасы бөлімінің бас ғылыми қызметкері,
заң ғылымдарының докторы, профессор, Астана қ., Қазақстан Республикасы;
e-mail: rasattar@mail.ru

Түйін сөздер: *сыбайлас жемқорлық қылмыс; халықаралық конвенциялар; сыбайлас жемқорлық қылмысқа қарсы күрес бойынша қылмыстық құқықтық шаралар; имплементтеу; Қылмыстық кодекс; пара; материалдық емес сыйақылар; Қылмыстық кодекстің сыбайлас жемқорлыққа қарсы күрес жөніндегі халықаралық келісімдер нормаларын жүзеге асыруға бағытталған ұсыныстар.*

Аннотация. *Біздің елімізде сыбайлас жемқорлыққа қарсы күрес мәселелеріне елеулі көңіл бөлінеді, өйткені сыбайлас жемқорлық құқық бұзушылықтардың ең қауіпті түрі болып табылады.*

Сыбайлас-жемқорлық қылмыстарымен күресуге бағытталған бірқатар халықаралық

конвенциялардың барлығы бұл қауіпті әлеуметтік құбылыстың қоғамдық қауіптілігін көрсетеді. Олар халықаралық қоғамдастықтың күш-жігерін біріктіруге бағытталған.

Сыбайлас жемқорлық құқық бұзушылықпен күресу үшін түрлі іс-шаралар жасау керек. Олардың ішінде қылмыстсық-құқықтық шаралар маңызды болып саналады. Біздің еліміз сыбайлас жемқорлыққа қарсы күреске бағытталған халықаралық конвенциялардың бірқатарын ратификациялады. Атап айтқанда, сыбайлас жемқорлыққа қарсы БҰҰ конвенциясы. Б»зд»ң елдің Қылмыстық кодексіне Конвенция нормаларының көбі еңгізілді. Алайда, конвенцияны ратификациялаудан кейін біраз уақыт болғанына қарамастан, әлі күнге дейін осы Конвенцияның ережелерін кейбір нормалары іске асырылмай қалды.

Қылмыстық кодекстің нормаларын жетілдіруге бағытталған ұсыныстар бар. Атап айтқанда, лауазымды адамның жаңа түсінігі ұсынылады. Қылмыстық кодекстің 366-шы бабанда қарастырылған парақорлық қылмыстарының затының тізбесін кеңейту ұсынылып отыр. Бұл парақорлыққа қарсы қылмыстық құқықтың күрестің тиімділігін көтеруге мүмкіндік береді.

Мақала біздің елдің Қылмыстық кодексінде халықаралық конвенциялардың нормаларын іске асыруына талдау берілді. Қылмыстық кодексінде сыбайлас жемқорлыққа қарсы күрес жөніндегі халықаралық конвенцияны нормаларын іске асыру үшін нақты ұсыныстар бар.

THE IMPLEMENTATION OF THE NORMS OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON COMBATING CORRUPTION IN THE CRIMINAL LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

Rakhmetov Sattar M.,
Chief research fellow of the Department of criminal, criminal procedural, criminal executive legislation and forensic examination of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, d.j.s., professor, Astana, Republic of Kazakhstan;
e-mail: rasattar@mail.ru

Keywords: *corruption crimes; international conventions; effective fight against corruption crimes; criminal law measures to combat corruption crimes; implementation; the Criminal Code; Official; subject of a bribe; non-property benefit; proposals for the implementation of the norms of the international convention on combating corruption in the Criminal Code.*

Abstract. *The problems of fighting corruption in our country are given serious consideration, Because corruption crimes are among the most dangerous types of criminal activity. The danger of corruption crimes is evidenced by the existence of a number of international conventions, Aimed at uniting the efforts of the international community to combat this dangerous social phenomenon.*

To effectively combat corruption crimes, a set of measures is needed, Including legal ones. Among the legal measures, criminal-law measures play an important role. Our country has ratified a number of international conventions, Aimed at combating corruption. In particular, The United Nations Convention against Corruption. Most of the norms of this convention are implemented in the Criminal Code of our country. However, That since the ratification of this convention a lot of time has passed, Some of the norms of this convention have not yet been implemented.

There are proposals to improve the rules of the Criminal Code. In particular, Proposes a new definition of the concept of an official, In the disposition of Article 366 of the Criminal Code it is proposed to expand the list of subjects of bribery, Including the benefits of non-property. This will allow fuller conduct of the criminal-legal struggle against bribery.

The article analyzes the implementation of the norms of international conventions in the Criminal Code of our country. There are concrete proposals on the implementation of the norms of the international convention on combating corruption in the Criminal Code of our country.

Для успешной борьбы с коррупцией наша страна присоединилась к целому ряду международных конвенции, направленных на повышение эффективности борьбы с ней. В частности, Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ноябрь 2000 года) Казахстан ратифицировал 4 июня 2008 года; Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции (октябрь 2003 года) ратифицировал 4 мая 2008 года Конвенцию Совета Европы об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности (Страсбург, 8 ноября 1990 г.) ратифицировал 2 мая 2011 года.

В ряде стран ратифицированные международные договоры автоматически становятся частью внутригосударственного законода-

тельства [1, с. 100]. В нашей стране согласно части 3 ст. 4 Конституции Республики Казахстан «Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами. Порядок и условия действия на территории Республики Казахстан международных договоров, участником которых является Казахстан, определяются законодательством Республики»[1].

В части 3 ст.1 УК сказано: «Международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, имеют приоритет перед настоящим Кодексом и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона». Из этого положения следует, что Республика Казахстан, ратифицировав указанные международные конвенции, взял на себя обязательство выполнять их нормы. В нашей стране нормы международных договоров, регулирующие вопросы ответственности за отдельные виды уголовных правонарушений, не могут применяться непосредственно хотя бы потому, что в этих нормах отсутствуют санкции. Для того чтобы нормы международных договоров применялись, необходимо их имплементировать в национальное законодательство, которым согласно части 1 ст. 1 УК является УК.

Конвенция ООН против коррупции рекомендует странам-участникам Конвенции предусмотреть в национальном законодательстве своих стран в качестве коррупционных преступлений 11 составов:

1. Подкуп национальных публичных должностных лиц;
2. Подкуп иностранных публичных должностных лиц и должностных лиц публичных международных организаций;
3. Хищение, неправомерное присвоение или иное нецелевое использование имущества публичным должностным лицом;
4. Злоупотребление влиянием в корыстных целях;
5. Злоупотребление служебным положением;
6. Незаконное обогащение;
7. Подкуп в частном секторе;
8. Хищение имущества в частном секторе;
9. Сокрытие;
10. Воспрепятствование осуществлению правосудия;
11. Отмывание доходов от преступлений.

Кроме того, ряд указанных выше конвенции рекомендует странам-участникам конвенции предусмотреть уголовную ответственность юридических лиц. Это необходимо, для повышения эффективности борьбы не только с коррупционной преступностью, но и с организованной преступностью, с преступлениями в сфере экономической деятельности, которые в свою очередь тесно взаимосвязаны.

В УК нашей страны предусмотрена ответственность за подкуп национальных публичных должностных лиц (ст. 367 УК), подкуп иностранных публичных должностных лиц и должностных лиц публичных международных организаций (ст. 367 УК), хищение, неправомерное присвоение имущества публичным должностным лицом (п.2 части 3 ст. 189 УК), злоупотребление влиянием в корыстных целях (ст. 366 УК), злоупотребление служебным положением (ст. 361 УК), подкуп в частном секторе (ст. 253 УК), хищение имущества в частном секторе (ст. ст. 187, 188, 189 УК), сокрытие (ст. ч.5 ст. 28, ст. ст. 187, 188, 189, 432 УК), воспрепятствование осуществлению правосудия (ст. 407 УК), отмывание доходов от преступлений (ст. 218 УК).

В уголовном законодательстве нашей страны не предусмотрена ответственность юридических лиц, отсутствуют нормы об ответственности за нецелевое использование бюджетных средств, незаконное обогащение.

В связи с этим, а также для повышения эффективности мер противодействия коррупции следует, на наш взгляд, произвести имплементацию норм международных конвенции в законодательство нашей страны. Для этого следует:

1. Расширить трактовку понятия должностного лица, поскольку в настоящее время применяется чрезмерное узкое понятие должностного лица по сравнению с международными актами. Пункт а) ст. 2 Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции к публичному должностному лицу относит любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе Государства-участника на постоянной или временной основе, за плату или без оплаты труда, независимо от уровня должности этого лица[2]. Уголовное законодательство нашей страны признает должностными лицами не всех лиц, занимающих должности в исполнительном органе. В частности, пункт 26 ст. 3 УК нашей страны не признает должност-

[1] *Конституция Республики Казахстан 1995 года.*
[2] *Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (Нью-Йорк, 31 октября 2003 года). Конвенция вступила в силу 14 декабря 2005 года.*

ными лицами руководителей государственных организации и учреждений. Например, работники акиматов разных уровней. Это неправильно, так как работники акиматов обладают большими полномочиями во всех сферах жизни нашего общества.

Также по уголовному законодательству нашей страны не признаются должностными лицами руководители негосударственных, иностранных предприятий и организаций. Это сильно сужает сферу применения норм УК об ответственности за коррупционные преступления, что не способствует повышению эффективности борьбы с ними. Необходимо сформулировать понятие должностного лица таким образом, чтобы оно охватило не только руководителей государственных органов, но и государственных учреждений и организаций независимо от форм собственности. В связи с этим в п. 26 ст. 3 УК предлагаем следующую редакцию понятия должностного лица: «Должностными лицами признаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных учреждениях и организациях, в уставном капитале которых доля государства составляет более пятидесяти процентов, а также в Вооруженных Силах Республики Казахстан, других войсках и воинских формированиях Республики Казахстан».

2. В ст. 15 Конвенции ООН против коррупции рекомендуется рассматривать в качестве предмета взяточничества неправомерное преимущество, под которым следует понимать выгоды как имущественного, так и неимущественного характера.

Выгоды и преимущества являются предметом некоторых коррупционных преступлений. Например, в статьях 361, 369, 370 УК. Понятие выгод и преимуществ охватывает выгоды как имущественного, так и неимущественного характера.

Предмет взяточничества по УК нашей страны (в ст. 366 УК) определяется более узко, чем в Конвенции, как передача лицу взятки в виде денег, ценных бумаг, иного имущества, права на имущество или выгод имущественного характера. Выгоды неимущественного характера в статьях УК, предусматривающих ответственность за взяточничество, не рассматриваются как предмет преступления. Между тем совершение должностным лицом определенных действий или воздержание от них за предоставление выгод неимущественного характера становится в нашей стране распространенным явлением. Например, к выгодам неимущественного характера можно отнести предоставление высокооплачиваемой работ, должности, продвижение по карьерной лестнице и т.п. Это нередко имеет место между чиновниками, когда, например, один чиновник устраивает на хорошую должность человека по просьбе другого чиновника, который ему ранее оказал подобную услугу. К выгодам неимущественного характера следует относить и оказание сексуальных услуг.

В связи с изложенным полагаем, что в ст.366 УК перечень предметов взяточничества следует расширить, включив туда выгоды неимущественного характера. Это позволит более полно вести уголовно-правовую борьбу со взяточничеством.

3. Статья 15 указанной выше Конвенции ООН предлагает странам-участницам криминализировать в своем национальном законодательстве обещание, предложение или предоставление публичному должностному лицу лично или через посредников, какого-либо неправомерного преимущества для самого должностного лица или иного физического или юридического лица с тем, чтобы это должностное лицо совершило какое-либо действие или бездействие при выполнении своих должностных обязанностей.

В уголовном законодательстве Республики Казахстан не предусмотрена ответственность за перечисленные действия. Целесообразно предусмотреть уголовную ответственность за обещание дать взятку, предложение взять взятку, обращенное к публичному должностному лицу. Криминализация указанных деяний сыграло бы определенную положительную роль в профилактике взяточничества.

4. В УК Республики Казахстан не предусмотрена уголовная ответственность юридических лиц. В целом ряде международных конвенции рекомендуется установление такой ответственности в отношении юридических лиц. В частности, в ст. 10 Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности, в ст. 26 Конвенции ООН против коррупции. Необходимость включения в УК норм об ответственности юридических лиц вызвана все более частыми фактами их участия в коррупционных действиях, использования юридических лиц как орудия совершения хищений бюджетных средств, разного рода махинации, от которых причиняется огромный ущерб экономике нашей страны, интересам общества или отдельных физических и юридических лиц. Проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики

Казахстан по вопросу введения уголовной ответственности юридических лиц», пройдя первое чтение в Парламенте нашей страны, был отозван, не дойдя до второго чтения.

Высказывая сомнение в целесообразности введения уголовной ответственности юридических лиц, отдельные авторы указывают, что введение такой ответственности будет противоречить правовым принципам нашего государства. Другие ссылаются на то, что для борьбы с коррупционной деятельностью юридических лиц в нашей стране достаточна административная ответственность, установленная для юридических лиц.

Указанные доводы нельзя считать убедительными по следующим основаниям.

Если речь идет о принципе виновной ответственности в уголовном праве, то с учетом изменений социально-экономического характера, происшедших в нашей стране от этого принципа уголовного права можно отказаться в случае привлечения к уголовной ответственности юридических лиц. В случае введения уголовной ответственности юридических лиц он будет сохранен применительно к уголовной ответственности физических лиц. Уголовная ответственность юридических лиц – это новый институт уголовного права и в случае ее введения применительно к этому институту будут сформулированы несколько иные принципы уголовного права и не будет включен туда принцип виновной ответственности. В уголовном праве ряда европейских и иных зарубежных стран принцип виновной ответственности применительно к юридическим и даже физическим лицам не существует, то есть в случае совершения лицом деяния, содержащего признаки уголовного правонарушения, оно привлекается к уголовной ответственности при отсутствии вины.

Административная ответственность юридических лиц возможна лишь за административные коррупционные правонарушения. При наличии в действиях юридического лица признаков состава уголовного правонарушения (например, при даче взятки в пользу юридического лица) привлечение за это к административной ответственности невозможно, так как в Кодексе Республики Казахстан об административных правонарушениях отсутствует ответственность за это деяние.

В современный период установление уголовной ответственности юридических лиц за некоторые уголовные правонарушения, в том числе за коррупционные преступления необходимо в связи с тем, что в настоящее время возможно коллегиальное управление юридическим лицом, при котором лица, входящие в состав коллегиального органа управления юридическим лицом, совершив уголовное правонарушение, будут ссылаться на коллективное решение [2, с. 130]. Исходя из принципа личной ответственности, руководитель организации может избежать ответственности за совершенное уголовное правонарушение. В таких случаях было бы целесообразно привлечение юридического лица к уголовной ответственности [3, с. 44].

Высказывание о том, что введение уголовной ответственности юридических лиц может отрицательно повлиять на развитие предпринимательства в нашей стране, тоже абсолютно несостоятельны. Опасаться такой ответственности могут только недобросовестные предприниматели.

5. В ст. 17 Конвенции ООН против коррупции рекомендуется криминализировать «нецелевое использование публичным должностным лицом в целях извлечения выгоды для себя самого или другого физического или юридического лица какого-либо имущества, публичных или частных средств, или ценных бумаг, или любого другого ценного предмета, находящихся в ведении этого публичного должностного лица в силу его служебного положения». В Казахстане участились факты нецелевого использования бюджетных средств, в результате чего ежегодно государству причиняется огромный ущерб. Поэтому следовало бы предусмотреть уголовную ответственность за это деяние. В УК Российской Федерации за подобные действия предусмотрена ответственность по двум статьям: по ст. 285.1 (Нецелевое расходование бюджетных средств) и ст.285.2 (Нецелевое расходование средств





государственных внебюджетных фондов).

6. В ст. 20 Конвенции ООН против коррупции рекомендуется предусмотреть уголовную ответственность за «незаконное обогащение, т.е. значительное увеличение активов публичного должностного лица, превышающее его законные доходы, которое оно не может разумным образом обосновать». В Уголовном кодексе нашей страны норм об ответственности за незаконное обогащение нет. Дополнение его такой нормой позволило бы повысить эффективность уголовно-правовых мер борьбы с коррупцией, выявлять и привлекать к уголовной ответственности наиболее опасных коррупционеров, которые добыли преступным путем денежные средства и иное имущество на огромные суммы, выявлять и привлекать к ответственности наиболее крупных и опасных коррупционеров. Поэтому следует предусмотреть уголовную ответственность за данное деяние.

Указанной выше рекомендации последовали ряд стран. В частности, ст.268/2 Уголовного кодекса Аргентины предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок от двух до шести лет каторжных работ или тюремного заключения, штрафом в размере от пятидесяти до ста процентов суммы обогащения и пожизненным абсолютным поражением в правах за непредставление в ответ на законное требование оправдания происхождению своего значительного по размерам имущественного обогащения или обогащения, использовавшегося им в целях прикрытия подставного лица, осуществленных во время пребывания на государственном посту или должности и в период до двух лет после ухода с указанного поста или должности[3].

Конечно, дополнение УК нашей страны такой нормой встретит мощное противодействие прежде всего тех, кто имеет непомерно большие активы. В обоснование своей позиции они будут ссылаться на то, что криминализация незаконного обогащения будет противоречить презумпции невиновности. В ответ на это следует отметить, что бремя доказывания факта незаконного обогащения будет ложиться не на подозреваемого в незаконном обогащении, а на органы правосудия. А лицо, привлекаемое к уголовной ответственности за это деяние, защищая свои права, будет доказывать законность наличия у него чрезмерно больших активов. Таким образом, он будет опровергать обвинение в незаконном обогащении. Поэтому о нарушении принципа презумпции невиновности не может быть и речи.

Полагаем, что незаконным можно было признать обогащение в случаях, если разница между официальным имущественным положением незаконно обогатившегося, а также обнаруженным у него имуществом и законными доходами будет составлять 10 и более раз. Обогащение следует признать незаконным, если государственный служащий не может разумным образом обосновать законность его происхождения. Если правоохранительным органам и суду удалось обнаружить у государственного служащего имущество на сумму, составляющую разницу между официальным имущественным положением незаконно обогатившегося, а также обнаруженным у него скрытым имуществом и законными доходами менее 10 раз, то за такое незаконное обогащение может быть предусмотрена административная или дисциплинарная ответственность.

Статья УК об ответственности за незаконное обогащение в случае ее принятия

[3] *Уголовный кодекс Аргентины. – М., 2003.*

должна быть расположена в гл.15 УК после ст.368 (Посредничество во взяточничестве), так как взяточничество из числа коррупционных преступлений приводит к наибольшему незаконному обогащению, а ст.368 УК завершает тройку статей об ответственности за взяточничество. Конечно же, предлагаемая статья УК под номером 368-1 должна попасть в число коррупционных преступлений.

В связи с этим предлагаем следующую редакцию статьи УК об ответственности за незаконное обогащение:

«Статья 368-1. Незаконное обогащение.

1. Превышение лицом, уполномоченным на выполнение государственных функций, либо приравненным к нему лицом, или лицом, занимающим ответственную государственную должность, либо должностным лицом своих активов, а равно активов близких родственников над законными доходами в значительном размере -

наказывается...

2. То же деяние, совершенное в крупном размере,-

наказывается...

3. Деяние, предусмотренное частью первой настоящей статьи, совершенное в особо крупном размере,-

наказывается ...».

Для разъяснения понятия значительного размера превышения активов над законными доходами следует дополнить ст. 3 УК пунктом 43 в следующей редакции: «Значительным размером превышения активов над законными доходами признается сумма, превышающая 10 и более раз, крупным размером – пятьдесят и более раз, а особо крупным размером – сто и более раз».

Завершая вопрос о необходимости предусмотрения уголовной ответственности за незаконное обогащение, необходимо отметить, что государство, наделяя своих должностных лиц определенными властными полномочиями, имеет право учинить спрос, требовать объяснений с тех из них, кто, занимая определенную должность, чрезмерно усердствовал, приобретая на непомерно большие суммы имущество и не может объяснить, как добыл денежные средства на приобретение этого имущества. Без сомнения, норма о незаконном обогащении (в случае ее принятия) послужила бы мощной мерой противодействия коррупции со стороны наиболее изворотливых и опасных коррупционеров.

Следует отметить, что не менее важным является имплементация норм международных конвенции о противодействии коррупции в иные законодательные акты Республики Казахстан, направленные на профилактику коррупционных правонарушений, так как предупреждение правонарушений является основным направлением противодействия коррупции [4, с. 105].

ЛИТЕРАТУРА

1. Сарсембаев М.А. Теоретические и практические проблемы имплементации норм международных актов в выборном законодательстве Республики Казахстан // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. - 2009. - № 3. - С. 100-104.

2. Минин Р.В., Шеслер А.В. Институт уголовной ответственности юридических лиц в России: проблемы обусловленности и регламентации: Монография. — Томск, 2012. – 168 с.

3. Ситковский И.В. Проблема ответственности юридических лиц в уголовном законодательстве // Уголовное право. - 2002. -. № 4. - С. 43-46.

4. Алибеков С.Т. К вопросу имплементации базовых положений конвенции ООН против коррупции в национальное законодательство Казахстана // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. - 2009. -№ 3. - С. 105-110.

REFERENCES

1. Sarsembaev M.A. Teoreticheskie i prakticheskie problemy implementacii norm mezhdunarodnyh aktov v vybornom zakonodatel'stve Respubliki Kazahstan // Vestnik Instituta zakonodatel'stva Respubliki Kazahstan. - 2009. - № 3. - S. 100-104.

2. Minin R.V., Shesler A.V. Institut ugolovnoj otvetstvennosti juridicheskih lic v Rossii: problemy obuslovlennosti i reglamentacii: Monografija. — Tomsk, 2012. – 168 s.

3. Sitkovskij I.V. Problema otvetstvennosti juridicheskih lic v ygolovnom zakonodatel'stve // Ugolovnoe pravo. - 2002. -. № 4. - S. 43-46.

4. Alibekov S.T. K voprosu implementacii bazovyh polozhenij konvencii OON protiv korrupcii v nacional'noe zakonodatel'stvo Kazahstana // Vestnik Instituta zakonodatel'stva Respubliki Kazahstan. - 2009. -№ 3. - S. 105-110.

УДК 343.14

О СЛУЧАЯХ ОБЯЗАТЕЛЬНОГО УЧАСТИЯ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ АДВОКАТА СВИДЕТЕЛЯ, ИМЕЮЩЕГО ПРАВО НА ЗАЩИТУ

Ахпанов Арстан Нокешевич
Профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин ЕНУ им. Л.Н. Гумилёва; д.ю.н., заслуженный работник МВД РК, г. Астана, Казахстан, e-mail: ahpanov_a@mail.ru

Хан Александр Леонидович
Профессор кафедры досудебного расследования преступлений Карагандинской академии МВД РК им. Б. Бейсенова, к.ю.н., г. Караганда, Казахстан, e-mail: kaforp@mail.ru

Ключевые слова: *уголовный процесс; свидетель; свидетель, имеющий право на защиту; статус участника процесса; презумпция невиновности; подозреваемый; адвокат-защитник; адвокат-представитель.*

Аннотация. *Авторами статьи исследован вопрос о совершенствовании процессуально-правового статуса нового участника уголовного судопроизводства Республики Казахстан – свидетеля, имеющего право на защиту, и выявлены проблемы, возникающие в правоприменительной практике. Анализ соответствующих норм Уголовно-процессуального кодекса РК показывает, что ими чётко не определено правовое положение данного участника процесса, который занимает промежуточное положение между свидетелем и подозреваемым. Дается конструктивно-критическая оценка судебному толкованию права на защиту такого рода свидетеля. Вносится предложение об упорядочении и однозначном понимании конституционного права на защиту от подозрения (обвинения) применительно к названной категории свидетелей. Предлагается определить строго выверенный круг таких лиц, когда участие адвоката-защитника представляется обязательным. Авторы полагают возможным внести уточнения в нормативное постановление Верховного суда Республики Казахстан от 22 декабря 2016 года № 13. Кроме того, считают необходимым законодательно регламентировать случаи обязательного участия по уголовным делам адвоката свидетеля, имеющего право на защите. К ним можно отнести: недостижение им совершеннолетия; невозможность в силу физических или психических недостатков самостоятельно осуществлять свое право на защиту; невладение языком, на котором ведется судопроизводство; ходатайство свидетеля, имеющего право на защиту, о предоставлении адвоката за счет бюджетных средств.*

ҚОРҒАЛУҒА ҚҰҚЫҒЫ БАР КУӘ АДВОКАТЫНЫҢ ҚЫЛМЫСТЫҚ ІСТЕР БОЙЫНША МІНДЕТТІ ҚАТЫСУЫ ЖАҒДАЙЛАРЫ ТУРАЛЫ

Арыстан Нөкешұлы Ахпанов
Л.Н. Гумилев атындағы ЕҰУ-ның қылмыстық құқық кафедрасының профессоры, з.ғ.д., ҚР ІІМ еңбек сіңірген қызметкері, Астана, Қазақстан; e-mail: ahpanov_a@mail.ru

Александр Леонидович Хан
Б. Бейсенов атындағы ҚР ІІМ ҚЗИ-ның қылмыстардың алдын ала тергеу кафедрасының профессоры, з.ғ.к., Қарағанды, Қазақстан; e-mail: kaforp@mail.ru

Түйін сөздер: *қылмыстық іс жүргізу; куә; қорғалуға құқығы бар куә; процеске қатысушының мәртебесі; кінәсіздік презумпциясы; күдікті; адвокат-қорғаушы; адвокат-өкіл.*

Аннотация. *Мақаланың авторларымен Қазақстан Республикасының қылмыстық сот өндірісінің жаңа қатысушысы - қорғалуға құқығы бар куәнің процессуалды-құқықтық мәртебесін жетілдіру және құқық қолдану тәжірибесінде туындаған мәселелер айқындалып, зерттелген. Қазақстан Республикасының Қылмыстық процестік кодексінің тиісті нормаларына жасалған талдау, куә мен күдіктінің арасындағы аралық орынды*

алатын процестің бұл қатысушысының құқықтық жағдайы нақты айқындалмағанын көрсетіп отыр. Куәнің мұндай нысанының қорғалу құқығының соттық талқылауына конструктивті-сындарлы баға беріледі. Куәлардың аталған категориясына қатысты күдіктен (айыптаудан) қорғанудың конституциялық құқығын реттеуге және біржақты түсіну бойынша ұсыныс енгізілуде. Адвокат-қорғаушының қатысуы міндетті болып табылатын, осындай тұлғалардың нақты айқындалған шеңберін анықтау ұсынылуда. Авторлар 2016 жылдың 22 желтоқсанындағы № 13-ші Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының нормативтік қаулысына нақтылау енгізуді мүмкін санауда. Сонымен қатар, қорғалуға құқығы бар куәнің қорғаушсының қылмыстық істер бойынша міндетті түрде қатысу жағдайларын заң тұрғысынан бекіту қажеттілігін атап өтуде. Ондай жағдайларға жатқызуға болады: оның кәмелеттік жасқа толмағандығы; физикалық немесе психикалық кемістіктерге байланысты өз құқықтарын жүзеге асыра алмауы; сотөндірісі жүргізіліп жатқан тілді білмеуі; қорғалуға құқығы бар куәнің бюджеттік қаражат есебінен адвокаттың берілуін талап ету туралы өтініші.

ABOUT CASES OF OBLIGATORY PARTICIPATION ON CRIMINAL CASES OF ADVOCATE OF WITNESS, HAVING THE RIGHT OF DEFENSE

Akhpanov Arstan Nokeshevich
Professor of the Department of Criminal Law L.N. Gumilyov ENU, Doctor of jurisprudence, honored worker of the Ministry of Internal Affairs of RK, Astana, Kazakhstan; e-mail: ahpanov_a@mail.ru

Khan Alexander Leonidovich
Candidate of jurisprudence, Associate professor of the Department of organization of investigation of crimes B. Beysenov KA MIA RK, Karaganda, Kazakhstan; e-mail: kaforp@mail.ru

Keywords: *criminal procedure; witness; witness; having a right of defence; status of participant of process; presumption of innocence; suspected; advocate-defender; advocate-representative.*

Abstract. *The authors of the article investigated the issue of improving the procedural legal status of a new participant of the criminal trial of the Republic of Kazakhstan - a witness who has the right to protection, and identified the problems arising in law enforcement practice.*

An analysis of the relevant norms of the Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan shows that they do not clearly define the legal status of the participant of the process, who occupies an intermediate position between the witness and the suspect.

A constructive-critical assessment to the judicial interpretation of the right to defend such kind of witnesses is given. A proposal to streamline and unambiguously understanding of the constitutional right of defense against suspicion (accusation) in relation to the named category of witnesses is made.

It is proposed to define a strictly adjusted circle of such persons, when the participation of a defense lawyer is mandatory. The authors believe that it is possible to clarify the regulatory decision of the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan of December 22, 2016 No. 13.

In addition, they consider it is necessary to regulate legislatively the cases of compulsory participation in criminal cases of a lawyer of a witness having the right to defense. They include not coming of age; impossibility, due to physical or mental disabilities, to exercise their right to defense independently; Non-mastery of the language in which proceedings are conducted; Petition of a witness who has the right to defense, on the provision of counsel at the expense of budgetary funds.

Вопрос о процессуальном статусе свидетеля, имеющего право на защиту, как нового участника досудебного расследования, уже поднимался нами в рамках исследования его правового положения в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан [1, с. 144-148].

Между тем проблемы, возникающие в связи с реализацией его полномочий в правоприменительной практике, продолжают вызывать определенный интерес к указанному субъекту среди казахстанских ученых. В частности, речь идет о статье Мазур Н.В. и Афанасьевой С.А. «Оказание квалифицированной юридической помощи свидетелю, имеющему право на защиту».

Авторы публикации, в целом признавая факультативность полномочий адвоката по оказанию юридической помощи свидетелю по отношению к его основной функции – за-

щите от предъявленного обвинения, в то же время не согласны с тем, что она осуществляется только по ходатайству свидетеля. В этой связи они предлагают закрепить в УПК РК положение о привлечении адвоката «…не только по просьбе, когда свидетель, имеющий право на защиту выразил такое желание, но и в обязательном порядке… с отнесением расходов по его оплате на счет государства…».

Помимо этого они так же, как и мы, признают, что особенность процессуального статуса свидетеля, имеющего право на защиту, выделяет его из числа «иных лиц», к которым его относит законодатель и в этой связи требует вынесения отдельного постановления, устанавливающего границы его полномочий в указанном статусе. В качестве основного аргумента, подтверждающего их вывод, ими указывается на то, что «…в отличие от свидетеля, свидетель, имеющий право на защиту, по своей сути является лицом «под подозрением», и, соответственно - участником процесса, защищающим свои права...» [2, с. 52-54].

Безусловно, свидетель, имеющий право на защиту, – это лицо, в отношении которого имеется обоснованная вероятность заподозрить его в причастности к преступлению (часть пятая статьи 78 УПК РК), тогда как законодатель относит его к иным лицам (пункт 24 статьи 7 УПК РК) и не причисляет к стороне защиты (пункт 18) статьи 7 УПК РК).

Следовательно, он является участником, оказывающим содействие органам уголовного преследования или создающим условия для должного проведения расследования. Следует так же отметить, что свидетель, имеющий право на защиту, - участник только досудебного расследования, т.к. до суда необходимо либо перевести его в разряд подозреваемого, либо свидетеля, либо исключить из состава участников.

С другой стороны, положение указанного субъекта предполагает наличие определенного интереса данного участника к исходу дела, порождающее конституционное право на оказание квалифицированной юридической помощи со стороны адвоката-представителя. Более того, дефиниция «… имеющий право на защиту», автоматически влечет за собой обязанность органа досудебного расследования создать условия для осуществления данного права путем вынесения соответствующего постановления о привлечении адвоката по назначению.

Подобное двойственное положение рассматриваемого участника резонно вызвал у авторов вышеназванной научной публикации вопрос. Почему участие адвоката-представителя обеспечивается лишь по просьбе свидетеля, имеющего право на защиту, и не относится ли это к случаям обязательного участия защитника, как это предусмотрено в аналогичных ситуациях применительно к подозреваемому, с отнесением расходов на счет бюджетных средств.

Ответ на первый вопрос кроется в публичном построении уголовного процесса, предполагающего исключительное право государства в лице уполномоченных на то органов осуществлять защиту прав и свобод своих законопослушных граждан: потерпевшего (свидетеля), с предоставлением им лишь права на обжалование действий этих органов. Потому эти участники, в рамках предоставленных им прав, могут либо воспользоваться ими, либо отказаться от их реализации.

В этом проявляется диспозитивность уголовного процесса, состоящая в возможности предоставления каждому участнику самостоятельного выбора решения в пределах предоставленных законом прав. Гарантом соблюдения законности при проведении указанных процедур выступает прокурор, который и разрешает возникающие конфликты между гражданином и представителями исполнительной власти.

Если же производилась процедура депонирования показаний свидетеля, имеющего право на защиту (статья 217 УПК РК), то гарантом достоверности предусмотренных законом формальных процедур (но не достоверности полученных показаний) выступает следственный судья, осуществляющий допрос.

В отличие от свидетеля (потерпевшего) подозреваемый (обвиняемый) практически один противостоит стороне обвинения в лице государственной машины принуждения (карательной власти), поскольку осознанно или по неосторожности нарушил законодательный императив о запрете на совершение уголовных правонарушений.

С другой стороны, до вынесения обвинительного приговора на этого участника распространяется действие принципа презумпции невиновности, исключающего какое-либо ущемление принадлежащих ему прав до вступления приговора в законную силу. В этой связи закон предусматривает случаи обязательного участия адвоката, - защитника от объявленного подозрения (обвинения) как основную процессуальную гарантию от возможного произвола властей, создающую баланс равновесия между сторонами защиты и обвинения в рамках состязательности.

Поэтому проблема состоит не в том, кто должен обеспечить участие адвоката свидетелю, имеющему право на защиту (он сам

или следователь), а в достоверности соблюдения процедуры разъяснения принадлежащих ему прав. Полагаем, неясность (двусмысленность) в этом вопросе должна влечь недопустимость результатов последующего проведенного процессуального действия.

В этой связи в протоколе допроса свидетеля, имеющего право на защиту, аналогично процедурам дополнительного выяснения отношения участника к наиболее значимым правам, могущим повлечь недопустимость полученного доказательства (например, язык судопроизводства, право на свидетельский иммунитет, предупреждение об ответственности за отказ или дачу ложных показаний) логично предусмотреть обязательную формулировку в примерно следующей редакции: «В защитнике не нуждаюсь. Мне разъяснены последствия отказа от защитника и это не связано с моим материальным положением», либо: «Ходатайствую об участии защитника- представителя», скрепленные подписью свидетеля, имеющего право на защиту.

Таким образом, можно прийти к выводу о том, что вопрос о приглашении адвоката по просьбе свидетеля носит не концептуальный, а прикладной характер, и его разрешение возможно на рекомендательном уровне при формировании образцов-бланков процессуальных актов досудебного расследования.

Несколько сложнее обстоит с обязательностью участия защитника по назначению с отнесением расходов на счет бюджетных средств.

Проблема упирается в то, в каком статусе будет выступать адвокат: в качестве защитника или представителя? Безусловно, одной из правовых возможностей свидетеля, имеющего право на защиту, квалифицированно оспаривать возможное подозрение является его право на приглашение адвоката. Между тем возникает противоречие в толковании пункта 2) и пункта 3) части шестой статьи 78 УПК РК.

В первом случае свидетель, имеющий право на защиту, вправе самостоятельно или через третьих лиц пригласить адвоката, причем, исходя из родового понятия «свидетель» - это должен быть адвокат-представитель, оказывающий юридическую помощь и способствующий реализации предусмотренных законом прав представляемому лицу.

Но такой подход несколько не соответствует процессуальному статусу рассматриваемого лица, который вынужден противостоять первичному подозрению. Однако в последующем пункте разъясняется, что он вправе давать показания в присутствии избранного им адвоката, участвующего в качестве защитника до начала допроса.

Представляется, что сомнение, возникшее при применении указанной нормы УПК РК, однозначно должно толковаться в пользу свидетеля, имеющего право на защиту, в силу одного из краеугольных постулатов презумпции невиновности в уголовном процессе (часть третья статьи 19 УПК РК). Аналогичные положения содержатся и в частях первой-третьей статьи 68 УПК РК.

Неоднозначна и позиция высшего судебного органа Республики Казахстан. В частности, пункт 9 нормативного постановления Верховного суда РК от 22 декабря 2016 г. № 13 «О некоторых вопросах применения принципа языка судопроизводства» разъясняет, что если свидетель, имеющий право на защиту, подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, осужденный, оправданный… не владеет или недостаточно владеет языком судопроизводства, то в судебном процессе обязательно участие адвоката [1].

Полагаем, что позиция высшей судебной инстанции страны представляется разумной, но паллиативной и недостаточно последовательной. Во-первых, ею охвачены не все процессуально уязвимые категории свидетелей, имеющих право на защиту, а только не владеющие или недостаточно владеющие языком судопроизводства. Во-вторых, судебное толкование не касается досудебных стадий уголовного процесса. Примечательно, что свидетель, имеющий право на защиту, участвует исключительно в стадии досудебного расследования. Исключение составляет лишь процедура депонирования показаний следственным судьей. Но тогда эти правовые коллизии нужно было бы обозначить в этом и иных нормативных постановлениях, не ограничиваясь одной позицией и судебным процессом.

Кроме того, выход из сложившейся ситуации нам видится в законодательном разрешении проблемы. Очевидно, что в статье 78 УПК РК следует предусмотреть случаи обязательного участия в уголовном деле адвоката (в том числе по назначению) для отстаивания прав и законных интересов свидетеля, имеющего право на защиту. Такие случаи могут быть выделены аналогично с перечнем, изложенным в части второй статьи 69 УПК РК (когда отказ от защитника ни при каких условиях не принимается лицом,

[1] *Пункт 9 нормативного постановления Верховного суда Республики Казахстан от 22 декабря 2016 года № 13 «О некоторых вопросах применения принципа языка судопроизводства [Электронный ресурс]. - Режим доступа: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37513680#pos=0;0*

ведущим производство по делу), и включать следующие основания, когда свидетель, имеющий право на защиту:

1) не достиг совершеннолетия;

2) в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту;

3) не владеет языком, на котором ведется судопроизводство;

4) заявлено ходатайство свидетеля, имеющего право на защиту, о предоставлении адвоката за счет бюджетных средств.

Между тем возникает вопрос: кем будет оплачиваться участие адвоката и будут ли эти расходы отнесены к процессуальным издержкам за счет бюджета? По действующему законодательству, гарантированная государством оплата юридической помощи, оказываемой адвокатом, предусмотрена при его участии на любой стадии производства по уголовному делу лишь по назначению в качестве защитника, либо в качестве представителя потерпевшего, частного обвинителя без заключения договора с клиентом. Расходы по оплате труда адвокатов осуществляются за счет бюджетных средств (часть вторая статьи 174 УПК РК).

Казалось бы, что проблем нет, поскольку в законе имеется формулировка участия адвоката в качестве защитника по назначению, что соответствует пункту 3) части шестой статьи 78 и частям первой-третьей статьи 68 УПК РК.

Однако в постановлении Правительства Республики Казахстан от 29 декабря 2015 года № 1110 «Об установлении размера оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатом, и возмещения расходов, связанных с защитой и представительством» в качестве оснований для выплат указываются лишь защита подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного, а также участие в качестве представителя лица, признанного потерпевшим[2]. Указанные участники перечислены и в норме, посвященной отнесению процессуальных издержек за счет бюджетных средств (часть четвертая статьи 178 УПК РК) и в частях пятой и шестой статьи 68 УПК РК, регламентирующей оплату труда адвокатов.

К сожалению, ни один из указанных перечней не содержит ссылку на свидетеля, имеющего право на защиту. Полагаем, что устранение указанных противоречий возможно только путем внесения соответствующих дополнений в действующее законодательство.

Также заслуживает внимания и другой научный подход, предложенный авторами указанной выше публикации о необходимости замены термина «свидетель, имеющий право на защиту» на «свидетеля под подозрением». В такой трактовке снимается вопрос об отнесении указанного субъекта к незаинтересованным участникам досудебного расследования, Кроме того, это позволяет обосновать участие именно адвоката-защитника, а не адвоката-представителя.

Дело в том, что к защитнику подозреваемого (обвиняемого) переходят не все права защищаемых лиц, как в случае перехода к представителю всех прав представляемого (часть третья статьи 76 УПК РК). Кроме того, адвокат-защитник остается в деле и при замене статуса свидетеля, имеющего право на защиту, на статус подозреваемого, чего не происходит в случае участия адвоката-представителя.

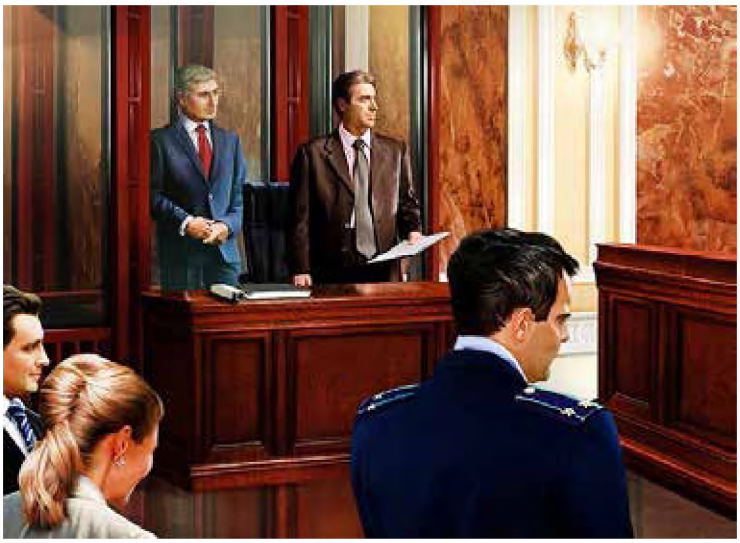
Помимо этого, по сравнению с адвокатом-представителем, обладающим равными правами с представляемым, адвокат-защитник имеет более широкие полномочия, позволяющие осуществлять свободный выбор средств и методов, необходимых ему для выполнения функции защиты. Так он вправе самостоятельно либо посредством следственного судьи истребовать и собирать доказательственную информацию, как путем направления соответствующих запросов, так и путем добровольного опроса лиц или назначения альтернативных независимых экспертиз (статья 70 УПК РК). Главное условие: защита только законных интересов подозреваемого (обвиняемого) должна вестись в пределах выбранной линии защиты.

Изложенное позволяет прийти к выводу о том, что термин «свидетель под подозрением» более отвечает содержанию правового положения рассматриваемого участника досудебного расследования по действующему УПК РК.

Возможна и рецепция зарубежного опыта. Например, согласно пункту 25 части первой статьи 3 УПК Украины к участникам уголовного судопроизводства относится свидетель и его адвокат. Тем самым полностью снимается проблема свидетеля, имеющего право на защиту, поскольку УПК Украины такого участника не предусматривает. Отсутствует он и в процессуальном законодательстве Российской Федерации, Эстонии, Грузии и Узбекистана.

---

[2] *Постановление Правительства Республики Казахстан от 29 декабря 2015 года № 1110 «Об установлении размера оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатом, и возмещением расходов, связанных с защитой и представительством» [Электронный ресурс]. - Режим доступа: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37943114#pos=0;0*



Другая неразрешенная до настоящего времени проблема: ответственность свидетеля, имеющего право на защиту, за дачу заведомо ложных показаний в случае доказанности подозрения. Законодатель однозначно устанавливает, что «… показания, данные подозреваемым в ходе его предварительного допроса в качестве свидетеля, не могут быть признаны в качестве доказательств и использованы против его супруга (супруги) и близких родственников, а также положены в основу обвинения подозреваемого…» - часть третья статьи 112 УПК РК.

С другой стороны, если в ходе допроса не нарушено его право на иммунитет, если обеспечена его безопасность, если государством гарантировано возмещение всех понесенных расходов и убытков, связанных с вызовом на допрос и обеспечением бесплатной юридической помощи, то свидетель, имеющий право на защиту, должен нести ответственность за избранную им линию поведения, преследующую цель ухода от уголовной ответственности.

В этом плане интересен законодательный опыт Украины, предусматривающий отдельную норму, посвященную ответственности свидетеля. В соответствии с диспозицией статьи 67 УПК Украины «… за заведомо ложные показания следователю, прокурору, следственному судье или суду или за отказ от дачи показаний следователю, прокурору, следственному судье или суду, свидетель несет уголовную ответственность...».

Полагаем, что урегулирование указанной проблемы возможно не только путем рецепции зарубежного опыта в отечественное законодательство или законодательным внесением изменений и дополнений в действующие нормы закона, но и путем дачи разъяснений в рамках нормативного постановления Верховного суда РК вопроса о том, что в подобных ситуациях суды должны рассматривать такое поведение как отягчающее вину обстоятельство, влияющее на степень и характер наказания, а также принимать все возможные меры к возмещению всех процессуальных издержек, связанных с нахождением в статусе свидетеля, имеющего право на защиту, в порядке регресса.

Возможно, подобное разъяснение послужит также сдерживающим фактором отрицания вины подозреваемым, при недостаточности данных, определяющих его процессуальный статус свидетеля, имеющего право на защиту.

ЛИТЕРАТУРА

1. Ахпанов А.Н., Хан А.Л. О процессуальном статусе свидетеля, имеющего право на защиту: теоретические и прикладные аспекты // Актуальные проблемы борьбы с преступлениями и иными правонарушениями: Мат-лы 14-й международн. научно-практич. конф. Часть 1 / Под ред. А.А. Андреева. - Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2016. - С. 144-148.

2. Мазур Н.В., Афанасьева С.А. Оказание квалифицированной юридической помощи свидетелю, имеющему право на защиту // Наука и образование в современном мире: Мат-лы международн. научно-практич. конф. Том 1. – Караганда: РИО «Болашак-Баспа», 2017. - С. 52-54.

REFERENCES

1. AkhpanovA.N., KhanA.L. O processual'nom statuse svidetelja, imejushhego pravo na zashhitu: teoreticheskie i prikladnye aspekty // Aktual'nye problem bor'by s prestuplenijami i inymi pravonarushenijami: Mat-ly 14-oi mezhdunarodnoi nauchno-praktich. konf. Chast' 1. / Pod red. A.A. Andreeva. -Barnaul: Barnaul'sky juridichesky institut MVD Rossii, 2016. - S. 144-148.

2. Mazur N.V., Afanas'eva S.A.Okazanie kvalifizirovannoi juridicheskoi pomoshhi svidetelju, imejushhemu pravo na zashhitu // Nauka i obrazovanie v sovremennom mire: Mat-ly mezhdunarodnoi nauchno-praktich. konf. Tom 1. –Karaganda: RIO «Bolashak-Baspa», 2017. - S. 52-54.

УДК 343.14

ПОНЯТОЙ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ КОДЕКСЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Кенжетаев Чингиз Джанович
Доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
Казахской академии труда и социальных отношений,
д.ю.н., г. Алматы, Республика Казахстан; e-mail: kuba07@inbox.ru

Ключевые слова: *законодательное закрепление участия понятого в уголовном процессе; имплементация; ответственность понятого; понятой; права и обязанности понятого; проведение следственного действия; следственное действие с участием понятого; участие понятого в уголовном процессе.*

Аннотация. *Настоящая статья посвящена особенностям участия понятого в уголовном процессе Республики Казахстан с точки зрения имплементации отдельных положений уголовно-процессуального законодательства Украины в законодательство Республики Казахстан.*

В статье обращается внимание на явное несовершенство норм, представляющих участие понятого в уголовном процессе. В частности, в статье рассматриваются проблемные вопросы функционирования статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан «Понятой». В работе автором перечисляются как вопросы несоответствия логике уголовного процесса, вытекающие из содержания данной статьи, так и разного рода неточности, которые осложняют выполнение функций понятым. Особое внимание автором уделяется логике соблюдения права добровольности участия в качестве понятого. По результатам исследования представлена авторская конструкция статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан «Понятой». Помимо этого автором осуществлена постановка проблем, касающихся функционирования других частных моментов статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, в частности относящихся к вопросам юридической техники. Автор выражает надежду, что данные рекомендации могут быть использованы не только в процессе дальнейшего совершенствования уголовно-процессуального законодательства, но и может сыграть определенную роль в формировании правовой культуры и правового сознания граждан.

ҚАЗАҚСТАН РЕСПУБЛИКАСЫНЫҢ ҚЫЛМЫСТЫҚ ПРОЦЕСТІК КОДЕКСІНДЕГІ КУӘГЕР

Шыңғыс Жанұлы Кенжетаев
Еңбек және әлеуметтік қатынастар қазақ академиясы
Азаматтық-құқықтық пәндер кафедрасының доценті,
з.ғ.д., Алматы қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: kuba07@inbox.ru

Түйін сөздер: *қылмыстық процеске куәгердің қатысуын заңды түрде бекіту; енгізу; куәгердің жауаптылығы; куәгер; куәгердің құқығы мен міндеттері; тергеу әрекетін жүргізу; куәгердің қатысуымен тергеулік әрекет; қылмыстық процеске куәгердің қатысуы.*

Аннотация. *Мақала Қазақстан Республикасының заңнамасына Украина қылмыстық-процестік заңнамасының жекелеген ережелерін енгізу тұрғысында Қазақстан Республикасының қылмыстық процесінде куәгердің қатысу ерекшеліктеріне арналған*

Мақалада қылмыстық процесте куәгердің қатысуымен ұсынылатын нормалардың айқын жетілмегеніне назар аударылған. Атап айтқанда, мақалада Қазақстан Республикасы Қылмыстық-процестік кодексінің «Куәгер» 82-бабының жұмыс істеуінің проблемалық мәселелері қарастырылады. Автор жұмыста аталған баптың мазмұнынан туындайтын қылмыстық процестің логикасындағы сәйкессіздік мәселелерін, куәгердің функцияларын орындауды қиындататын әртүрлі дәлсіздіктерді атап өтеді. Куәгер ретінде қатысуға еріктілік құқығын сақтау логикасына ерекше көңіл бөлінген. Зерттеудің нәтижесі бойынша Қазақстан Республикасы Қылмыстық-процестік кодексі «Куәгер» 82-бабының авторлық құрылымы ұсынылды. Сонымен қатар автор Қазақстан Республикасы Қылмыстық-процестік кодексі 82-бабының басқа дербес жағдайларының қызмет етуіне, жекелей алғанда заң техникасы мәселелеріне қатысты проблема көтереді. Автор берілген ұсынымдар қылмыстық-процестік заңнаманы жетілтіруде ғана қолданылып қоймай,

азаматтардың құқықтық мәдениеті мен құқықтық сана-сезімін қалыптастыруда белгілі рөл ойнайды деп үміттенеді.

THE WITNESS IN THE CRIMINAL PROCEDURE CODE THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

Chingis D. Kenjetaev
Associate Professor of Civil Law Disciplines of Kazakh Academy of Labor and Social Relations, doctor of legal sciences; Almaty, Republic of Kazakhstan; e-mail: kuba07@inbox.ru

Keywords: *legislative strengthening the participation of witnesses in criminal proceedings; implementation; the notion of responsibility; the concept of the rights and duties of a witness; an investigative action; investigative action with the participation of a witness; the presence of witnesses in criminal proceedings.*

Abstract. *This article is devoted to the features of participation of the witness in the criminal process of the Republic of Kazakhstan from the point of view of the implementation of certain provisions of the criminal procedural legislation of Ukraine in the legislation of the Republic of Kazakhstan.*

The article draws attention to the obvious imperfection of the norms representing the participation of the witness in the criminal process. In particular, the article examines the problematic issues of the functioning of Article 82 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan «Witness». In the work the author lists both issues of inconsistency with the logic of the criminal process, arising from the content of this article, as well as various inaccuracies that complicate the performance of functions witness. The author pays special attention to the logic of observing the right of voluntary participation as a witness. According to the results of the research, the author's design of Article 82 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan «Witness» is presented. In addition, the author posed problems related to the functioning of other special moments of Article 82 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan, in particular those relating to issues of legal technique. The author expresses the hope that these recommendations can be used not only in the process of further improvement of the criminal procedural legislation, but also can play a role in the formation of legal culture and legal consciousness of citizens.

В период современного состояния подхода к реформированию законодательства в Республике Казахстан и рожденного, в контексте такого подхода, нового Уголовно-процессуального кодекса нельзя не коснуться давно наболевшей проблемы участия понятых в ходе расследования преступлений.

Следует отметить, что указанная проблема как нельзя соотносима с вопросами имплементации законодательства, поскольку действующий Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан, во многом, является результатом рецепции украинского Уголовно-процессуального законодательства. О чем свидетельствует общее содержание части седьмой статьи 223 Уголовно-процессуального кодекса Украины от 13 апреля 2012 года. Изучение данной нормы свидетельствует практически о полном заимствовании смысла данной нормы в отечественном Уголовно-процессуальном кодексе. Нельзя не отметить и то обстоятельство, что уголовно-процессуальное законодательство мирового сообщества (за исключением стран постсоветского пространства) не содержит норм определяющих сущность участия понятых и вовсе не предполагает существование такого участника. Поэтому, говоря об имплементации законодательства, невозможно использовать законодательство каких-либо других стран, тем более, что как мы уже заметили, мы имеем дело с фактом полного заимствования норм об участии понятых из уголовно-процессуального законодательства Украины. Другими словами, имплементация норм, определяющих участие понятых в уголовном процессе Республики Казахстан, – свершившийся процесс, исключающий необходимость и возможность сравнения конструкций норм определяющим участие понятых.

Поэтому, такая имплементация предполагает детальное изучение смысла имплементируемых норм, на предмет их соотношения с логикой отечественного законодательства, а также изучение вопроса участия понятых с позиции структуры отечественного уголовно-процессуального законодательства.

Заметим, что такое участие, как правило, воспринимается многими учеными в области уголовного процесса именно как вопрос,

относящийся к уголовно-процессуальному пониманию расследования. Такая ситуация, будучи следствием существования понятых как фигуры, выполняющей роль обеспечения гарантий объективности расследования, на самом деле не совсем нормальна уже потому, что любой удостоверительный процесс является следствием познавательного процесса и не более. Поэтому участие понятых в уголовном процессе имеет и большое криминалистическое значение, что предполагает то обстоятельство, что сей вопрос может быть качественно изучен и описан лишь в комплексе криминалистической и уголовно-процессуальной эклектики.

Между тем, основным предметом исследования в данной статье является именно законодательное закрепление участия понятого в ходе расследования и его соответствие правовой логике и логике расследования.

В этой связи следует указать на то, что в Уголовно-процессуальном кодексе Республики Казахстан такое участие регулируется, прежде всего, статьей 82 «Понятой». При этом в первой части данная статья прямо указывает на основную цель участия понятых – «удостоверение факта производства следственного действия, его хода и результатов» [1]. Часть вторая данной статьи указывает уже на требования, предъявляемые к понятому, называя среди них способность «полно и правильно воспринимать происходящие в их присутствии действия». При этом следует заметить, что такая полнота и правильность являются оценочными категориями и идентифицируются как таковые лицом, привлекающим понятого и оценивающим правомерность его участия. Именно поэтому вопрос «правильности» понимания, имеющий большое значение интерпретационное значение, приобретает здесь значение факта,влияющего на судьбу расследуемого дела, тем более, когда идет речь об оценке происходящего. Это относится как к рассуждениям типа «стакан наполовину пуст – стакан наполовину полон», так и к сугубо конкретным ситуациям, при которых нежелание общения воспринимается как уклонение, уклонение как пассивность, резкость, как агрессивность. Фактически же, речь идет о том, что понятой в этой ситуации является самостоятельным познающим [2].

Еще более точные ситуации такого рода возникают в момент, когда понятой не вполне владеет языком, на котором проводится следственное действие, плохо видит, слышит, относится негативно к своему участию в ходе следственного действия. Другими словами, конкретизация элементов, подпадающих под субъективное понимание термина «полно и правильно», весьма подробная, а в случаях резкого резонанса между установками и характеристиками прочих участников процесса она не поддается объективному исчислению. Вместе с тем, при таком туманном понимании этих критериев и праве их оценке любым лицом, участвующим в проведении следственного действия, содержание части шестой данной нормы, указывающей на возможность привлечения к ответственности понятого, уклоняющегося от выполнения своих обязанностей, предполагает принуждение понятого к удостоверению именно той интерпретации фактов, которой придерживается лицо, проводящее расследование. Такую ситуацию нельзя назвать нормальной и соответствующей целям участия понятых в уголовном процессе. Этот факт предполагает изменение обсуждаемой формулировки Уголовно-процессуального кодекса на более мягкую, а именно на выражение «адекватно воспринимает факт производства следственного действия, его ход и результат». Такая формулировка, в свою очередь, предполагает лишь психическую полноценность понятого, на которую, к слову, существующее состояние статьи 82 «Понятой» Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан не указывает совсем.

Еще одним проблемным моментом законодательного регулирования участия понятого в ходе уголовного процесса является вопрос, вытекающий из соотношения прав и обязанностей понятого. Так, согласно части четвертой обсуждаемой статьи понятой имеет право участвовать в производстве следственного действия, что предполагает два обстоятельства. Первое из них определяет факт добровольности участия и возможности отказа в таком участии. А второе, логически указывает на то, что речь идет только о том следственном действии, к которому он привлекается в качестве понятого (что, впрочем, прямо не указано). Однако такая добровольность может быть подвергнута сомнениям уже потому, что пункт второй части пятой данной же статьи указывает на такое участие как на обязанность понятого. В результате чего мы имеем дело с явным внутренним противоречием положений статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан «Понятой», приводящим к вероятной возможности нарушения прав самого понятого. При этом такое нарушение можно считать и нарушением права участника процесса со всеми вытекающими отсюда последствиями, включая право на получение квалифицированной юридической помощи, сущность которого весьма

подробно описана В.В. Кониным [3].

Это нарушение тем более вероятно в силу существования положений части шестой данной же статьи, суть которой мы уже описали выше. В этой связи следует отметить, что на уровне общего теоретического понимания, следует согласиться с И.Н. Кондратом, полагающим, что в таких ситуациях мы имеем дело с глубокими противоречиями в соотношении законодательного регулирования прав человека и уголовно-процессуальной деятельности органов публичной власти [4]. В свою очередь, сей факт предполагает необходимость исключения пункта второго части пятой статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан «Понятой».

Следующим проблемным моментом законодательного регулирования участия понятого в ходе расследования преступлений является вопрос, вытекающий из обязанности понятого удостоверить своей подписью в протоколе следственного действия факт производства этого действия, его ход и результаты. Эта обязанность определяется наличием в Уголовно-процессуальном кодексе Республики Казахстан пункта третьего части пятой статьи 82 «Понятой», прямо указывающей на нее. Следует обратить внимание на то, что эта обязанность заставляет понятого «априори» согласиться с трактовкой происходящих в рамках следственного действия действий именно в контексте их подачи и фиксации лицом, проводящим само следственное действие, даже при их закреплении на явно несоответствующем истине уровне. В случае же если лицо, участвующее в качестве понятого при проведении следственного действия, откажется от такого удостоверения ему, скорее всего, будет указанно на возможную ответственность, определенную частью шестой данной статьи, которой мы уже не раз касались по тексту выше. Ибо самого права отказаться удостоверить протокол при его несоответствии произошедшим событиям понятой, согласно действующему законодательству, не имеет. Хотя такое право и является необходимым условием объективности участия понятого вообще. Это, в свою очередь, предполагает необходимость внесения изменений в часть четвертую обсуждаемой нормы с указанием на такое право.

Следующим моментом, подлежащим описанию в качестве проблемного, является вопрос, вызванный существованием пункта четвертого части четвертой статьи 82 «Понятой» Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан. Этот пункт указывает на то, что понятой вправе «приносить жалобы на действия органов уголовного преследования». Такой пункт в целом не может не вызывать удивления уже потому, что таким правом обладает не только каждый участник уголовного процесса, но и практически любое лицо. Именно поэтому эту норму уже можно назвать бессмысленной. Однако, на этом аргументация о несовершенстве состояния статьи 82 «Понятой» Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан не заканчивается, поскольку правом проведения следственных действий обладает не только орган уголовного преследования. Так, согласно части третьей статьи 58 «Прокурор» Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан «прокурор вправе



своим постановлением принимать дела к своему производству и лично производить расследование, пользуясь при этом полномочиями следователя». Фактически такой же объем прав, в части проведения расследования, сейчас имеет место и в отношении полномочий суда, ввиду введения в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан судебного следствия в объеме полноты производства предварительного следствия.

Таким образом, возникает ситуация, при которой следственные действия с участием понятых, могут проводиться широким кругом лиц, однако жалобы в части участия в качестве понятого могут быть принесены только в отношении органа уголовного преследования. Здесь, отсутствие в Уголовно-процессуальном кодексе Республики Казахстан конкретизации лица, проводящего следственное действие, приводит к отсутствию смысла данной нормы. Данный факт предполагает необходимость изменения текста данной нормы в формулировке «понятой вправе приносить жалобы на действия лица проводящего следственное действие с его участием» либо исключения такого упоминания из Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан вовсе.

Аналогичные выводы следует сделать и по отношению к содержанию части первой статьи 82 «Понятой», определяющей право привлечения в качестве понятого лишь за органом уголовного преследования, а также части второй данной статьи, указывающей на независимость понятого только лишь от органов уголовного преследования. Поскольку в данном случае правильнее было бы говорить о не зависимости от лица проводящего следственное действие.

Наконец, заключительной проблемой функционирования статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан «Понятой» является отсутствие даже принципиальных намеков на варианты выхода из ситуации, в которой понятые, которых, согласно части третьей обсуждаемой статьи, должно быть не менее двух, по разному реагируют на подтверждение результатов и хода проведенного следственного действия.

К примеру, один из понятых заявляет, что «обнаруженные» у лица наркотические средства были «подброшены» последнему лицом, проводящим следственное действие, а второй понятой свидетельствует о том, что этого не было. В этой ситуации возникает проблема, связанная с порядком действий лица, проводящего расследование, ибо заявления понятых могут не соответствовать действительности как согласованно, так и в противоречии между собой. При этом причины такого резонанса могут быть как объективно подтверждаемыми, так и субъективными. Это может быть как сама адекватность лица (понятого), разные возможности восприятия действительности, установка намеренного искажения. Другими словами, действующее состояние обсуждаемой статьи предполагает, что процедурные вопросы фиксации удостоверения понятыми порядка и хода следственного действия не в полной мере урегулированы. И проблема в данном случае заключается, прежде всего, в оценке результатов следственного действия, ибо это вопрос напрямую относится к доказыванию. Следует заметить, что в ряде ситуаций провести то или иное следственное действие заново попросту не представляется возможным. К таким действиям можно отнести следственные действия, носящие поисковый характер.

В этой связи предлагаем, что при отсутствии дополнительных средств фиксации хода следственного действия проводимого с участием понятых при оценке его характера следует исходить из принципа большинства. При этом в коллектив включать лицо, проводящее расследование, и прочих присутствующих лиц.

Таким образом, по результатам изучения указанных нами проблем функционирования статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан «Понятой», последнюю было бы правильно представить в следующем виде:

«Статья 82. Понятой

1. Понятым является лицо, привлеченное лицом, проводящим следственное действие, для удостоверения факта проведения действия, его хода и результатов в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом.

2. Понятыми могут быть только незаинтересованные в деле и не зависимые от лица, проводящего расследование, совершеннолетние, вменяемые лица способные адекватно воспринимать происходящие в их присутствии действия и не подлежащие отводу в соответствии со статьей 90 настоящего Кодекса.

3. При проведении следственных действий может участвовать не менее двух понятых. Участие в качестве понятого является добровольным.

4. Понятой имеет право:

1) исключить;

2) делать по поводу следственного действия, в котором принимает участие, заявления и замечания, подлежащие занесению в протокол;

3) знакомиться с протоколом следствен-

ного действия, в котором он участвовал;

4) приносить жалобы на действия лица проводящего следственное действие;

5) получать возмещение расходов, понесенных им в ходе участия в следственном действии;

6) заявлять ходатайство о принятии мер безопасности.

5. Понятой обязан:

1) явиться по вызову органа ведущего уголовный процесс;

2) исключить;

3) удостоверить свой подписью в протоколе следственного действия факт проведения этого действия, его ход и результаты;

4) не разглашать без разрешения лица осуществляющего расследование информацию, ставшую ему известной в ходе расследования дела;

5) соблюдать порядок при проведении следственного действия.

6. За отказ или уклонение от явки или выполнения своих обязанностей без уважительных причин на понятого может быть наложено денежное взыскание в порядке, предусмотренном статьей 160 настоящего Кодекса».

Хотелось бы обратить внимание на то, что предлагаемые нами правки касаются и других частных моментов функционирования статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан «Понятой», которые столь подробно не отражены в представленной статье. Вместе с тем, они открыты для анализа. При этом часть из них относится к проблемам юридической техники, которые практически не освещаются в научных публикациях, тем паче уголовно-процессуального характера, за исключением отдельных работ [5]. Именно поэтому представленные в статье выводы актуальны.

Надеемся, что представленные нами предложения будут использованы в процессе оптимизации уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан и смогут выступить в качестве элементов, пропагандирующих логику уголовно-процессуального права. Это тем более важно, что правовая пропаганда играет существенную роль в формировании правовой культуры и правового сознания граждан [6].

ЛИТЕРАТУРА

1. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан: Практическое пособие. – Алматы: Издательство «Норма-К», 2016. –С. 78.

2. Россинский С.Б. Дискуссионные вопросы методологии уголовно-процессуального познания // Российская юстиция, 2016. – № 4. – С. 32-36.

3. Конин В.В. Право на защиту: некоторые теоретические вопросы// Российская юстиция, 2013. – № 4. –С. 34-36.

4. Кондрат И.Н. Защита прав человека как системообразующая мера уголовного судопроизводства // Российская юстиция, 2013. – № 6. – С. 31-33.

5. Александров А .Юридическая техника – судебная лингвистика — грамматика права // Российская юстиция, 2007. – № 4. – С. 18.

6. Айтмухаметов Д.А. Роль правовой пропаганды в формировании правового сознания и правовой культуры граждан //Вестник института законодательства Министерства юстиции Республики Казахстан, 2015. –№ 3 (04). – С. 59-62.

REFERENCES

1. Ugolovno-processual'nyj kodeks Respubliki Kazahstan: Prakticheskoe posobie. – Almaty: Izdatel'stvo «Norma-K», 2016. – S. 78.

2. Rossinskij S.B. Diskussionnye voprosy metodologii ugolovno-processual'nogo poznanija // Rossijskaja justicija, 2016. – № 4. – S. 32-36.

3. Konin V.V. Pravo na zashhitu: nekotorye teoreticheskie voprosy // Rossijskaja justicija, 2013. – № 4. – S. 34-36.

4. Kondrat I.N. Zashhita prav cheloveka kak sistemoobrazujushhaja mera ugolovnogo sudoproizvodstva // Rossijskaja justicija, 2013. – № 6. – S. 31-33.

5. Aleksandrov A. Juridicheskaja tehnika – sudebnaja lingvistika — grammatika prava // Rossijskaja justicija, 2007. – № 4. – S. 18.

6. Ajtmuhametov D.A. Rol' pravovoj propagandy v formirovanii pravovogo soznanija i pravovoj kul'tury grazhdan // Vestnik instituta zakonodatel'stva Ministerstva justicii Respubliki Kazahstan, 2015. – № 3 (04). – S. 59-62.

УДК 343.238

НЕОДНОКРАТНОСТЬ УГОЛОВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ: ПРОБЛЕМНОСТЬ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ДЕФИНИЦИИ

Колос Ольга Валерьевна
Доцент кафедры уголовного права и криминологии Университета государственной фискальной службы Украины, к.ю.н., г. Ирпень, Украина; o.kolosso@gmail.com

Ключевые слова: *неоднократность уголовных правонарушений; неоднократность преступлений; повторность преступлений; тождественность преступлений; преступления одного вида.*

Аннотация. *Рассматривается часть 1 статьи 12 Уголовного кодекса Республики Казахстан. Указанная норма является дефиницией специального юридического термина «неоднократность».*

Данная норма не отвечает основным требованиям законодательной техники относительно норм-дефиниций. Во-первых, нарушено правило однозначности нормативного содержания соответствующего положения (на более высоком уровне – принцип правовой определенности). Во-вторых, дефиниция «неоднократность уголовных правонарушений» является неполной. В определении изложены не все те специфические признаки, которые имеют правовое значение.

Для решения этой проблемы рассматривается понятие «тождественные преступления». Под понятием «тождественные преступления» понимают преступления, которые в уголовном законодательстве, по общему правилу, предусмотрены отдельной статьей под одним названием. Примерами таких преступлений являются изнасилование, хулиганство. В теории уголовного права выделяют еще несколько дополнительных ориентиров:

а) нормативный ориентир – формулировка «предусматриваются одной и той же статьей или частью статьи»;

б) ориентир теоретического содержания – юридический состав совершенных уголовных правонарушений.

Учитывая приведенные аргументы, автор предлагает новую редакцию ч.1 ст.12 Уголовного кодекса Республики Казахстан.

ҚЫЛМЫСТЫҚ ҚҰҚЫҚ БҰЗУШЫЛЫҚТАРДЫҢ БІРНЕШЕ РЕТ ЖАСАЛУЫ: ЗАҢНАМАЛЫҚ ДЕФИНИЦИЯ ПРОБЛЕМАСЫ

Ольга Валерьевна Колос
Украинадағы Мемлекеттік фискал қызметі университетінің Қылмыстық құқық және криминология кафедрасының доценті, з.ғ.к., Ирпень қ., Украина; o.kolosso@gmail.com

Түйін сөздер: *қылмыстық құқық бұзушылықтардың бірнеше рет жасалуы; қылмыстардың бірнеше рет жасалуы; қылмыстардың қайта жасалуы; қылмыстардың тепе-теңдігі; бір түрлі қылмыстар.*

Аннотация. *Қазақстан Республикасы Қылмыстық кодексінің 12-бабының 1-бөлігі қарастырылады. Бұл норма «бірнеше рет жасалуы» деген айрықша заң терминінің дефинициясы болып табылады.*

Бұл норма бірнеше проблемалар құрайды және норма-дефинцияларына қатысты заңнамалық техникасының негізгі талаптарына сай емес. Біріншіден, тиісті ереженің нормативтік мазмұнының бірмағыналылық ережесі (жоғары деңгейден қарағанда - құқықтық анықтылығы қағидасы) бұзылған. Екіншіден, «қылмыстық құқық бұзушылықтардың бірнеше рет жасалуы» дефинициясы толық емес болып табылады. Анықтамада құқықтық мағынасы бар барлық айрықша белгілер көрсетілмеген.

Бұл мәселені шешу үшін «тепе-тең қылмыстар» ұғымы қарастырылады. «Тепе-тең қылмыстар» ұғымында қылмыстық заңнамадағы жалпы ереже бойынша бөлек бабымен бір атауындағы қарастырылған қылмыстар түсініледі. Бұндай қылмыстар мысалында зорлау, бұзықшылық. Қылмыстық құқық теориясында тағы бірнеше қосымша бағдарлар

бөлінеді:

а) нормативтік бағдар – «қылмыстар бір бабымен немесе оның бөлігімен ескеріледі» деген анықтама;

б) теориялық мазмұнының бағдары - – жасалған қылмыстардың заңдық құрамы.

Автор қылмыстың заңдық құрамы болып табылатын теориялық бағдары әр жақты бола алмайтынын белгілеп дәлел келтіреді, себебі екі қылмыстың заң құрамы әр түрлі болуы мүмкіндігімен, бірақ олар тепе-тең болып қарастырылуы мүмкін.

Келтірілген дәлелдерді еске ала отырып, автор Қазақстан Республикасы Қылмыстық кодексіндегі 12 бабының 1-тармағының жаңа редакциясын ұсынады.

REPEATED CRIMINAL OFFENSES: THE PROBLEM OF LEGAL DEFINITION

Kolos Olga V.

Associate professor of the Department of Criminal Law and Criminology of the University of the State Fiscal Service of Ukraine, Candidate of legal sciences, Irpin, Ukraine; o.kolosso@gmail.com

Keywords: *Incredibility of criminal offenses; incredibility crimes; repetition of crimes; identity of crimes; crime of one kind*

Abstract. *Part 1 of Article 12 of the Criminal Code of the Republic of Kazakhstan is considered. The specified norm is a definition of a special legal term «the incredibility of criminal offenses.*

This rule contains several problems and doesn't meet the basic requirements of the legislative machinery with regard to norm-definitions. The first, the rule of unambiguity of the normative content of the relevant provision is violated (at a higher level - the principle of legal certainty). The second, the definition of «the incredibility of criminal offenses» is incomplete. The definition does not set forth all those specific features that are of legal significance.

To solve this problem, the concept of «identical crimes» is considered. The term «identical crimes» is understood to mean crimes that in the criminal law, as a general rule, are provided for in a separate article under the same name. Examples of such crimes are rape, ruffianism. In the theory of criminal law, there are several additional guidelines:

a) normative reference - the wording of «a crime is provided by the same article or part of an article»;

b) a benchmark of theoretical content - the legal composition of the crimes committed.

Taking into account the above arguments, the author proposes a new version of Part 1, Article 12 of the Criminal Code of the Republic of Kazakhstan.

Постановка проблемы. Статья 12 Уголовного кодекса **Республики Казахстан** 2014 г.[1] (далее – УК Республики Казахстан) «Неоднократность уголовных правонарушений» определяет в первой части «Неоднократностью уголовных правонарушений признается *совершение двух или более деяний, предусмотренных одной и той же статьей или частью статьи* Особенной части настоящего Кодекса. Преступление и уголовный проступок не образуют между собой неоднократность».

Особенности нормативного содержания части 1 статьи 12 УК Республики Казахстан, позволяют утверждать, что эта норма является нормой-дефиницией, которая дает определение специально-юридического термина – «неоднократность».

Автор статьи предлагает рассмотреть данное определение с точки зрения основных требований законодательной техники относительно норм-дефиниций. Некоторые из аргументов, которые приводятся автором в этой статье, были ранее озвучены им в рамках предложения совершенствования статьи 32 Уголовного кодекса Украины «Повторность преступлений» [1].

Краткая история вопроса. В Основах уголовного законодательства Союза ССР и Республик 1991 года,[2] советский законодатель впервые за весь период сформулировал дефиницию повторности в статье 21 «Повторность преступлений». В части первой было определено «Повторностью престу-

[1] *Уголовный кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 года № 226-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 28.12.2016 г.) [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575252*

[2] *Основы уголовного законодательства Союза ССР и Республик от 2 июля 1991 года №2281-1 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.kremlin.ru/acts/bank/17/page/1*

плений признается совершение двух или более преступлений, предусмотренных *одной и той же статьей уголовного закона*. В случаях, предусмотренных законодательством Союза ССР и республик, повторностью может быть признано совершение двух или более преступлений, предусмотренных различными статьями уголовного закона». Основы уголовного законодательства Союза ССР и Республик были приняты Верховным Советом СССР 2 июля 1991 года во втором чтении и должны были вступить в силу с 1 июля 1992 года. Исторические события 1991 года, которые привели к распаду Советского Союза, внесли свои коррективы и данный нормативный документ так и не вступил в законную силу.

Тем не менее, отдельная уголовно-правовая норма, посвященная этой форме множественности, нашла свое продолжение в Общей части большинства уголовных кодексов постсоветских государств. Большая часть из них использовала термин «повторность», термин же «неоднократность» был использован в уголовных кодексах Азербайджанской Республики[3], Республики Казахстан, Кыргызской Республики[4] и Российской Федерации[5].

Исключением стал Уголовный кодекс Литовской Республики 2000 г., в котором законодателем было предусмотрено только такое проявление множественности, как рецидив (статья 27)[6]. Также Пенитенциарный кодекс Эстонской Республики 2001 г. изначально не фиксировал отдельных проявлений множественности деяний, а только в контексте назначения наказания определил их совокупность (статьи 64 и 65)[7].

Достаточно неординарный подход был применен в Уголовном кодексе Грузии 1999 г., где был использован термин «неоднократное преступление» (статья 15)[8]. Подобный подход был применен и в Уголовном кодексе Республики Молдова 2002 г., где в статье 31 законодатель использовал термин «повторное преступление»[9]. По мнению автора, в данном случае внимание акцентируется не на определенной комбинации преступлений, а на том, что это единичное преступление, наделенное специфическим субъектом – лицом, уже совершившим подобное преступление. Именно в этом и заключается существенное отличие данного подхода, его неординарность по отношению к такому уголовно-правовому явлению, как повторность (неоднократность) уголовных правонарушений.

Таким образом, статья о повторности (неоднократности) до 2004 года имела место в уголовных кодексах 11-ти постсоветских государств. При этом и юридическая конструкция самой нормы, и формулировки, использованные законодателем, у всех уголовных кодексов хоть и имели свои национальные особенности, но все же фактически были очень близки по своему нормативному содержанию [2].

Так в части 1 статьи 11 УК Республики Казахстан 1997 г. было указано, что «Неоднократностью преступлений признается совершение двух или более деяний, предусмотренных одной и той же статьей или частью статьи Особенной части настоящего Кодекса». Кроме этого в части 2 было указано: «Совершение двух или более преступлений, предусмотренных различными статьям Особенной части настоящего Кодекса, может быть признано неоднократностью только в случаях, специально указанных в настоящем Кодексе»[10].

Следовательно, законодатель в части 1 указывал на неоднократность преступлений одного вида (или т.н. «тождественных»), а в части 2 – на неоднократность преступлений одного рода (или т.н. «однородных»). Следует отметить, что первоначально в части 3

[3] *Уголовный кодекс Азербайджанской Республики от 30 декабря 1999 года №787-IQ (состоянием на 31 января 2005 года) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.unodc.org/tldb/pdf/Azerbaijan_Criminal_Code_in_Russian_Full_text.pdf*

[4] *Уголовный кодекс Кыргызской Республики от 1 октября 1997 года №68 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10 мая 2017 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://online.adviser.kg/Document/?doc_id=30222833&page=1*

[5] *Уголовный кодекс Российской Федерации 13 июня 1996 года (первичная редакция). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon.kuban.ru/uk/uk_s.htm*

[6] *Уголовный кодекс Литовской Республики от 26 сентября 2000 года №VIII-1968 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1243877*

[7] *Пенитенциарный кодекс Эстонской Республики 6 июня 2001 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://estonia.news-city.info/docs/sistemsw/dok_iegdab/*

[8] *Уголовный кодекс Грузии 22 июля 1999 года №228-вс [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.law.vl.ru/comments/show_law_sec.php?sec_id=61&law_id=12&sec_name=%D3%E3%EE%EB%EE%E2%ED%FB%E5+%EA%EE%E4%E5%EA%F1%FB+&law_name=*

[9] *Уголовный кодекс Республики Молдова от 18 апреля 2002 года №985-XV [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.unodc.org/tldb/pdf/Moldova/Penal_Code_of_Moldova.pdf*

[10] *Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 167-I (с изменениями и дополнениями по состоянию на 3 июля 2014 года). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1008032*

неоднократность преступлений не ограничивалась фактом осуждения лица, т.е. неоднократность составляли и те преступления, из которых за одно лицо могло быть ранее осуждено, но судимость за него не была снята или погашена.

Следует обратить внимание и на то, что в 2004 г. из Уголовного кодекса Российской Федерации 1996 г. была исключена уголовно-правовая норма о неоднократности (статья 16).[11] В 2007 г. из Уголовного кодекса Кыргызской Республики 1997 г. также была исключена статья 14 «Неоднократность преступлений».[12] Такой подход был неоднозначно воспринят учеными. Некоторые аргументы такого подхода и до сих пор вызывают острую дискуссию. Тем не менее, в указанных уголовных кодексах институт множественности теперь представлен двумя формами – совокупностью и рецидивом, которые разделены одним критерием – наличием у лица факта осуждения за одно из преступлений.[13]

Законодатель Республики Казахстан, в свою очередь, подошел к разрешению проблем института множественности преступлений по-другому, используя принципиально другой подход. Как подчеркивает Биебаева А.А., благодаря такому решению, неоднократность, совокупность и рецидив по действующему уголовному законодательству Республики Казахстан стали взаимоисключающими понятиями [3, с. 185]. Так Законом Республики Казахстан №227-IV от 10 декабря 2009 г.[14] были внесены изменения, состоящие в следующем:

1) неоднократностью преступлений теперь признавалось только совершение двух и более преступлений, предусмотренных одной и той же статьей (т.е. тождественных преступлений);

2) неоднократность преступлений охватывает собой только те преступления, за которые лицо не было осуждено, либо освобождено от уголовной ответственности на основаниях, установленных законом.

В понимании автора в зависимости от наличия определенных особенностей преступлений или их отсутствии можно выделить следующие возможные модели повторности (неоднократности):

а) «узкая» – повторность (неоднократность) преступлений одного вида (тождественных преступлений);

б) «традиционная» – повторность (неоднократность) преступлений как одного вида, так и однородных преступлений;

в) «широкая» – повторность (неоднократность) любых преступлений, в том числе и разнородных.

В Уголовном кодексе Республики Казахстан законодатель реализовал даже не «узкую» модель неоднократности, а т.н. «чистую» модель. Именно эта модель неоднократности и предусматривает совершение двух и более преступлений одного и того же вида, ни за одно из которых лицо не было осуждено. Эта же модель неоднократности сохранилась и в аналогичной статье (статья 12 «Неоднократность уголовных правонарушений») в УК Республики Казахстан 2014 г. Бесспорно, такой подход однозначно представляет особый интерес для ученых в области уголовного права на всем постсоветском пространстве. Тем не менее, дефиниция неоднократности в том виде, в котором она представлена в части 1 статьи 12 УК Республики Казахстан, по мнению автора, требует пересмотра.

Рассмотрение проблемы. В юридической литературе к основным требованиям законодательной техники относительно норм-дефиниций относят следующие:

1) дефиниция должна отображать только существенные признаки, имеющие правовое значение;

2) дефиниция должна быть полной и отображать все обобщающие явления;

3) дефиниция должна быть адекватной – ее объем должен сбегаться с понятием, которое определяется;

4) дефиниция должна трактоваться однозначно;

5) формулировка определения должна быть короткой [4, с. 48].

Этот перечень можно еще продолжить, но уже исходя из вышеперечисленного, мы можем сказать, что дефиниция, которую содержит часть 1 статьи 12 УК Республики Казахстан (как, впрочем, и ч.1 ст.32 УК

---

[11] *Федеральный закон о внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации №162–ФЗ от 8 декабря 2003 года. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://rg.ru/2003/12/16/kodeks.html*

[12] *Закон Кыргызской Республики от 25 июня 2007 года № 91 «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Кыргызской Республики…» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://online.adviser.kg/Document/?link_id=1001735524*

[13] *Следует добавить, что в 2008 г. из Уголовного кодекса Республика Молдова 2002 г. законодатель исключил статью 31 «Повторное преступление».*

[14] *Закон Республики Казахстан от 10 декабря 2009 года № 227-IV «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный ….» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30531468*

Украины), в полной мере им не отвечают. В частности имеется в виду:

1) использование в дефиниции формулировки «предусмотренных той же статьей или частью статьи» в определенной степени нарушает правило однозначности нормативного содержания соответствующего положения (на более высоком уровне – принцип правовой определенности);

2) дефиниция повторности (неоднократности) является неполной, поскольку в определении изложены не все те специфические признаки, которые имеют правовое значение и являются характерными именно для данной формы множественности.

Проблематика использования формулировки *«предусмотренных одной и той же статьей или частью статьи».* Под понятием «тождественные преступления», а именно такое название преступлений одного вида встречается почти во всех научных источниках, понимают преступления, которые в уголовном законодательстве, по общему правилу, предусмотренные отдельной статьей под одним названием. Примерами таких преступлений являются изнасилование, хулиганство.

Кроме этого основного ориентира в теории уголовного права выделяют еще несколько дополнительных ориентиров:

а) нормативный ориентир – формулировка «предусматриваются одной и той же статьей или частью статьи»;

б) ориентир теоретического содержания – юридический состав совершенных уголовных правонарушений.

В данной статье внимание будет акцентировано на рассмотрении именно нормативного ориентира, который на законодательном уровне в части 1 статьи 12 УК Республики Казахстан 2004 г. выражается формулировкой «предусмотренные той же статьей или частью статьи Особенной части этого Кодекса». В данной формулировке законодатель предусмотрел альтернативу: «одной и той же статьей» или «той же частью статьи». Мы попробовали растолковать данную формулировку за несколькими подходами и получили следующие результаты.

За так называемым «стандартным» подходом, который основывается на расширительном виде толкования, в данной формулировке видится логическая ошибка. Согласитесь, если уголовные правонарушения предусмотрены одной и той же статьей, то уточнение «или частью статьи» уже не нужно, поскольку не важно, предусмотрено или не предусмотрено в статье части вообще?

За «упрощенным» подходом, который основывается на буквальном виде толкования, формулировка «...предусмотренных одной и той же статьей или частью статьи» воспринимается так, будто повторность (неоднократность) уголовных правонарушений будет иметь место лишь в двух случаях, а именно:

- оба преступления, предусмотренные «одной и той же статьей», то есть совершены по признакам одной и той же статьи, которая вообще не содержит в себе частей (например, первое преступление предусмотрено ст.123 «Понуждение к половому сношению, мужеложству, лесбиянству или иным действиям сексуального характера» УК Республики Казахстан и следующее преступление – так же);

- оба уголовных правонарушения предусмотрены «той же частью статьи», то есть и первое, и следующее уголовное правонарушение совершенны по признакам одной и той же части одной и той же статьи Особенной части. Например, и первое, и второе уголовных правонарушений предусмотрены ч.2 ст.128 «Торговля людьми» УК Республики Казахстан, из чего вытекает что, если уголовные правонарушения предусмотрены разными частями ст.128 УК Республики Казахстан, они неоднократность не образуют.

Очевидно, что такой подход кажется некорректным, поскольку и теория уголовного права, и правоприменительная практика выходят из того, что в подавляющем большинстве случаев уголовные правонарушения, предусмотренные разными частями одной и той же статьи Особенной части Уголовного кодекса, могут образовывать неоднократность. Например, при наличии других необходимых признаков неоднократность образуют две кражи: кража, совершенная в крупном размере + кража, совершенная в особо крупном размере.

В абзаце 2 пункта 3 Нормативного постановления Пленума Верховного Суда Республики Казахстан «О квалификации неоднократности и совокупности уголовных правонарушений» №11 от 25 декабря 2006 года[15] специально предусмотрено правило квалификации для уголовных правонарушений, предусмотренных разными частями одной и той же статьи: «При совершении нескольких уголовных правонарушений, предусмотренных различными частями одной и той же статьи УК, предусматривающими раз-

[15] *Нормативное постановление Пленума Верховного Суда Республики Казахстан «О квалификации неоднократности и совокупности уголовных правонарушений» №11 от 25 декабря 2006 года (с изменениями и дополнениями состоянием на 31.03.2017 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30087257#pos=2;-187*

ные квалифицирующие признаки, эти деяния в целом подлежат квалификации лишь по той части статьи, которая устанавливает более строгое наказание и охватывает квалифицирующие признаки. В таких случаях квалифицирующие признаки уголовного правонарушения, установленные в отношении деяний, указанных в иных частях данной статьи уголовного закона, подлежат вменению и должны быть указаны в приговоре».

Учитывая все вышесказанное, возможно, не полностью оптимальным, но приемлемым вариантом решения исследуемой проблемы, на наш взгляд, является исключить слова *«или частью статьи»*, сформулировав ее таким образом: *«Неоднократностью уголовных правонарушений признается совершение двух или более деяний, предусмотренных одной и той же статьей Особенной части настоящего Кодекса»*. Такая формулировка предоставит возможность преодолеть неоднозначность и объективно отобразить один из существенных признаков неоднократности уголовных правонарушений как ее видовое отличие от других понятий этого же рода.

Совершение неоднократных уголовных правонарушений в разное время. Еще одна ошибка законодательной техники, допущенная в дефиниции, заключается в том, что дефиниция неоднократности является неполной, поскольку в определении изложены не все те специфические признаки, которые имеют правовое значение и являются характерными именно для данной формы множественности. Речь идет о неодновременности или совершении уголовных правонарушений в разное время. Согласитесь, что этот признак является существенным и отличительным для повторности (неоднократности), поскольку разграничивает повторность (неоднократность) уголовных правонарушений и их идеальную совокупность, в пределах которой лицо совершает несколько уголовных правонарушений одним действием.

Анализ научной литературы свидетельствует о том, что такой специфический признак повторности (неоднократности), признается в научной среде уже достаточно длительное время. О нем однозначно высказывались многие ученые, среди которых: Таганцев Н.С.[5], Малков В.П. [6, с. 26–27], Алиев Н.Б. [7, с. 8], Криволапов Г.Г. [8, с. 15–16], Караев Т.Е. [9], Агаєв оглы И.Б. [10, с. 6], Шапченко С.Д. [11, с. 71], Берзин П.С. [12, с. 94]. Этот список можно еще продолжать. Все они подчеркивают, что для разграничения повторности (неоднократности) преступлений и их идеальной совокупности этот признак является важным, существенным, специфическим.

Следует заметить, что отсутствие этого специфического признака повторности в статье 32 УК Украины заметил и попробовал решить – на правоприменительном уровне – Пленум Верховного Суда Украины. В частности, в пункте 3 постановления Пленума Верховного Суда Украины «О практике применения судами уголовного законодательства о повторности, совокупности и рецидиве преступлений и их правовых последствиях» №7 от 4 июня 2010 года[16] отмечено: «По содержанию статьи 32 УК повторностью преступлений признается неодновременное совершение одним и тем же лицом двух или больше преступлений».

Считаем, что указание на неодновременность совершенных уголовных правонарушений при их повторности (неоднократности) должно быть предусмотрено не только на правоприменительном, но и на законодательном уровне. К слову добавим, что среди стран постсоветского пространства законодательное указание относительно неодновременности или совершения в разное время повторных (неоднократных) преступлений предусмотрены ч.1 ст.19 Уголовного кодекса Республики Таджикистан 1998 г.[17], а также ч.1 ст.32 Уголовного кодекса Республики Узбекистан 1994 г.[18]

Выводы. Учитывая вышеизложенные аргументы, опираясь на основные требования законодательной техники относительно норм-дефиниций, автор предлагает устранить вышеуказанные ошибки в новой редакции части 1 статьи 12 Уголовного кодекса Республики Казахстан: «Неоднократностью уголовных правонарушений признается совершение в разное время двух или более деяний, если они предусмотрены одной и той же статьей Особенной части настоящего Кодекса».

Вопросу исследования понятия «тождественности» уголовных правонарушений будут посвящены последующие статьи автора.

---

[16] *Постановление Пленума Верховного Суда Украины «О практике применения судами уголовного законодательства о повторности, совокупности и рецидиве преступлений и их правовых последствиях» №7 от 4 июня 2010 года. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=31415*

[17] *Уголовный кодекс Республики Таджикистан 1998 года (с изменениями и дополнениями состоянием на 23.07.2016 года) [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://legislationline.org/ru/documents/section/criminal-codes*

[18] *Уголовный кодекс Республики Узбекистан 1994 года (с изменениями и дополнениями состоянием на 10.08.2015 года) [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://legislationline.org/ru/documents/section/criminal-codes*

ЛИТЕРАТУРА

1. Колос О.В. Нормативні характеристики повторності злочинів у Кримінальному кодексі України та основні напрямки їх вдосконалення / Право і суспільство. – 2014. – №6-2, ч.3. – С.162 – 167. – ISSN 2078-3736.
2. Колос О.В. Повторність злочинів за Кримінальним кодексом України: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право / Ольга Валеріївна Колос. – Київ, 2015. – 253 с.
3. Уголовное право Республики Казахстан: Общая часть. Учебник. Отв. ред. – д.ю.н., проф. И.И. Рогов и д.ю.н., проф. К.Ж. Балтабаев. – Алматы: Жеті Жаргы, 2016. – 448 с. – С. 185.
4. Косович В. Правові дефініції як засіб забезпечення створення досконалих нормативно-правових актів України / Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2013. – Випуск 57. – С. 43–52.
5. Таганцев Н.С. Уголовное право (Общая часть). Часть 2. По изданию 1902 года. [Электронный ресурс]. Режим доступа: //http://www.allpravo.ru/library/doc101p/instrum106/
6. Малков В.П. Повторность преступлений (понятие и уголовно-правовое значение). – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1970. – 174 с.
7. Алиев Н.Б. Повторность и рецидив преступлений по советскому уголовному праву / Н.Б. Алиев. – Махачкала: Изд-во Даггосуниверситета им. В.И. Ленина, 1978. – 118 с.
8. Криволапов Г.Г. Множественность преступлений по советскому уголовному праву / Учеб. пособ. – М.: Академия МВД СССР, 1974. – 31 с.
9. Караев Т.Э. Повторность преступлений. – М.: Юрид. лит., 1983. – 104 с.
10. Агаев И.Б. Проблема повторности в уголовном праве. – М.: Юристъ, 2004. – 157 с. – ISBN 5-7975-0682-3.
11. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко.- К.: А.С.К., 2006. – 848 с. – ISBN 966-539-464-9.
12. Берзін П. Поняття повторності та сукупності злочинів: особливості системно-структурних характеристик / Право України. – 2011. – №9. – С. 92–98.

REFERENCES

1. Kolos O.V. Normatyvni harakterystyky povtornosti zlochyniv u Kryminalnomy kodeksi Ukrayiny ta osnovni naprjamky yih vdoskonalennja/ Pravo i suspilstvo. – 2014. – №6-2, ch.3. – S.162 – 167. – ISSN 2078-3736.
2. Kolos O.V. Povtornist' zlochuniv za Kryminalnom kodeksom Ukrayiny: dis. na zdobuttya nauk. stupenya kand. yuryd. nayk: 12.00.08 «Kryminalne pravo ta kryminologiya; kryminalno-vykonavche pravo / Olga Valeriyivna Kolos. – Kyiv, 2015. – 253 p.
3. Ugolovnoje pravo Respubliki Kazahstan: Obshhaja chast'. Uchebnik. Otv. red. – d.y.n., prof. I.I. Rogov i d.y.n., prof. K.G. Baltabayev.– Almaty: Gheti Ghargы, 2016. – 448 p.
4. Kosovich V. Pravovi dephinisiyi jak zasib zabezpechennya stvorennja doskonalyh normatyvno-pravovyh aktiv Ukrayiny / Visnyk Lvivs'kogo universytetu. Serija jurydychna. - 2013. - Vypusk 57. - P. 43-52.
5. Taganzev N.S. Ugolovnoje pravo (Obshhaja chast'). Chast' 2. Po izdaniju 1902 goda // http://www.allpravo.ru/library/doc101p/instrum106/
6. Malkov V.P. Povtornost' prestuplenij (ponatiye i ugolovno-pravovoye znacheniye). - Kazan': Izd-vo Kazan. un-ta, 1970. - 174 p.
7. Aliev N.B. Povtornoct' i rezidiv prestuplenij po sovetskomu ugolovnomu pravu/ N.B. Aliev. - Makhachkala: Isd-vo Daghgosuniversiteta im. V.I. Lenina, 1978. - 118 p.
8. Krivolapov G.G. Mnozhestvennost' prestuplenij po sovetskomu ugolovnomu pravu / Ucheb. posob. – M.: Akademija MVD SSSR, 1974. – 31p.
9. Karaev T.E. Povtornost' prestuplenij. - M .: Jurid. lit., 1983. - 104 p.
10. Agaev I.B. Problema povtornosti v ugolovnom prave . – M.: Jurist, 2004. - 157 p. - ISBN 5-7975-0682-3.
11. Naukovo-praktychnyj komentar do Kriminalnogo kodeksu Ukrayiny. – 4-te vyd., pererobl. ta dopovn. / Vidp. red. S.S. Yatsenko .– K .: A.S.K., 2006. – 848 p. – ISBN 966-539-464-9.
12. Berzin P. Ponjattja povtornosti ta sukupnosti zlochuniv: osoblyvosti systemno-strukturnyh harakterystyk/ Pravo Ukrayiny. – 2011. – №9. – S. 92–98.

УДК 347.965
УДК 343.121

О НЕКОТОРЫХ АСПЕКТАХ ДАЛЬНЕЙШЕГО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Рахмитов Фуат Марсильевич
Старший научный сотрудник отдела уголовного, уголовно-процессуального, уголовно-исполнительного законодательства и судебной экспертизы Института законодательства Республики Казахстан, к.ю.н.; г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: fuat250961@mail.ru

Ключевые слова: *юридическая помощь; адвокатская деятельность; адвокатура; независимость; адвокатское сообщество.*

Аннотация. *В статье обозначена всевозрастающая роль адвокатуры в современном государстве и обществе. Указанный вывод сделан на основе положения о том, что она стоит не на страже защиты интересов государства или правосудия, а отстаивает негосударственный личный интерес, создает все условия для предоставления каждому гражданину возможности беспрепятственно пользоваться всеми предоставленными ему Конституцией правами.*

Наряду с этим, автором рассмотрены некоторые проблемные вопросы в деятельности адвокатур, рассмотрение которых позволило ему предложить наиболее эффективные пути их решения. К числу факторов, препятствующих эффективной работе адвокатов, относятся громоздкая процедура оформления допуска адвокатов к материалам, содержащим государственные секреты, недостаточная степень их правовой защищенности, отсутствие страхования ответственности адвокатской деятельности.

По результатам анализа автором предлагается система мер, направленных на дальнейшее совершенствование адвокатской деятельности в республике:

– упрощение процедуры допуска адвокатов к материалам, содержащим государственные секреты;

– отнесение ст. 435 Уголовного кодекса РК «Воспрепятствование законной деятельности адвокатов и иных лиц по защите прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, а также оказанию юридической помощи физическим и юридическим лицам» к делам частного обвинения;

– установление в стране Дня адвокатуры в качестве профессионального праздника;

– поэтапное внедрение в практику страхования ответственности адвокатской деятельности;

– введение специализации адвокатов по материалам уголовных, гражданских и иных категорий дел.

Также предлагается конкретизировать и повысить требования, предъявляемые к подготовке кадров адвокатов. Лицо, обучающееся в юридическом вузе и избравшее для будущей своей практической деятельности адвокатскую стезю, должно заранее готовиться к таковой деятельности.

ҚАЗАҚСТАН РЕСПУБЛИКАСЫНДА АДВОКАТТЫҚ ҚЫЗМЕТІН ОДАН ӘРІ ЖЕТІЛДІРУДІҢ КЕЙБІР АСПЕКТІЛЕРІ ТУРАЛЫ

Фуат Марсильұлы Рахмитов
ҚР Заңнама институты қылмыстық, қылмыстық іс жүргізу, қылмыстық атқару заңнамасы және сот сараптамасы бөлімінің аға ғылыми қызметкері, з.ғ.к.; Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: fuat250961@mail.ru

Түйін сөздер: *заң қызметі; адвокаттық қызмет; адвокатура; тәуелсіздік; адвокаттық қауымдастық.*

Аннотация. *Осы мақалада адвокатураның қазіргі заманғы мемлекет пен қоғамда үлкен рөлі атап көрсетілген. Мұндай тұжырым адвокатура мемлекеттің немесе сот төрелігінің мүдделерін қорғамайды, ол мемлекеттік емес жеке мүддені қорғайды, әрбір азаматқа өзіне Конституцияда берілген барлық құқықтарды пайдалану мүмкіндігін беру үшін барлық жағдайларды жасайды деген ереже негізінде шығарылды.*

Сонымен қатар, автор адвокатура қызметінің кейбір проблемалы мәселелерін қарады, осы проблемаларды қарау авторға оларды шешудің анағұрлым тиімді жолдарын ұсынуға мүмкіндік берді. Адвокаттардың мемлекеттік құпияларды қамтитын материалдарға қолжетімділігін ресімдеудің ауыр рәсімі, олардың құқықтық қорғалуының жеткіліксіз деңгейі, адвокаттық қызметтің жауаптылығын сақтандырудың болмауы адвокаттардың тиімді жұмысына кедергі келтіретін факторлардың қатарына жатады.

Автор талдау нәтижелері бойынша республикада адвокаттық қызметті одан әрі жетілдіруге бағытталған мынадай:

– мемлекеттік құпияларды қамтитын материалдарға адвокаттардың қолжетімділігі рәсімін жеңілдету;

– ҚР Қылмыстық кодексінің «Адвокаттар мен өзге де адамдардың адамның және азаматтың құқықтарын, бостандықтары мен заңды мүдделерін қорғау, сондай-ақ жеке және заңды тұлғаларға заң көмегін көрсету жөніндегі заңды қызметіне кедергі жасау» атты 435-бабын жекеше айыптау істеріне жатқызу;

– елде кәсіптік мереке ретінде Адвокатура күнін белгілеу;

– адвокаттық қызметті сақтандыруды практикаға кезең-кезеңмен енгізу;

– қылмыстық, азаматтық және істердің өзге де санаттары бойынша адвокаттардың мамандандырылуын енгізу бойынша шаралардың жүйесін ұсынады.

Сонымен бірге, адвокаттар кадрларын даярлауға қойылатын талаптарды нақтылау және күшейту ұсынылады. Заң жоғары оқу орнында оқитын және өзінің болашағы үшін адвокат қызметін таңдаған адам осы қызметке алдын ала дайындалуы қажет.

ISSUES OF IMPROVEMENT OF ADVOCATE'S ACTIVITIES IN THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

Rakhmitov Fuat
Senior research fellow of the department of the criminal-proceeding, criminal-executive legislation and forensic examination of the Legislation Institute of the Republik of Kazakhstan, Candidate of jurisprudence, Astana, Republik of Kazakhstan; e-mail: fuat250961@mail.ru

Keywords: *advocate activity; legal assistance; Advocacy; independence; attorneys community.*

Abstract. *In the present article outlines the growing role of advocacy in the modern state and society. This conclusion is made on the basis of the provision that it does not protect the interests of the state or justice, but it defends non-state personal interest, creates all conditions for giving every citizen the opportunity to freely enjoy all the rights granted to him by the Constitution.*

Along with this, the author considered some problematic issues in the activity of advocates, consideration of which allowed him to offer the most effective ways to solve them. Among the factors hampering the effective work of lawyers are a cumbersome procedure for registering admission of lawyers to materials containing state secrets, insufficient degree of their legal protection, and absence of liability insurance for lawyers.

Based on the results of the analysis, the author proposes a system of measures aimed at further improving the advocacy activity in the republic:

– Simplification of the procedure for admission of lawyers to materials containing state secrets;

– refer article 435 of the Criminal code of Kazakhstan "obstruction of the lawful activities of lawyers and other persons in the protection of rights, freedoms and legitimate interests of man and citizen, as well as legal aid to individuals and legal entities" to the cases of private prosecution;

– establish in the country of advocacy Day as a professional holiday;

– Step-by-step introduction into practice of liability insurance of advocacy;

– Introduction of specialization of lawyers on criminal, civil and other categories of cases.

It is also proposed to specify and increase the requirements for the training of lawyers. A person who studies at a law school and chooses a lawyer's path for his future practice should prepare in advance for such an activity.

Произошедшие за годы независимости Казахстана позитивные изменения во всех сферах жизнедеятельности общества актуализировали вопросы соблюдения фундаментальных прав человека и гражданина, потребовали их надлежащей защиты. Основным законом страны установлено, что права и свободы человека «признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов» (п.2 статьи 12 Конституции Республики Казахстан).

Первостепенное значение задача обеспечения соблюдения прав и свобод личности приобретает в уголовном судопроизводстве, где сама специфика процессуальных действий из-за своего целевого назначения не приемлет нарушений вышеназванных ценностей.

Соблюдение прав субъектов, участвующих в досудебном и судебном процессах относится к одной из основных задач его уполномоченных органов. В то же время реализуемая этими органами система обеспечения соблюдения прав и свобод субъектов уголовно-процессуальной деятельности в неполной мере отвечает предъявляемым требованиям и зачастую порождает жалобы со стороны заинтересованных лиц. Как показывает практика, еще нередко допускаются нарушения этих прав вследствие процессуальных ошибок, а порой и злоупотреблений со стороны отдельных представителей правоохранительной системы и судейского корпуса.

Именно в этой связи основную нагрузку в деле обеспечения надлежащей защиты прав и свобод лиц, вовлеченных в орбиту уголовного процесса, несут адвокаты, призванные оказывать соответствующую юридическую помощь отдельным участникам процессуальной деятельности. Предусмотренное статьей 13 Основного закона право каждого на квалифицированную правовую помощь реализуемо в силу следующих причин:

– при осуществлении процессуальных мероприятий, гарантирующих оказание реальной и исчерпывающей помощи адвокатами, могущими защитить права и свободы гражданина вследствие своей высокой квалификационной подготовки и специальных правовых знаний;

– их самостоятельности, отсутствия зависимости от органов досудебного производства и суда.

Признаки, характеризующие функционально-правовое положение адвоката, определены ст. 7 Закона РК «Об адвокатской деятельности». Адвокат – это гражданин республики с высшим образованием по специальности «правоведение», имеющий право на профессиональное осуществление правозащитной деятельности, а также прикрепленный к одному из коллегий адвокатов.

По утверждению российского правоведа И.Л. Петрухина, адвокат не является обыкновенным юристом [1]. Он, в первую очередь, борец, сражавшийся с очень сильным оппонентом – представителями правоохранительных структур и специальных служб. Указанные ведомства зачастую и допускают нарушения прав и свобод граждан – участников уголовного судопроизводства.

В нашей республике авторитет лиц, представляющих адвокатскую когорту, находится еще не на высоком уровне, как по мнению независимых аналитиков и широкой общественности, так и самих представителей силовых структур и судебной власти. Так, в условиях большой загруженности органов досудебного расследования и суда работа защитников (адвокатов) воспринимается ими как досадное препятствие, а не как подспорье со стороны высококвалифицированных юристов, выступающих в качестве оппонентов.

В действующем национальном законодательстве нет точного определения слову «адвокатуры». Так, в статье 1 Закона РК «Об адвокатской деятельности», не раскрывая значение этого термина, законодатель говорит о реализуемых адвокатами задачах. В статье 20 вышеуказанного Закона раскрывается лишь значение слов «коллегия адвокатов». В связи с изложенным наиболее приемлемым, на наш взгляд, является определение известного правоведа С.Т. Тыныбекова, понимающего под адвокатурой «общественно правовой институт, определяющий основы деятельности лиц, оказывающих профессиональные юридические услуги гражданам и организациям» [2, с. 9].

По своей сущности оказание профессиональной юридической помощи – это открытая, политико-правовая, насыщенная мировоззренческим взглядом деятельность одного из важнейших субъектов гражданского сообщества, решающих общественно значимые задачи. Поэтому на сегодняшний день властные органы и общественные структуры отводят соответствующую роль адвокатуре в политической системе государства, устанавливают её статус; предоставляют ей право на выполнение различных публичных ролей: общественно-политических, правовых, социально-культурных и т.д.

Поскольку власть и институты гражданского общества отводят адвокатуре место в политической системе государства, то в силу этого она в достаточной степени рас-

полагает механизмами воздействия на социально-политическую жизнь страны, участвует в формировании законодательной, исполнительной, а также судебной ветвей власти, с осуществлением которой и тесно связана адвокатская деятельность.

Роль адвокатуры в современном государстве и обществе достаточно велика, поскольку она стоит не на страже защиты интересов государства или правосудия, а отстаивает негосударственный личный интерес, создает все условия для того, чтобы каждый гражданин мог беспрепятственно воспользоваться всеми предоставленными ему Конституцией правами.

Вместе с тем, в рамках настоящей статьи рассмотрим некоторые проблемные вопросы в деятельности адвокатур и предлагаемые пути их решения.

Во-первых, полагаем необходимым пересмотреть положение касательно допуска адвокатов, связанного с т.н. «допуском к сведениям, содержащим государственные секреты». Как представляется, необходимо вновь инициировать ранее озвученное предложение Института законодательства по дополнению ст. 26 УПК РК новой нормой – частью седьмой в следующей редакции:

«7. Запрещается ограничивать права подозреваемого, обвиняемого на выбор защитника вследствие отсутствия у последнего допуска к сведениям, содержащим государственные секреты» [3, с. 46].

Введение вышеназванной нормы исходит из фундаментального, конституционно закрепленного положения, согласно которому обеспечивается полная реализация права на защиту от обвинения, которая не может быть нарушено какими-либо процессуальными правилами. Нормативное требование о неразглашении защитником сведений, составляющих государственные секреты, должно решаться посредством принятия им соответствующего письменного обязательства в рамках определенной законом ответственности.

На наш взгляд, существующее на сегодняшний день положение дел не в полной мере соответствует минимальным международным стандартам оказания правовых услуг в уголовном процессе. Сама методика правового регулирования данного вопроса является неверной, поскольку запретительно-заградительные меры не могут быть использованы тогда, когда речь идет о конституционно закрепленном праве на защиту от уголовного преследования.

Во-вторых, не принято во внимание разработчиками нового УПК предложение Института законодательства и Республиканской коллегии адвокатов об отнесении ст. 435 Уголовного кодекса РК «Воспрепятствование законной деятельности адвокатов и иных лиц по защите прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, а также оказанию юридической помощи физическим и юридическим лицам» к делам частного обвинения. Такое предложение имело задачу обеспечения ее эффективности и ограждения реализации данного вопроса о целесообразности привлечения лица к уголовной ответственности по указанной норме по субъективному усмотрению органов досудебного расследования. Как показывает практика, на сегодняшний день говорить о достаточной степени «правовой защищенности профессиональной деятельности адвоката не приходится» [3, с. 48]. Оставление за защитником-адвокатом «права решающего голоса» в инициализации уголовного преследования по указанной категории дел гарантирует неприкосновенность его прав и интересов, как со стороны третьих лиц, так и государства. Очевидно, что при таких делах потерпевший (защитник-адвокат) сам должен определять, совершено ли указанное преступление против него или нет.

Таким образом, назрела необходимость внесения дополнения указанного характера в ст. 32 УПК Республики Казахстан «Дела частного, частно-публичного преследования и обвинения».

В рамках данного вопроса также было обоснованно выдвинуто предложение о дополнении УПК РК положением, предусматривающим возбуждение уголовных дел против адвокатов только прокурорами. Данное предложение обосновывалось тем, что эта мера обеспечила бы реальную беспристрастность принимаемого вышеназванного процессуального решения, не претендуя на так называемую неприкосновенность. Такой подход в целом соответствует и международному опыту, в частности, России.

В-третьих, одной из мер по укреплению института защиты в лице адвокатов и повышению имиджа адвокатской деятельности следует рассматривать установление в нашей стране в качестве профессионального праздника – Дня адвокатуры.

Как известно, на сегодняшний день Указом Президента Республики Казахстан от 20 января 1998 года «О профессиональных и иных праздниках в Республике Казахстан» установлены такие праздники, как в честь работников полиции, сотрудников органов национальной безопасности, прокуратуры, а также работников органов юстиции.

Расширение вышеуказанного перечня Днем адвокатуры в полной мере будет соответствовать соблюдению одному из важнейших принципов государственного

строительства – реализации политики обеспечения сдержек и противовесов.

Установление в стране профессионального праздника – Дня адвокатуры также не противоречит международному опыту. Так, указанный профессиональный праздник отмечается в Российской Федерации и Украине.

На наш взгляд предложение о праздновании Дня адвокатуры соответствует принципам демократизации казахстанского общества и подчеркивает общественную значимость и ценность адвокатской профессии, а также будет способствовать формированию положительного имиджа данного рода деятельности.

В-четвертых, полагаем целесообразным поддержать предложение о внедрении в практику страхования ответственности адвокатской деятельности. Это в целом соответствует уже имеющегося на сегодняшний день ряда примеров о введении страхования ответственности, возникающей вследствие ошибок в адвокатской работе. В-частности, в США сумма страхования профессиональной ответственности юристов больше всех текущих затрат, но меньше зарплаты и расходов на аренду помещений. На сегодняшний день все более вероятным становится возможность стать ответчиком за ненадлежащее ведение адвокатской деятельности. Доведение дел до судебной инстанции грозит уменьшением прибыли или утратой оплачиваемых часов на индивидуальную защиту. Наряду с этим, очевидно, что это негативным образом скажется на деловых связях, авторитете адвоката среди адвокатского сообщества. Выплата страховки при этом вытекает из судебного определения, т.е. право получить требуемое с юридической компании напрямую зависит от реализованного (исполненного) иска бывшего доверителя. Возникновение юридического факта – страхового случая уже имеющегося на настоящее время (ошибка или упущение, приведшее к оказанию правовых услуг ниже минимального стандарта квалифицированного уровня адвоката) устанавливается не ошибкой, допущенной адвокатом, а ее негативными результатами. Срок давности, в течение которого доверитель узнал или должен был узнать об адвокатском упущении, исчисляется от 1 до 4 лет.

Законодательство в США требует пояснений другого защитника, как правило, общепризнанного и авторитетного работника в рассматриваемой сфере юриспруденции, подтверждающие, что ответчик в ходе осуществления защитных функций не смог оказать юридические услуги, отвечающие установленным минимальным показателям правовой защиты. Правоведы имеют право не соглашаться с позицией общеизвестного работника касательно осуществленных альтернативных мероприятий отвечающей стороны и с тем, что они могли бы привести к желаемому для доверителя итогу. Лицо, обжалующее действия адвоката, обязан в ходе судебного заседания доказать, что основной причиной нанесенного ущерба явились ошибки защитника, а не других возможно эффективных мероприятий.

Очевидно, что сторона защиты будет доказывать, что ущерб был бы причинен при любых обстоятельствах.

Правовая специализация напрямую действует на объем и вид страховочных мероприятий (больше расходов будут нести защитники, специализирующиеся в основном в высокодоходных сферах, как то: финансовые инструменты (акции, векселя, ценные бумаги), банковское дело и недвижимое имущество). Учитывается также географическое расположение и статистические данные об исковых заявлениях в административно-территориальной единице - штате. Принимается также во внимание и размер компании (часть страховых фирм предлагает снижение страховой суммы для компаний, имеющих большой штат профессиональных защитников). Главной может быть и позиция, зависящая от числа поданных исковых заявлений или конфликтных ситуаций за год, характера нарушений (простая небрежность, преступная самонадеянность и т.п.), число и характерные особенности дисциплинарных нарушений, допущенных членами коллегии и т.д. В основном обстоятельствами, которые настораживают страховую компанию, являются:

– 2 и выше исков за истекший год;

– 3 и больше исков за истекшие 10 лет (с учетом масштаба и штатной численности компании);

– наличие больших сумм страховых выплат;

– отсутствие страхования за истекшие 5 лет. Как следствие, затраты по страхованию выплачиваются из кармана доверителя в виде больших гонораров работникам адвокатуры[1].

Внедрение в стране системы страхования адвокатской деятельности гарантировали бы получение доверителем не только исчерпывающих правовых услуг высокого качества, но и материального возмещения

[1] *Опыт США в страховании профессиональной деятельности адвокатов (http://studopedia.ru/6_152891_strahovanie-otvetstvennosti-advokata. html).*

за неквалифицированные и непрофессиональные действия отдельных юридических компаний; оно усилило бы правовую защищенность и повысило авторитет самого адвоката, а также позволило бы расширить масштабы деятельности страховых компаний.

В-пятых, следует поддержать предложение о введении специализации адвокатов по материалам уголовных, гражданских и иных категорий дел, которое в целом по своей сути, как указано выше, связано с введением страхования адвокатской деятельности и, безусловно, будет способствовать повышению качества оказываемой ими юридических услуг.

Полагаем необходимым также конкретизировать и повысить требования, предъявляемые к подготовке кадров адвокатов. Лицо, обучающееся в юридическом вузе, избравшее для будущей своей практической деятельности адвокатскую стезю, должно заранее готовиться к таковой деятельности.

В юридических вузах целесообразно создать условия для специализированной подготовки адвокатов. В интересах повышения профессионального уровня адвокатов необходимо осуществлять работу по организации повышения уровня их послевузовской квалификации. В этом плане большой интерес представляет опыт работы Центра стажировки и повышения квалификации адвокатов, созданного в 2011 году в г. Алматы городской коллегией адвокатов. Целями и задачами Центра являются:

– организация стажировки лиц, не имеющих опыта адвокатской деятельности, и их подготовка к работе в качестве адвоката;

– повышение профессиональной квалификации адвокатов,

– анализ, обобщения, распространение и обмен положительным опытом работы между адвокатами и иными представителями юридической профессии.

Повышение квалификации осуществляется в порядке и формах, определяемых Центром, в том числе:

посредством проведения лекций, семинаров, презентаций, практических занятий;

проведением, в том числе в сотрудничестве с государственными органами, учреждениями, международными и неправительственными организациями конференций, круглых столов, тренингов, семинаров и иных мероприятий.

Центр вправе осуществлять сбор, анализ и опубликование научного и учебно-методического материала по вопросам адвокатской деятельности.

Занятия проводятся штатными адвокатами-преподавателями Центра, международными экспертами, специалистами – научными и практическими работниками, приглашаемыми Центром для освещения наиболее актуальных вопросов применения действующего законодательства по различным отраслям права, а также адвокатами, имеющими большой опыт работы и навыки педагогической деятельности.

При проведении занятий наряду с классическими (лекции, семинары, дискуссии, круглые столы) широко применяются современные интерактивные методики обучения: демонстрации, мозговые штурмы, ролевые игры.

Полагаем, что указанный опыт повышения к4валификации достоин распространения в масштабах всей республики.

ЛИТЕРАТУРА

1. Петрухин И.Л. Личная жизнь; пределы вмешательства. - М., 1989. - С. 39-40.

2. Тыныбеков С.Т. Адвокатура и адвокатская деятельность в Республике Казахстан: учеб. пособие - 2-е изд., перераб. и доп. - Алматы: «Данекер», 2004. - 343 с.

3. Тугел А.К., Ахпанов А.Н., Пен С.Г., Тукиев А.С. Совершенствование уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан по вопросам обеспечения права на защиту и адвокатской деятельности на современном этапе. Журнал «Евразийская адвокатура». 1(2) 2013. С.45-49.

REFERENCES

1. Petruchin I.l. lichaja zhizn: predelj wmeshatelstwa. –M., 1989. – S. 39-40.

2. Tjnjbekov. S.T. Adwokatura i adwokatskaja dejatelnost w Respublike Kazachstan: ucheb. Posobie – 2-e isd. pererab. i dop. – Almatj: «Daneker», 2004/-343 s.

3. Tugel A.K., Achpanov A.N., Tukiev A.S. Sowerchenstwowanie ugolowno-processualnogo zakonodatelstba Respubliki Kazahstan po woprosam obespechenija prawf na sashitj I adwokatskoj dejtelnosti na sowremennom jtape. Zhurnal «Ewrasiskaja adwokatura». 1(2) 2013. S.45-49.

УДК 341

О НЕОБХОДИМОСТИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ НОРМ КОНВЕНЦИЙ МОТ И КАЗАХСТАНСКОГО ТРУДОВОГО ПРАВА

Сарсембаев Марат Алдангорович
Главный научный сотрудник отдела международного законодательства и сравнительного правоведения Института законодательства РК, д.ю.н., профессор, г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: daneker@mail.ru

Ключевые слова: *конвенция; труд; МОТ; Трудовой кодекс; заработная плата; работодатель; профсоюзы; работники; семейные обязанности.*

Аннотация. *В данной научной статье ее автор предлагает проанализировать нормы конвенций Международной организации труда, к которым присоединилась Республика Казахстан, для того, чтобы иметь возможность на основе четких норм этих международно-правовых документов совершенствовать аналогичные нормы трудового права Республики Казахстан. В рамках одной статьи невозможно подвергнуть развернутому анализу все несколько десятков конвенций МОТ, которые вошли в казахстанское правовое поле. Поэтому в статье была поставлена задача проанализировать несколько конвенций МОТ из числа тех, к которым присоединилось казахстанское государство. Объектом научно-юридического анализа стали Конвенция о равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящиеся с семейными обязанностями, принятая в Женеве 67-й сессией Генеральной конференции МОТ 23 июня 1981 года, Конвенция об охране заработной платы, принятая в Женеве на 32-й сессии Генеральной конференции МОТ 1 июля 1949 года, Конвенция МОТ о создании процедуры установления минимальной заработной платы от 16 июня 1928 года. Анализ этих конвенций был произведен также в целях усовершенствования норм самих конвенций. Автор статьи указывает на недостатки в нормах этих конвенций МОТ и предлагает свои подходы, формулирует предложения с тем, чтобы улучшить содержание этих конвенций. В статье говорится о том, что Республика Казахстан как официальная страна-участница этих конвенций может периодически через Административное бюро труда МОТ вносить свои предложения по совершенствованию текстов этих и других конвенций и добиваться их улучшения.*

ХЕҰ КОНВЕНЦИЯЛАРЫНЫҢ ЖӘНЕ ҚАЗАҚСТАНДЫҚ ЕҢБЕК ҚҰҚЫҒЫНЫҢ НОРМАЛАРЫН ЖЕТІЛДІРУ ҚАЖЕТТІГІ ТУРАЛЫ

Марат Алданғорұлы Сәрсембаев
ҚР Заңнама институты халықаралық заңнама және салыстырмалы құқықтану бөлімінің бас ғылыми қызметкері, з.ғ.д, профессор, Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: daneker@mail.ru

Түйін сөздер: *конвенция; еңбек; ХЕҰ; Еңбек кодексі; жалақы; жұмыс беруші; кәсіподақтар; қызметкерлер; отбасылық міндеттері.*

Аннотация. *Осы ғылыми мақалада автор Қазақстан Республикасы қосылған Халықаралық еңбек ұйымы конвенцияларының нақты нормалары негізінде Қазақстан Республикасы еңбек құқығының ұқсас нормаларын жетілдіру үшін осы халықаралық құқықтық құжаттардың нормаларын талдауды ұсынады. Бір мақалада аясында қазақстандық құқықтық өріске кірген ХЕҰ-ның ондаған конвенцияларының барлығын жан-жақты талдау мүмкін емес. Сондықтан осы мақалада Қазақстан мемлекеті қосылған ХЕҰ конвенцияларының арасынан солардың бірнешеуін талдау міндеті қойылған. 1981 жылғы 23 маусымда Женевада ХЕҰ Бас конференциясының 67-сессиясында қабылданған Отбасылық міндеттермен еңбек ететін еңбекші ерлер мен әйелдерге арналған тең қарау және тең мүмкіндіктер туралы конвенция, 1949 жылғы 1 шілдеде Женевада ХЕҰ Бас конференциясының 32-сессиясында қабылданған Жалақыны қорғау туралы конвенция, 1928 жылы 16 маусымдағы ХЕҰ Ең төменгі жалақыны белгілеу рәсімін құру туралы конвенция ғылыми-құқықтық талдау объектісі болып табылады. Осы конвенцияларды талдау конвенциялардың өздерінің нормаларын да жетілдіру үшін жүргізілді. Мақаланың авторы осы ХЕҰ конвенцияларының нормаларындағы кемшіліктерді көрсетіп, осы конвенциялардың мазмұнын жақсарту үшін*

өз көзқарасын ұсынады, ұсыныстарын тұжырымдайды. Мақалада Қазақстан Республикасы осы конвенциялардың ресми қатысушы ретінде мезгіл-мезгіл ХЕҰ Әкімшілік еңбек бюросы арқылы осы және басқа да конвенциялардың мәтіндерін жетілдіру бойынша өз ұсыныстарын енгізе алатыны және оларды жақсартуға ұмтылатыны туралы айтылады.

THE NEED TO IMPROVE STANDARDS OF ILO CONVENTIONS AND THE KAZAKHSTAN LABOR LAW

Sarsembayev, Marat. A.
Chief research fellow of the Department of international legislation and comparative law of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, d.j.s., professor, Astana City, Republic of Kazakhstan; e-mail: daneker@mail.ru

Keywords: *convention; labor; the ILO; the Labour Code; wages; employers; trade unions; workers; family responsibilities.*

Abstract. *In this scientific article the author proposes to analyze the rules of ILO conventions to which the Republic of Kazakhstan, in order to be able on the basis of clear rules of the international legal instruments to improve similar labor law regulations of the Republic of Kazakhstan. In one researching article it can not be subjected to a detailed analysis of all the several tens of ILO Conventions, which entered the Kazakh legal field. Therefore, this article has been tasked to analyze only several ILO conventions among those to which the Kazakh state joined. The object of scientific and legal analysis are the Convention on Equal treatment and equal opportunities for men and women workers: workers with family responsibilities, adopted in Geneva on the 67-th session of the ILO General Conference on 23 June 1981, the Protection of wages Convention, adopted in Geneva on 32-th session of the General conference of the ILO 1 July 1949, the ILO Convention on the Establishment of procedures for setting the minimum wage by 16 June 1928. The analysis of these conventions has been made in order to improve the rules of the conventions themselves. The author points the shortcomings in the standards of the ILO conventions and offers his approaches, formulates proposals in order to improve the content of these conventions. The scientific article says that the Republic of Kazakhstan as the official member country of the conventions may periodically through the Administrative Office of the ILO make proposals for improving the text of these and other conventions and seek to improve them.*

В Концепции правовой политики Республики Казахстан на 2010-2020 годы утверждается: «В условиях рыночной экономики, наличия рынка труда и проблем занятости населения актуальным является вопрос трудовых правоотношений» [1]. Этот же документ применительно к трудовому праву говорит о необходимости имплементации, инкорпорации международно-правовых норм в казахстанское национальное законодательство: «В этой связи необходимо постоянное совершенствование трудового законодательства на основе системного анализа практики его применения и учета международного опыта в данной сфере». Поэтому в данной научной статье хотелось бы предпринять попытку анализа соотношения норм конвенций Международной организации труда (МОТ) и казахстанского трудового законодательства, исследования процесса инкорпорации норм международного трудового права в казахстанское законодательство по вопросам труда, анализа совершенствования норм самих конвенций МОТ [2].

Международная организация труда как специализированное учреждение ООН осуществляет ряд существенных функций, одной из которых является разработка и принятие конвенций и рекомендаций по разнообразным аспектам трудового права. Созданная в 1919 году до 2017 года эта организация приняла более 180 конвенций и более 200 рекомендаций по вопросам труда. Республика Казахстан ратифицировала наиболее базовые и приоритетные Конвенции МОТ (в целом Республика Казахстан присоединилась к более 20 Конвенциям МОТ). В качестве примера можно привести Конвенцию Международной Организации Труда № 148 «О защите трудящихся от профессионального риска, вызываемого загрязнением воздуха, шумом и вибрацией на рабочих местах» от 20 июня 1977 года (ратифицирована Законом Республики Казахстан от 26 июня 1996 года; Конвенцию № 156 Международной организации труда о равном обращении и равных возможностях для работников мужчин и женщин: трудящиеся с семейными обязан-

ностями (Республика Казахстан присоединилась к ней на основании своего Закона от 16 ноября 2012 года); Конвенцию № 95 об охране заработной платы, принятую в Женеве на 32-й сессии Генеральной конференции Международной организации труда 1 июля 1949 года (Закон Республики Казахстан от 7 апреля 2014 года стал основой для присоединения к данной Конвенции); Конвенцию № 26 о создании процедуры установления минимальной заработной платы от 16 июня 1928 года (Казахстан присоединился к ней 7 апреля 2014 года). Анализ именно этих 3 конвенций МОТ важен потому, что Конвенция о равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин затрагивает основные права человека; Конвенция об охране заработной платы и Конвенция о создании процедуры установления минимальной заработной платы регулируют вопросы заработной платы как один из основных и чувствительных институтов трудового права, вокруг которых возникают доходящие до стачек и забастовок частые споры между работниками, работодателями, профсоюзами.

Текст Конвенции № 156 Международной организации труда о равном обращении и равных возможностях для работников мужчин и женщин: работники с семейными обязанностями в целом составлен на достаточно высоком профессиональном уровне и может быть использован Республикой Казахстан как средство совершенствования отечественного трудового законодательства. Вместе с тем, следует отметить, что данная Конвенция имеет ряд недостатков. Республика Казахстан как страна-участница данной Конвенции могла бы инициировать улучшение тех или иных норм данного международно-правового документа.

В пункте 1 статьи 3 Конвенции отмечается, что обеспечение подлинного равенства обращения и возможностей для работников мужчин и женщин является одной «из целей национальной политики каждого Члена Организации». Заключительная фраза этой статьи с английского на русский язык переведена не совсем точно: в английском языке «national policy» означает «общенациональная или общегосударственная политика». В то же время переведенный дословно на русский язык термин «национальная политика» означает политику, проводимую для поддержания дружественных отношений между нациями и народами внутри государства. Поэтому целесообразно, предложить следующую поправку пункта 1 статьи 3 Конвенции: обеспечение «подлинного равенства обращения и возможностей для работников мужчин и женщин» является одной «из целей внутригосударственной политики каждого Члена Организации...» [3].

В рассматриваемой международной конвенции имеются нормы об определенных гарантиях охраны заработной платы, которые не содержатся в национальных законах Казахстана. К примеру, в статье 7 Конвенции указано следующее: «Когда на предприятиях существуют магазины для продажи трудящимся предметов первой необходимости или представляются другие виды обслуживания, связанного с предприятием, трудящиеся данного предприятия не будут принуждаться к пользованию такими магазинами или другими видами обслуживания». «Когда доступ к другим магазинам или видам обслуживания невозможен, - говорится далее в этой статье, - компетентным органом власти принимаются соответствующие меры к тому, чтобы трудящимся была предоставлена возможность покупать товары или пользоваться обслуживанием по справедливым и доступным ценам или чтобы магазины, открытые предприятием, или предоставляемое им обслуживание осуществляли свои функции не с целью получения предприятием прибыли, а в интересах занятых на нем трудящихся». В Конвенции сформулированы также другие гарантии, которые отсутствуют в законах Республики Казахстан. Нормы об этих гарантиях целесообразно внедрить в казахстанское трудовое законодательство.

Проведенный анализ данной Конвенции также выявил некоторые недостатки. Так, в статье 1 Конвенции закреплено: «В целях настоящей Конвенции термин «заработная плата» означает, независимо от названия и метода исчисления, всякое вознаграждение или всякий заработок, исчисляемые в деньгах и устанавливаемые соглашением или национальным законодательством, которые в силу письменного или устного договора о найме предприниматель уплачивает трудящемуся за труд, который выполнен, либо должен быть выполнен, или за услуги, которые либо оказаны, либо должны быть оказаны». Как официальное государство-участник данной Конвенции Казахстан через Административный совет Международного бюро труда может предложить внести изменения в текст Конвенции о том, что работодателями могут выступать не только предприниматели, но и другие субъекты права. Кроме того, целесообразны такие рекомендации как расширение круга участников, замена термина «предприниматель» на «работодатель», внесение отдельную статью о гарантиях выплаты заработной платы. Учитывая эти рекомендации, можно предложить следующую редакцию статьи: «Государства, профсоюзы и работодатели обеспечивают следующие гарантии по оплате труда работников: установление минимального размера

заработной платы; утверждение оговоренного минимума стандартов оплаты труда; установление повышенного размера оплаты труда при привлечении работников в праздничные, выходные дни, в ночное время».

Республика Казахстан может предложить внести отдельную статью по индексации заработной платы, редакцию которой можно сформулировать следующим образом: «Государства, профсоюзы осуществляют контроль, а работодатели обеспечивают повышение заработной платы путем индексации заработной платы, которая должна проводиться в порядке, установленном соглашениями, коллективными договорами с ориентацией на уровень инфляции».

Сегодня в законодательстве Казахстана сформирован механизм по гарантированию минимального размера заработной платы [4]. Однако на практике часто возникают проблемы, решение которых могло бы обеспечить достаточную эффективность такого механизма. В этой связи можно предложить провести сравнительный анализ казахстанского законодательства и Конвенции МОТ о минимальном размере заработной платы 1928 года. Так в преамбуле Конвенции МОТ о минимальном размере заработной платы указывается, что Генеральная конференция Международной организации труда, рассмотрев ряд предложений о процедуре установления минимальной заработной платы и связанных с этим проблемах, решила придать этим предложениям форму международной конвенции. Вместе с тем следует отметить, что преамбула данной Конвенции не содержит цели (целей) Конвенции, отсутствует значимость и роль данной Конвенции для мирового сообщества в целом и для каждого государства в отдельности. Наличие таких положений в преамбуле позволило бы каждому государству осознанно решать вопрос о целесообразности ратификации данной Конвенцию. Отсутствие в этой и других конвенциях четко сформулированных целей приводит к тому, что не все страны присоединяются к документам МОТ, не все страны выполняют в полном и достаточном объеме нормы конвенций МОТ, что порой вызывает упреки МОТ [5]. В связи с этим можно предложить, чтобы Казахстан выступил с инициативой о необходимости формулирования целей Конвенции в ее преамбуле.

Статья 1 этой Конвенции указывает: «Каждый член Международной организации труда, ратифицирующий настоящую Конвенцию, обязуется ввести или сохранить процедуру, с помощью которой могут устанавливаться минимальные ставки заработной платы трудящихся…». Во 2-м пункте этой же статьи предпринята попытка определить содержания термина «промышленность»: «Для целей настоящей Конвенции термин «промышленность» включает обрабатывающую промышленность и торговлю». Непонятна целесообразность определения термина «промышленность» в рамках данной конвенции. Также следует отметить, что статья 1 и последующие статьи Конвенции не содержат определение термина «минимальная заработная плата». В этой связи целесообразно ввести обобщающее определение термина «минимальная заработная плата» для того, чтобы каждое государство, в том числе Республика Казахстан, как участница данной Конвенции, четко представляло себе международно-правовое обязательство. Поэтому рекомендуем в статье 1 Конвенции привести четкое и развернутое определение понятия «минимальная заработная плата». В связи с этим можно предложить следующую редакцию понятия «минимальная заработная плата»: «Для целей настоящей Конвенции термин «минимальная заработная плата» означает независимо от названия и метода исчисления всякое вознаграждение или всякий заработок, исчисляемые в деньгах и устанавливаемые соглашением или национальным законодательством в таком размере, ниже которого работодатель не вправе уплачивать трудящемуся за труд, который выполнен либо должен быть выполнен, или за услуги, которые либо оказаны, либо должны быть оказаны».

Исходя из основных положений Конвенции о размере минимальной заработной плате, полагаем целесообразным изучить вопрос о возможности перехода в Республике Казахстан от общей минимальной заработной платы к отраслевой. Это в свою очередь позволило бы учитывать специфику условий труда в каждой отрасли экономики республики, точечно повышать минимальные размеры заработной платы, обеспечивая тем самым защиту социальных интересов населения. В Бюджетный кодекс Республики Казахстан от 24 апреля 2004 года рекомендуем внести норму, которая позволила бы привлекать заинтересованных лиц к обсуждению вопроса о повышении минимального размера заработной платы, что в свою очередь обеспечивало бы более эффективное осуществление норм рассматриваемой Конвенции.

Подпункт 3 пункта 2 статьи 3 Конвенции предписывает, что установленный минимум заработной платы становится обязательным для соответствующих предпринимателей и трудящихся и не может подлежать снижению ни по индивидуальному соглашению, ни по коллективному договору (кроме отдельного случая, когда есть разрешение со стороны компетентного органа власти). Статьи 1,

4, 102 и 104 Трудового кодекса Республики Казахстан от 23 ноября 2015 года содержат положения о минимальном размере заработной платы. В статье 104 Трудового кодекса предпринята достаточно успешная попытка закрепить нормы о недопустимости снижения размера минимальной заработной платы. Вместе с этим полагаем возможным более четко определить содержание указанных норм. Учитывая это, рекомендуем дополнить статью 104 Трудового кодекса следующим положением: «Установленный минимум заработной платы является обязательным для работодателей и трудящихся и не может быть снижен ни по индивидуальному трудовому соглашению, ни по коллективному договору, кроме случая об особом разрешении компетентного органа государственной власти».

Таким образом, предлагаем проведение тщательного анализа Конвенции 1952 года Международной организации труда о минимальных нормах социального обеспечения (№ 102), Конвенции 1921 года о праве на объединение в сельском хозяйстве (№ 11), Конвенции 1921 года о возмещении при несчастных случаях в сельском хозяйстве (№ 12), Конвенции 1927 года о страховании по болезни трудящихся в сельском хозяйстве (№ 25) на предмет возможного присоединения к ним, с учетом того что Казахстана в значительной мере является аграрным государством, а также что эти международно-правовые документы регламентируют вопросы труда в сельской местности.

ЛИТЕРАТУРА

1. Концепция правовой политики на период с 2010 до 2020 года. Утверждена указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года. – Доступно на: http://adilet.zan.kz/rus/search/docs/fulltext.

2. Более подробно об инкорпорации международных трудовых норм в казахстанское законодательство см.: Идрисова С. Влияние международных договоров на развитие трудового законодательства Республики Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. – 2003. - № 3. – С. 101-105; Волкова В. Юридические особенности международных правовых актов о труде // Правовая реформа в Казахстане. – 2004. - № 1. – С. 102-106.

3. Филиппова И.А. Сравнительный анализ источников трудового права России, Казахстана и Франции // Право и государство. – 2016. - № 1. – С. 81, 84; Международное трудовое право: Учебник. – Алматы: Институт международного права и международного бизнеса «Данекер», 2000. – 210 с.

4. См.: Нургалиева Е.Н. Комментарий к Трудовому кодексу Республики Казахстан. – Караганда: Карагандинский университет «Болашак» РИО Болашак-Баспа, 2015. – С. 306.

5. http://www.top-personal.ru/lawissue.html?1530; look additionally: International Labour Standards on Wages. Available at: http://ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/wages/lang--en/index.htm; Belmen D., Wolfson P. What Does the Minimum Wage Do in Emerging Countries? A Review of Studies and Methodologies. - Geneva, Switzerland: International Labour Office, 2016. – 36 p.

REFERENCES

1. Kontseptsia pravovoy politiki na period s 2010 do 2020 goda. Utverzhdena ukazom Prezidenta Respubliki Kazakhstan ot 24 avgusta 2009 goda. – Dostupno na: http://adilet.zan.kz/rus/search/docs/fulltext.

2. Bolee podrobno ob inkorporatsii mezhdunarodnych trudovych norm v kazakhstanskoe zakonodatel`stvo sm.: Idrisova S. Vliyanie mezhdunarodnych dogovorov na razvitie trudovogo zakonodatel`stva Respubliki Kazakhstan // Pravovaya reforma v Kazakhstane. – 2003. - № 3. – Str. 101-105; Volkova V. Uridicheskie osobennosti mezhdunarodnych pravovych aktov o trude // Pravovaya reforma v Kazakhstane. – 2004. - № 1. – Str. 102-106.

3. Philippova I.A. Sravnitel`nyi analiz istochnikov trudovogo prava Rossii, Kazakhstana i Frantsii // Pravo i gosudarstvo. – 2016. - № 1. – Str. 81, 84; Mezhdunarodnoe trudovoe pravo: Uchebnik. – Almaty: Institut mezhdunarodnogo prava i mezhdunarodnogo biznesa «Daneker», 2000. – 210 str.

4. Sm.: Nurgalieva E.N. Kommentariy k Trudovomu kodeksu Respubliki Kazakhstan. – Karaganda: Karagandinskiy universitet «Bolashak» RIO Bolashak-Baspa, 2015. – Str. 306.

5. http://www.top-personal.ru/lawissue.html?1530; look additionally: International Labour Standards on Wages. Available at: http://ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/wages/lang--en/index.htm; Belmen D., Wolfson P. What Does the Minimum Wage Do in Emerging Countries? A Review of Studies and Methodologies. - Geneva, Switzerland: International Labour Office, 2016. – 36 p.

УДК 341.645.5

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО СТАТУСА ЭКОНОМИЧЕСКОГО СУДА СНГ (РЕФОРМИРОВАНИЕ СУДА)

Айдарбаев Сагынгалий Жоламанович
Заведующий кафедрой международного права Казахского национального университета им. аль-Фараби, д.ю.н., г. Алматы, Республика Казахстан;
e-mail: Sagingali.Aidarbayev@kaznu.kz

Ключевые слова: *Содружество Независимых Государств; Экономический Суд; реформирование; правовой статус.*

Аннотация. *В статье рассмотрены вопросы правового статуса Экономического Суда Содружества Независимых Государств в свете реформирования этого органа. Автор обращает внимание на исторические аспекты создания Экономического Суда СНГ, действующий правовой статус этого органа, а также на кризис в его деятельности. Вопрос о реформировании Экономического Суда Содружества был поставлен самой практикой его функционирования, а суть реформы Суда заключается в приведении его статуса в соответствие со сложившимися реалиями. Автор приходит к выводу о том, что нынешнее реформирование Экономического суда СНГ вряд ли вдохнет в него жизнь и сможет резко активизировать его деятельность, однако оставляет шанс на дальнейшее существование Суда, хотя и в новом формате, но с прежним содержанием. В случае значительной активизации деятельности зоны свободной торговли в рамках СНГ, государствам-участникам все-таки может понадобиться такой инструмент, как Экономический Суд СНГ. Поэтому этот орган пока присутствует в числе главных органов Содружества.*

ТМД ЭКОНОМИКАЛЫҚ СОТЫНЫҢ ҚҰҚЫҚТЫҚ МӘРТЕБЕСІ ПРОБЛЕМАЛАРЫ (СОТТЫ РЕФОРМАЛАУ)

Сағынғали Жоламанұлы Айдарбаев
Әл-Фараби атындағы Қазақ ұлттық университетінің халықаралық құқық кафедрасының меңгерушісі, з.ғ.д., Алматы қ., Қазақстан Республикасы;
e-mail: Sagingali.Aidarbayev@kaznu.kz

Түйін сөздер: *Тәуелсіз Мемлекеттер Достастығы; Экономикалық Сот; реформалау; құқықтық мәртебе.*

Аннотация. *Мақалада Тәуелсіз Мемлекеттер Достастығының Экономикалық Сотын реформалау жағынан оның құқықтық мәртебесіне қатысты мәселелер қарастырылған. Автор ТМД Экономикалық Сотының құрылуындағы тарихи мәселелерге, бұл органның қолданыстағы құқықтық мәртебесіне, сондай-ақ оның қызмет етуіндегі дағдарысқа көңіл аударады. Достастықтың Экономикалық Сотын реформалау мәселесі оның қызмет ету тәжірибесінен туындап отыр, ал Сотты реформалаудың мәнін оның мәртебесін қалыптасқан тәжірибеге сәйкестендіру құрайды. Автор ТМД Экономикалық Сотының қазіргі реформалануы оның өміршеңдігін көтеру және қызметін белсендендіру жағынан табысты болуы екі талай, алайда, ол Соттың жаңа форматта болса да бұрынғы мазмұнымен одан ары тіршілік ете беруіне мүмкіндік қалдырадыдеген қорытындыға келеді. ТМД шеңберіндегі еркін сауда аймағы едәуір белсенденген жағдайда қатысушы-мемлекеттерге ТМД Экономикалық Соты сияқты құрал керек болуы мүмкін. Сондықтан бұл орган Достастықтың басты органдары қатарынан әлі алынып тасталған жоқ.*

PROBLEMS OF LEGAL STATUS OF THE ECONOMIC COURT OF THE CIS (REFORM OF THE COURT)

Aidarbayev Sagyngaliy Zh.
Head of the Department of International Law of the Kazakh National University named after al-Farabi, doctor of legal sciences, Almaty, Republic of Kazakhstan;
e-mail: Sagingali.Aidarbayev@kaznu.kz

Keywords: Commonwealth of Independent States; Economic Court; reforming; legal status.

Abstract. The article deals with the legal status of the Economic Court of the Commonwealth of Independent States in the light of the reform of this body. The author draws attention to the historical aspects of the co-building of the Economic Court of the CIS, the current legal status of this organization, as well as the crisis in its activities. The question of reforming the Economic Court of the Commonwealth was posed by the very practice of its functioning, and the essence of the reform of the Court is to bring its status in line with the prevailing realities. The author comes to the conclusion that the current reform of the Economic Court of the CIS is unlikely to breathe life into it and will be able to drastically increase its activity, however, there remains a chance for the Court to continue to exist, albeit in a new format, but with the same content. In the event of a significant increase in the activity of the free trade zone within the CIS, the participating states still may need an instrument such as the CIS Economic Court. In this regard, this body is still present among the main organs of the Commonwealth.

1. Введение

16 сентября 2016 года в г. Бишкеке на юбилейном заседании Совета глав государств Содружества Независимых Государств (далее - СНГ) было принято решение «Об Экономическом Суде СНГ», согласно которому государствам-участникам Соглашения о статусе Экономического Суда СНГ было поручено принять меры по переводу Суда в формат adhoc. В этих условиях возникают вопросы, связанные с причинами принятия подобного решения. Необходимо выяснить, какие проблемы правового характера привели к тому, чтобы изменить правовой статус этого межгосударственного судебного органа.

2. Методология

Для решения поставленных задач необходимо обратиться к истокам создания Экономического Суда СНГ, определить его действующий правовой статус, вкратце рассмотреть деятельность суда, подвергнуть анализу предлагаемые изменения и попытаться спрогнозировать их правовые последствия.

3. Исторические аспекты создания Экономического Суда СНГ

Хорошо известно, что впервые идея создания межгосударственного юрисдикционного органа постсоветских государств была закреплена в Соглашении Комиссии высших хозяйственных, арбитражных судов Республики Беларусь, Российской Федерации и Украины «О сотрудничестве хозяйственных, арбитражных судов Республики Беларусь, Российской Федерации и Украины» от 21 декабря 1991 года[1]. В статье 12 этого Соглашения было признано целесообразным разработать предложения об образовании в составе общих, межгосударственных представительных органов Содружества Арбитража (Экономического Суда) СНГ.

Экономический Суд СНГ был создан на основе статьи 5 Соглашения о мерах по обеспечению улучшения расчетов между хозяйственными организациями стран-участниц Содружества Независимых Государств от 15 мая 1992 года[2], в которой было закреплено: «В целях разрешения межгосударственных экономических споров, которые не могут быть отнесены к компетенции высших хозяйственных (арбитражных) судов государств Содружества, создать Хозяйственный Суд Содружества».

Данное Соглашение было заключено «в целях улучшения расчетов между хозяйственными организациями и сокращения взаимной задолженности за товары и услуги», а в статье 1 Соглашения прямо закреплялось: «Признать нетерпимым сложившееся положение с расчетами за товары и услуги, с бюджетом и по другим обязательствам».

Учет указанных исторических обстоятельств, в которых разрабатывалось Соглашение о статусе Экономического суда Содружества Независимых Государств от 6 июля 1992 года[3], позволяет понять главное предназначение этого международного юрисдикционного органа. В обстоятельствах того времени речь шла, прежде всего, о необходимости распутать клубок неплатежей между предприятиями, которые нарастали как снежный ком и грозили крахом экономики новых независимых государств. Экономический суд СНГ был призван решить проблемы неплатежей между предприятиями, находящимися в разных странах

[1] *Соглашение Комиссии высших хозяйственных, арбитражных судов Республики Беларусь, Российской Федерации и Украины «О сотрудничестве хозяйственных, арбитражных судов Республики Беларусь, Российской Федерации и Украины» от 21 декабря 1991 года//http://www.consultant.ru/document/cons_ doc_LAW_238/*

[2] *Соглашение о мерах по обеспечению улучшения расчетов между хозяйственными организациями стран-участниц Содружества Независимых Государств от 15 мая 1992 года // http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=18304*

[3] *Соглашение о статусе Экономического суда Содружества Независимых Государств от 6 июля 1992 года //sudsng.org/download_files/docs/soglashenie_o_ statuse2.doc*

Содружества.

Кроме того, начиная с 1992 года, стало возрастать количество заключаемых в рамках СНГ международных соглашений, а также актов, принимаемых органами Содружества, которые часто нуждались в толковании с целью уяснения точного смысла их положений. К этому прибавлялись ситуации с коллизиями между законодательными актами бывшего СССР, которые продолжали действовать некоторое время и после распада Союза ССР, и международно-правовыми актами СНГ, а также актами органов СНГ. Все эти обстоятельства привели к необходимости создания международного судебного органа с соответствующей компетенцией. Соглашение о статусе этого судебного органа разрабатывалось с учетом указанных обстоятельств. Государства-участники СНГ отказались от наименования Хозяйственный суд Содружества и отдали предпочтение наименованию Экономический суд для того, чтобы подчеркнуть, что в его юрисдикцию входит разрешение исключительно межгосударственных экономических споров, но никак не споров между хозяйствующими субъектами. Элементы арбитража были исключены из статуса Экономического суда СНГ, как не отвечающие специфическим задачам разрешения дел в сфере межгосударственного сотрудничества[4].

4. Правовой статус Экономического Суда СНГ

Правовой статус Экономического Суда СНГ был определен в Соглашении о статусе этого органа от 6 июля 1992 года[5]. Статьей 1 этого Соглашения утверждалось Положение об Экономическом Суде Содружества Независимых Государств в качестве неотъемлемой части данного Соглашения.

В статье 2 устанавливалась квота числа судей от государств-участников, избираемых (назначаемых) в состав Экономического Суда СНГ в количестве двух человек. Решением Совета глав государств СНГ о мерах по дальнейшему повышению эффективности деятельности органов СНГ и оптимизации их структуры от 2 октября 2002 года число судей Экономического Суда с 1 января 2003 года установлено в количестве одного от каждого государства-участника.

Судьи Экономического Суда избираются (назначаются) в порядке, установленном в государствах-участниках для избрания (назначения) судей высших хозяйственных, арбитражных судов государств-участников Содружества, сроком на 10 лет, на строго профессиональной основе из числа судей хозяйственных, арбитражных судов и иных лиц, являющихся специалистами высокой квалификации в области экономических правоотношений, имеющих высшее юридическое образование (абзац 1 пункта 7 Положения).

Статья 3Соглашения определяла, что финансирование Экономического Суда СНГ будет осуществляться в равных долях в рублевом эквиваленте государствами-участниками, а местонахождением Суда будет являться город Минск. Кроме того, расходы на содержание Суда и численность его аппарата должны были утверждаться Советом глав государств по предложению глав правительств государств-участников Содружества с участием представителей высших хозяйственных, арбитражных судов. Статья 4 устанавливала условия вступления в силу Соглашения.

Уставом Содружества Независимых Государств от 22 января 1993 года Экономический Суд отнесен к органам Содружества. Согласно статье 32 Устава Экономический Суд действует в целях обеспечения выполнения экономических обязательств в рамках Содружества[6].

Соглашение о статусе Экономического Суда СНГ подписали 8 государств - Армения, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Молдова, Россия, Таджикистан и Узбекистан. При подписании Молдова сделала оговорку: «За исключением абзаца 3 пункта 3 Положения и с учетом передачи споров по согласию государств».

В абзаце 3 пункта 3 Положения говорится о том, что: «Соглашениями государств-участников Содружества к ведению Экономического Суда могут быть отнесены другие споры, связанные с исполнением соглашений и принятых на их основе иных актов Содружества». Оговорка Молдовы делала юрисдикцию Экономического суда СНГ по такого рода спорам не обязательной, а факультативной в отношении Молдовы. Это означало, что каждый раз для передачи такого рода споров с участием Молдовы необходимо было получение согласия этого государства на юрисдикцию Экономического суда СНГ.

Все остальные государства, подписавшие Соглашение, признали его обязательную юрисдикцию по экономическим спорам.

[4] *История Экономического Суда СНГ //http://sudsng.org/about/history/*

[5] *Соглашение о статусе Экономического суда Содружества Независимых Государств от 6 июля 1992 года //sudsng.org/download_files/docs/soglashenie_o_statuse2.doc*

[6] *Устав Содружества Независимых Государств (Минск, 22 января 1993 года) // http://cis.minsk.by/page.php?id=180*

Не подписали Соглашение такие государства, как Азербайджан, Грузия, Туркменистан и Украина. Предъявление к этим государствам исков, связанных с исполнением экономических обязательств, юридически становилось возможным лишь в тех случаях, когда они признали в той или иной форме юрисдикцию Экономического Суда. В частности, по мнению российского исследователя Г.И. Шараповой, это было возможно посредством включения в тот или иной договор пророгационного соглашения о передаче спора на разрешение Экономического Суда СНГ. Так, в статье 31 Договора о создании Экономического союза от 24 сентября 1993 г. Договаривающиеся Стороны «обязались решать спорные вопросы, связанные с толкованием и выполнением настоящего Договора, путем переговоров или путем обращения в Экономический Суд Содружества Независимых Государств». Предусмотренное в данной норме обязательство государств-участников Договора о создании Экономического союза решать возникшие между ними спорные вопросы, связанные с толкованием и исполнением Договора, приняли на себя все государства, подписавшие и ратифицировавшие Договор. По мнению Экономического Суда, выраженному в решении от 15 мая 1997 года№ С-1/19-96, закрепленное в статье 32 Договора обязательство государств-участников Договора обращаться в Экономический Суд для разрешения споров выступает как безусловное основание обязательной юрисдикции Экономического Суда СНГ по означенному кругу вопросов [1].

В договоре может содержаться норма и о праве на одностороннее обращение в Экономический Суд. Например, в статье 17 Соглашения о взаимном признании и регулировании отношений собственности, подписанного в Бишкеке 9 октября 1992 г., оговорено, что «споры между сторонами относительно толкования и применения норм настоящего Соглашения будут разрешаться путем взаимных консультаций и переговоров на различных уровнях. Если спор не может быть урегулирован таким путем, то по требованию одной из Сторон он передается на решение Экономического Суда Содружества Независимых Государств». Не исключается возможность использования сторонами Соглашения процедуры международного судебного разбирательства путем обращения в Экономический Суд и в том случае, если юрисдикционная оговорка соглашения, устанавливая перечень способов мирного разрешения споров, указывает на право сторон использовать «иные процедуры, предусмотренные международным правом» [1].

Споры рассматриваются Экономическим Судом по заявлению заинтересованных государств в лице их полномочных органов, институтов Содружества. Экономический Суд не может отказаться от разрешения спора за отсутствием или неясностью подлежащей применению нормы права.

Положение об Экономическом суде СНГ является документом, состоящим всего из 16 пунктов, ключевыми из которых являются следующие.

Экономический Суд СНГ создается в целях обеспечения единообразного применения соглашений государств-участников СНГ и основанных на них экономических обязательств и договоров путем разрешения споров, вытекающих из экономических отношений (п.1).

К ведению Экономического Суда относится разрешение межгосударственных экономических споров (п.3):

- возникающих при исполнении экономических обязательств, предусмотренных соглашениями, решениями Совета глав государств, Совета глав правительств Содружества (далее - акты Содружества) и других его институтов;

- о соответствии нормативных и других актов государств-участников Содружества, принятых по экономическим вопросам, соглашениям и иным актам Содружества.

Кроме того, соглашениями государств-участников СНГ к ведению Экономического Суда могут быть отнесены другие споры, связанные с исполнением соглашений и принятых на их основе иных актов Содружества (ч.2 п.3).

Часть вторая пункта 3 Положения об Экономическом Суде СНГ расширила предметную юрисдикцию Экономического Суда СНГ посредством включения государствами-участниками Содружества юрисдикционных оговорок о передаче Экономическому Суду СНГ других споров, связанных с исполнением соглашений и принятых на их основе иных актов Содружества. В настоящее время имеется 38 международно-правовых актов, принятых в рамках Содружества, содержащих оговорки, предусматривающие юрисдикцию Экономического Суда. Включение в текст договоров юрисдикционных оговорок привело к расширению компетенции Экономического Суда СНГ и увеличению числа государств, правомочных обращаться в Экономический Суд СНГ. Так, в число государств-участников Договора о создании Экономического союза от 24 сентября 1993 года, принявших обязательства решать спорные вопросы, связанные с толкованием и выполнением Договора путем переговоров или путем обращения в Эконо-

мический Суд СНГ (статья 31), входят также и государства, не являющиеся участниками Соглашения о статусе Экономического Суда СНГ от 6 июля 1992 года: Азербайджан, Армения, Туркменистан[7].

Наряду с разрешением межгосударственных экономических споров Экономический Суд осуществляет толкование (п.5 Положения):

- применения положений соглашений, других актов Содружества и его институтов;
- актов законодательства бывшего Союза ССР на период взаимосогласованного их применения, в том числе о допустимости применения этих актов, как не противоречащих соглашениям и принятым на их основе иным актам Содружества.

Толкование осуществляется при принятии решений по конкретным делам, а также по запросам высших органов власти и управления государств, институтов Содружества, высших хозяйственных, арбитражных судов и иных высших органов, разрешающих в государствах экономические споры.

Судопроизводство в Экономическом Суде осуществляется в соответствии с Регламентом Экономического Суда СНГ, утвержденным постановлением Пленума Экономического Суда от 10 июля 1997 года №2 (последняя редакция постановления Пленума Экономического Суда от 9 октября 2014 года №3). Организационная деятельность Суда регулируется Регламентом организационных заседаний Экономического Суда СНГ, утвержденным постановлением Пленума Экономического Суда от 14 марта 2009 года № 6. Порядок организации и проведения заседаний Пленума Экономического Суда, процедура подготовки и принятия постановлений определяются Регламентом Пленума Экономического Суда СНГ, утвержденным постановлением Пленума Экономического Суда от 13 марта 2009 года №3 (в редакции постановления Пленума Экономического Суда от 14 апреля 2010 года).

Штатная численность аппарата Экономического Суда по состоянию на 31 декабря 2016 года составила 12 человек[8].

Таким образом, Экономический суд СНГ является межгосударственным юрисдикционным органом и одним из главных органов СНГ, призванным разрешать экономические споры и давать толкование международных договоров и актов Содружества. Субъектами обращения в Экономический Суд СНГ являются государства-участники Соглашения о статусе Экономического Суда СНГ от 6 июля 1992 года и иных договоров, в которых имеются ссылки на юрисдикцию Суда, а также институты Содружества.

5. Деятельность Экономического Суда СНГ

За период деятельности (1992-2016 гг.) Экономическим Судом СНГ рассмотрены 123 дела, по которым вынесены 132 итоговых судебных акта, включающих толкование международных договоров, затрагивающих вопросы регулирования финансовых рынков, инвестиций, зоны свободной торговли, оказания правовой помощи, социально-экономических прав граждан. …Кроме того, высшим коллегиальным органом Экономического Суда СНГ – Пленумом Экономического Суда СНГ – принято 98 постановления и 2 решения [2, с. 165-166].

Дела о толковании актов Содружества, регулирующих экономические отношения, составляют лишь около 15% от общего количества рассмотренных Экономическим Судом СНГ дел о толковании. В остальном – это дела, касающиеся социально-экономических прав граждан (около 40%), статуса и полномочий органов и организаций в рамках СНГ (около 12%), взаимодействия высших арбитражных, хозяйственных, экономических и других судов государств-участников СНГ по вопросам их процессуальной деятельности (около 7%), учредительных документов СНГ (примерно 5%) и др. [2, с. 173].

Приведенная статистика свидетельствует о том, что Экономический суд СНГ справился с поставленными перед ним задачами, а впоследствии внес свой вклад в дальнейшее развитие сотрудничества государств-участников СНГ в социально-экономической сфере. Однако, со второй половины 2000-х гг. Экономический суд СНГ стал испытывать определенный кризис в своем развитии, связанный с уменьшением обращений в Суд и выходом ряда государств СНГ из числа участников Соглашения о статусе Экономического суда СНГ.

Из восьми государств-участников Соглашения о статусе Экономического Суда СНГ на сегодняшний день два государства официально вышли из состава участников договора – это Армения и Молдова:

1) Республика Армения не участвует в деятельности и финансировании Экономического Суда СНГ с 1 января 2006 года, о чем Экономический Суд СНГ извещен нотой Исполнительного комитета СНГ от 22 ноября 2005 года;

2) Парламент Республики Молдова Законом от 23 декабря 2009 года денонсировал Соглашение о статусе Экономического Суда

[7] *Компетенция Экономического суда СНГ // http://sudsng.org/competence /sng/*
[8] *Доклад Экономического Суда Содружества Независимых Государств, 2016. – Минск, 2017. – С.11.*

СНГ от 6 июля 1992 года, о чем Экономический Суд СНГ был извещен нотой Исполнительного комитета СНГ от 10 февраля 2010 года[9].

Кроме того, ряд государств Содружества перестал направлять своих судей в состав Экономического суда СНГ (Таджикистан - с 2011 г., Кыргызстан - с 2013 г., Казахстан - с 2014 г.), что говорит о выходе этих государств де-факто из состава участников Соглашения о статусе Экономического Суда СНГ. Сегодня в составе Экономического суда СНГ осталось только двое судей - от России и Белоруссии.

Свидетельством кризиса в деятельности Экономического суда СНГ является также тенденция к уменьшению количества рассматриваемых дел. Так, за 2013 года Судом было принято только 2 консультативных заключения, за 2014 год 1 решение и 3 консультативных заключения, за 2015 год - 3 решения и 1 определение о разъяснении ранее принятого решения, за 2016 год - только 1 решение о толковании. Для примера можно привести Суд Евразийского экономического союза, который начал функционировать с 2015 года и за 2016 год принял около 10 различных судебных актов. Суд Европейского Союза рассматривает около 400 дел в год.

Хотя по оптимистическому заявлению действующего Председателя Экономического Суда СНГ Л.Э. Каменковой, статистика деятельности Суда за 25 лет его деятельности свидетельствует об эффективности выполнения Судом своих функций и о тенденции к дальнейшей активизации деятельности Экономического Суда СНГ [2, с. 166], на самом деле, эта же статистика неумолимо доказывает, что государства перестают обращаться в этот судебный орган.

Конечно, до тех пор, пока функционирует Содружество, необходимость существования судебного органа, который мог бы дать официальное толкование принимаемых его органами актов, будет актуальной, однако форма его деятельности и его статус будут требовать приведения в соответствие с существующими реалиями.

6. Реформирование Экономического суда СНГ

В указанных условиях необходимость реформирования Экономического Суда СНГ стала четко осознаваться государствами-участниками и отражаться в документах, принимаемых высшими органами СНГ. Об этом говорилось в Аналитическом докладе «Итоги деятельности СНГ за 20 лет и задачи на перспективу» (2011 г.),[10] в Концепции дальнейшего развития СНГ2007 года, и Плане основных мероприятий по ее реализации. Так, в пункте5.6 раздела V Концепции под названием «Механизмы функционирования Содружества и его организационное совершенствование» была предусмотрена модернизация Экономического Суда СНГ. Следует отметить, что разработка проекта Соглашения о статусе Экономического Суда СНГ, в котором были предусмотрены нормы, модернизирующие этот судебный орган, велась с 1997 года по 2013 год. Однако по ряду причин проект Соглашения так и не дошел до уровня Совета глав государств СНГ. На заседании Совета глав государств СНГ (16 октября 2015 года, Казахстан) по инициативе Президента Казахстана Н.А. Назарбаева было внесено предложение о реформировании СНГ с целью адаптации Содружества к современным реалиям и принято Протокольное решение, содержащее поручение министерствам иностранных дел государств-участников СНГ и Исполнительному комитету СНГ разработать предложения по совершенствованию и реформированию органов СНГ, в том числе и Экономического суда СНГ.16 сентября 2016 года в г. Бишкеке на юбилейном заседании Совета глав государств СНГ были приняты решения «Об адаптации Содружества Независимых Государств к современным реалиям» и «Об Экономическом Суде СНГ», согласно которым государствам-участникам Соглашения о статусе Экономического Суда СНГ было поручено принять меры по переводу Суда в формат adhoc[11].

7. Сущность предлагаемых изменений по реформированию Экономического суда СНГ

Для юридического оформления изменений в правовом статусе Экономического Суда СНГ был разработан проект Протокола о внесении изменений в Соглашение о статусе Экономического суда СНГ от 6 июля 1992 года, который в настоящее время проходит процедуры внутригосударственного согласования в странах-участницах. К основным положениям проекта Протокола относятся следующие[12].

1. Экономический Суд СНГ осуществляет свою деятельность в формате adhoc. При этом Председатель Суда осуществляет свою деятельность по месту пребывания Экономического Суда на постоянной осно-

[9] *История Экономического Суда СНГ //http://sudsng.org/about/history/*

[10] *Итоги деятельности СНГ за 20 лет и задачи на перспективу. Аналитический доклад. Принят Советом глав государств СНГ (Душанбе, 3 сентября 2011 года) // http://www.cis.minsk.by/news.php?id=289*

[11] *Совершенствование деятельности Экономического суда СНГ // http://sudsng.org/about/perfection/*

[12] *Доклад Экономического Суда Содружества Независимых Государств, 2016. – Минск, 2017. – С.41-42.*

ве в городе Минске, а судьи осуществляют свою деятельность дистанционно, находясь в государствах своего пребывания.

2. Экономический Суд собирается в месте своего пребывания для рассмотрения конкретных дел в составе палат из трех судей. Палаты судей для рассмотрения споров или запросов о толковании формируются из судей, входящих в реестр судей Экономического Суда. Для формирования реестра судей устанавливается квота числа судей от каждого государства-участника Соглашения о статусе Экономического Суда от 6 июля 1992 года в количестве двух человек.

3. Полный состав Экономического Суда назначается Председателем Суда из судей, входящих в реестр, по одному от каждого государства-участника.

4. Сроки судопроизводства по рассмотрению споров и запросов о толковании не должны в общей сложности превышать шести месяцев с даты вынесения Экономическим Судом решения о принятии дела к производству.

5. Экономический Суд на стадии подготовки дела к рассмотрению использует только средства дистанционной работы без проведения устных слушаний. Суд на стадии судебного разбирательства использует, как правило, письменную процедуру рассмотрения дел. Устные слушания могут проводиться по запросу одной из сторон спора, а по делам о толковании – по инициативе одного из судей палаты судей или по инициативе заявителя. Срок устных слушаний, включая процедуру вынесения решения, в рамках одного дела не может превышать: по спорам – двадцати дней, а по вопросам толкования – пяти дней.

6. Обращение в Экономический Суд не облагается пошлиной.

7. В проекте Протокола также определены полномочия Председателя Экономического Суда, компетенция и состав Пленума Экономического Суда, правовой статус судей Экономического Суда, основания прекращения их полномочий, основные процессуальные моменты рассмотрения дел в Экономическом Суде, а также функции аппарата Экономического Суда.

8. Выводы

Таким образом, перевод работы Экономического суда СНГ в формат adhoc сближает его по форме деятельности с международными арбитражными органами. Однако Экономический Суд СНГ по-прежнему остается юрисдикционным органом, призванным урегулировать межгосударственные споры участников Соглашения о статусе Экономического Суда СНГ 1992 года, а также толковать акты органов Содружества.

Последние изменения не затронули юрисдикции Экономического Суда СНГ, хотя в научном сообществе накопилось довольно много предложений по активизации деятельности этого органа путем расширения его полномочий. Это означает, что государства Содружества устраивает такой малоактивный и маловостребованный судебный орган. Суть реформы Суда заключается в приведении его статуса в соответствие со сложившимися реалиями.

Кроме того, это означает, что государства-участники СНГ не готовы массово перейти на решение спорных проблем в судебном порядке, предпочитая более гибкие и менее гласные политические инструменты урегулирования разногласий. Полагаем, что это связано, в том числе и с самим форматом деятельности Содружества, которое все больше превращается в межгосударственную площадку для политического диалога.

Вместе с тем, в случае значительной активизации деятельности зоны свободной торговли в рамках СНГ государствам-участникам все-таки может понадобиться такой инструмент, как Экономический суд СНГ. Поэтому этот орган пока присутствует в числе главных органов Содружества.

Вместе с тем, последние изменения постепенно переводят Экономический Суд СНГ в тень Суда ЕАЭС, который, не в пример первому, является куда более загруженным межгосударственным судебным органом с более широкими перспективами.

Нынешнее реформирование Экономического суда СНГ вряд ли вдохнет в него жизнь и сможет резко активизировать его деятельность, однако оставляет шанс на дальнейшее существование Суда, хотя и в новом формате, но с прежним содержанием.

ЛИТЕРАТУРА

1. Шарапова Г.И. Экономический суд СНГ: о создании, деятельности и некоторых проблемах // http://www.szrf.ru/doc.phtml?nb=edition07&issid= 2002005001&docid=1

2. Каменкова Л.Э. Экономический Суд СНГ как гарант обеспечения принципа доступности международного правосудия на пространстве Содружества // Международное правосудие в XXI веке. Монография / под ред. Т.Н. Михалевой. – Минск: Бизнесофсет, 2016. – 472 с. – С. 164-177.

REFERENCES

1. Sharapova G.I. Jekonomicheskij sud SNG: o sozdanii, dejatel'nosti i nekotoryh problemah // http://www.szrf.ru/doc.phtml?nb=edition07&issid= 2002005001&docid=1

2. Kamenkova L.Je. Jekonomicheskij Sud SNG kak garant obespechenija principa dostupnosti mezhdunarodnogo pravosudija na prostranstve Sodruzhestva // Mezhdunarodnoe pravosudie v XXI veke. Monografija / pod red. T.N. Mihalevoj. – Minsk: Biznesofset, 2016. – 472 s. – S.164-177.

УДК: 341

О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ ТОЛКОВАНИЯ «ПОРЯДКА И УСЛОВИЙ ДЕЙСТВИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ» В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Абай Абылайұлы

Начальник отдела международного законодательства и сравнительного правоведения Института законодательства Республики Казахстан, PhD, г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: a.abylaiuly@adilet.gov.kz

Ключевые слова: *международный договор; непосредственное применение международного договора; самоисполнимость и несамоисполнимость международного договора; дуалистическое государство; монистическое государство; порядок и условия действия международного договора.*

Аннотация. *В данной научной статье ее автор анализирует поправки, внесенные в пункт 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан Законом Республики Казахстан от 10 марта 2017 года № 51-VI ЗРК «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан», поскольку данные поправки дают основание для переосмысления порядка действия международных договоров.*

Автор отмечает, что по сравнению со старой редакцией, в новой редакции пункта 3 статьи 4 отсутствует возможность непосредственного применения норм международных договоров. В этой связи автор проанализировав нормы международного права и национального законодательства, практику зарубежных стран и доктрину международного права, делает некоторые размышления по вопросам соотношения норм международного права и национального права, критериями самоисполнимости международных договоров, понятиями «порядок и условия действия международных договоров.

Проанализировав вопрос о порядке и условиях действия на территории Казахстана международных договоров, автор приходит к выводу, что система соотношения норм международных договоров и национального законодательства в Республике Казахстан может стать смешанной.

Автор также видит целесообразным внесение изменений и дополнений в действующее законодательство с целью расширения критериев самоисполнимости международного договора, считает, что неэффективное и необоснованное применение понятий «условия» и «законодательство», закрепленных в пункте 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан без соответствующего законодательного акта, регламентирующего дальнейшую реализацию данной нормы, может привести к непредсказуемым и негативным последствиям.

ҚАЗАҚСТАН РЕСПУБЛИКАСЫНДА «ХАЛЫҚАРАЛЫҚ ШАРТТАРДЫҢ ҚОЛДАНЫЛУ ТӘРТІБІ МЕН ТАЛАПТАРЫНА» ТҮСІНДІРМЕ БЕРУДІҢ КЕЙБІР МӘСЕЛЕЛЕРІ

Абай Абылайұлы

Қазақстан Республикасы Заңнама институтының Халықаралық заңнама және салыстырмалы құқықтану бөлімінің бастығы, PhD, Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: a.abylaiuly@adilet.gov.kz

Түйін сөздер: халықаралық шарт, халықаралық шартты тікелей қолдану; халықаралық шарттың өздігінен орындалуы және өздігінен орындалмауы; дуалистік мемлекет; монистік мемлекет; халықаралық шарттың қолданылуының тәртібі мен талаптары.

Аннотация. Осы ғылыми мақалада автор Қазақстан Республикасы Конституциясының 4-бабының 3-тармағына «Қазақстан Республикасының Конституциясына өзгерістер мен толықтырулар енгізу туралы» 2017 жылғы 10 наурыздағы № 51-VI ЗРК Қазақстан Республикасының Заңымен енгізілген түзетулерді талдайды, бұл түзетулер халықаралық шарттардың қызметінің тәртібін басқаша ойлау үшін негіз береді.

Автор ескі редакциямен салыстырғанда 4-баптың 3-тармағында жаңа редакциясында халықаралық шарттардың нормаларын тікелей қолдану мүмкіндігі жоқ екенін атап өтті. Осыған орай автор халықаралық шарттардың және ұлттық заңнаманың нормаларын, шет елдердің тәжірибесін және халықаралық құқық доктринасын талдап, халықаралық құқық және ұлттық құқық нормаларының халықаралық шарттарды өздігінен орындау өлшемдерімен, «халықаралық шарттар қызметінің тәртібі мен жағдайлары» ұғымымен өзара байланысы мәселелері бойынша кейбір ойларға келеді.

Қазақстан аумағында халықаралық шарттар қызметінің тәртібі мен жағдайлары туралы мәселені талдап, автор халықаралық шарттардың және Қазақстан Республикасының ұлттық заңнамасы нормаларының өзара байланыс жүйесі аралас болуы мүмкін деген қорытындыға келеді.

Сондай-ақ автор халықаралық шарттың өздігінен орындау өлшемдерін кеңейту мақсатында қолданыстағы заңнамаға өзгерістер мен толықтырулар енгізуді мақсатты деп біледі, осы норманың бұдан әрі де жүзеге асыру регламенттеуші тиісті заңнамалық актісіз Қазақстан Республикасы Конституциясының 4-бабының 3-тармағында бекітілген «жағдайлар» және «заңнама» ұғымдарын тиімсіз және негізсіз қолдану ойламаған және келеңсіз салдарларға әкеліп соғуы мүмкін деп есептейді.

SOME QUESTIONS OF INTERPRETATION OF THE PROCEDURE AND CONDITIONS OF APPLICATION OF TREATIES IN THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

Abay Abylaiuly
Head of the Department of International Legislation and Comaparative Law of the Legislation Institute of Republic of Kazakhstan, PhD, Astana, Republic of Kazakhstan;
e-mail: a.abylaiuly@adilet.gov.kz

Keywords: treaty; direct application of treaty; self-executive and non-self-executive treaties; dualistic state; monistic state; procedure and conditions of application of treaty.

Abstract. The article analyzes the amendments introduced into subparagraph 5 of Article 4 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan by the Law of the Republic of Kazakhstan of March 10 2017 № 51-VI «On amendments and additions to the Constitution of the Republic of Kazakhstan», as these amendments give grounds for reconsidering the procedure of operation of international treaties. The author of this article notes that in comparison with the previous version the version of subparagraph 2 of Article 4 does not provide the possibility for direct implementation of the norms established in international treaties. In this connection the author, having analyzed the norms of international law and national legislation, practice of foreign countries and the doctrine of international law, comes to the conclusion regarding the correlation between international law and national law, the criteria of self-fulfillment of international treaties, the definition of the «procedure and terms of operation of international treaties». The analysis of procedure and terms of operation of international treaties helps the author to make a conclusion that the system of correlation of international law and national law can be mixed. The author also finds it expedient that amendments and additions to the laws in force should be made on the issue concerning the widening the criteria of self-fulfillment of the international treaty, and thinks that ineffective and unreasonable use of the definition of «terms» and «legislation», established in subparagraph 3 of Article 4 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan, without corresponding legislative act regulating the further implementation of this rule, can lead to unpredictable and negative consequences.

Введение

Поправки, внесенные в пункт 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан Законом Республики Казахстан от 10 марта 2017 года № 51-VI ЗРК «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» дают основание для переосмысления порядка действия международных договоров. По сравнению со старой редакцией[1], в новой редакции[2] пункта 3 статьи 4 отсутствует возможность непосредственного применения норм международных договоров. В этой связи автор, проанализировав нормы международного права и национального законодательства, практику зарубежных стран и доктрину международного права, делает некоторые размышления по вопросам соотношения норм международного права и национального права, критериям самоисполнимости международных договоров, понятиям «порядок и условия действия международных договоров.

Теории соотношения норм международного и национального права

В науке международного права принято деление государств на два типа в зависимости от статуса и места норм международного права в национальной правовой системе – «монистические» и «дуалистические».

Согласно монистической теории, нормы международного права являются частью национальной правовой системы и имеют приоритет над законами. Благодаря этому, нормы международного права применяются автоматически без необходимости инкорпорации. Однако следует отметить, что международные договоры делятся на «самоисполнимые» и «несамоисполнимые», которые ограничивают непосредственное применение норм международного договора.

Согласно дуалистической теории, международный договор будет реализован только после его внедрения в национальную правовую систему специальным актом.

В монистических государствах международный договор может стать частью национальной правовой системы без принятия специального акта о его внедрении, если международный договор был заключен согласно конституционным нормам и вступил в силу. К монистическим государствам следует отнести Францию, Германию, Нидерланды, Польшу, Россию, Швейцарию, Казахстан и множество других государств.

Существуют различные подходы конституционного определения места международных договоров в национальной правовой системе. Тем не менее, известный юрист международник Энтони Аust отмечает три признака, являющихся общими для большинства монистических стран. Первый – хотя конституция требует, чтобы парламент одобрил проект международного договора, существуют определенные исключения для определенных видов международных договоров. Второй – некоторые международные договоры признаются «самоисполнимыми» в силу их характера, некоторые требуют принятия специального закона для их реализации. Третий – нормы «самоисполнимых» международных договоров становятся наивысшим правом, обладают приоритетом перед действующими и будущими законами[3].

Отмечаем, что все три вышеуказанных признака монистических государств присутствуют в правовой системе Казахстана. Например, если международный договор не подпадает под требования статьи 11 Закона Республики Казахстан «О международных договорах Республики Казахстан» от 30 мая 2005 года[4], международный договор может

[1] *Предыдущая редакция пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан: «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».*

[2] *Новая редакция пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан: «Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами. Порядок и условия действия на территории Республики Казахстан международных договоров, участником которых является Казахстан, определяются законодательством Республики».*

[3] *Anthony Aust. Modern Treaty Law and PracticE. 3rd Edition. 2013, Cambridge University Press. P. 163.*

[4] *Ратификации подлежат международные договоры: 1) предметом которых являются права и свободы человека и гражданина; 2) выполнение которых требует изменения действующих или принятия новых законов, а также устанавливающие иные правила, чем предусмотрено законами Республики Казахстан; 3) о территориальном разграничении Республики Казахстан с другими государствами, включая международные договоры о прохождении Государственной границы Республики Казахстан, а также о разграничении исключительной экономической зоны и континентального шельфа Республики Казахстан; 4) об основах межгосударственных отношений, по вопросам разоружения или международного контроля над вооружениями, обеспечения международного мира и безопасности, а также мирные международные договоры и международные договоры о коллективной безопасности; 5) об участии Республики Казахстан в межгосударственных объединениях и международных организациях, если такие международные договоры предусматривают передачу им осуществления части суверенных прав Республики Казахстан или устанавливают юридическую обязательность решений их органов для Республики Казахстан; 6) о государственных займах; 7) об оказании Республикой Казахстан экономической и иной помощи, кроме гуманитарной помощи и официальной помощи развитию; 8) при подписании которых участвовавшие в переговорах стороны условились об их последующей ратификации; 9) если международные договоры предусматривают, что такое согласие выражается ратификацией.*

вступить в силу без ратификации его Парламентом. Старая редакция пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан предусматривала непосредственное применение норм международных договоров. На сегодняшний день непосредственное применение норм международных договоров предусмотрено в КоАП (ст. 1), УК РК (ст. 1), ГК РК (ст. 3), УПК РК (ст. 1), ГПК РК (ст. 1) и других законах.

Согласно дуалистической теории, нормы международных договоров, введенные в действие специальным актом, становятся нормами внутреннего права и могут быть изменены или отменены позже принятым законодательным актом. Такая система предусмотрена в странах англо-саксонской правовой семьи.

На сегодняшний день представляется сложным четко определить государства, относящихся к той или иной группе соотношения международного и национального права. Как отмечает Дункан Холлис, множество конституций стран мира содержат в себе элементы, как монистической теории, так и дуалистической теории[5]. Если в Оксфордском путеводителе по международным договорам США определены как монистическое государство[6], то Ульям Бернам считает, что в мире на сегодняшний день только Нидерланды можно считать монистическим, остальные все тяготеют к монистическому. США определенно являются дуалистическим государством, несмотря на конституционную норму, согласно которой «все договоры, которые заключены или будут заключены от имени США, являются «верховным правом страны»[7].

Отмечаем, что выбор смешанной системы соотношения норм международного права и национального законодательства в целом не противоречит самому международному праву, поскольку, порядок и условия действия международного договора, а также имплементация его норм относится к внутренней компетенции государства. При этом неимплементация норм вступившего в силу для государства международного договора не освобождает государство от своих международно-правовых обязательств.

Новая редакция пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан дает основание полагать, что в нашем государстве возможно применение смешанной системы соотношения норм международного права и национального права. Например, международные договоры, вступившие в силу после утверждения, принятия (Президентом или Правительством), подписания или с момента обмена нотами (образующими международный договор), могут быть изменены или отменены последующими нормативными правовыми актами.

Кроме того, новая редакция пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан недвусмысленно ставит точку в вопросе соотношения норм Основного закона и норм международного права. Конституция Казахстана, регламентируя условия и порядок действия международного договора законодательством, закрепляет приоритет Конституции над любыми другими правовыми актами. Конечно, такое утверждение было сделано учеными до конституционных поправок исходя из смысла пункта 2 статьи 74 Конституции Республики Казахстан. С.Ф. Ударцев считает, что «в отношении всех международных договоров сохраняется принцип приоритета норм Конституции как концентрированное выражение необходимости и возможности обеспечения национальной безопасности Казахстана в условиях глобализации»[8]. Ж.О. Кулжабаева полагает, что в случае коллизии международного договора и казахстанской Конституции, приоритет отдается «исключительно конституционным нормам»[9]. Однако, Е. Оралова, признавая тот факт, что подавляющее большинство стран мира придерживается позиции о приоритете основного закона над международными нормами[10], считает, что «…сложилась ситуация, когда международные институты требуют признать абсолютный приоритет международного права над конституцией и национальным правом, в то время как государства в той или иной форме отвергают эту идею, несмотря на тот факт, что это нивелирует эффективность международно-правовой системы и не вполне отвечает правовой природе международного договора и принципу pacta sunt servanda»[11]. Хотелось бы отметить, что существование как минимум двух

[5] *Duncan B. Hollis (ed.). The Oxford Guide to Treaties. Oxford University Press, 2012. P. 369.*

[6] *Там же. Стр. 373.*

[7] *У. Бернам. Правовая система Соединенных Штатов Америки. 3-й выпуск. Москва, РИО «Новая юстиция», 2006. Стр. 1058.*

[8] *Конституция Республики Казахстан. Научно-практический комментарий. – Алматы: Раритет, 2010. – 400 с. С. 23.*

[9] *Соотношение международного права и национального законодательства: проблемы имплементации. По результатам фундаментального научного исследования, проведенного по грантовому финансированию МОН РК. – Астана: ТОО «КазГЮУ Консалтинг», 2015. – 320 с. С. 13.*

[10] *A. Peters. Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law // Vienna Journal on International Constitutional Law, Vol.3, 2009. - pp.170-198, p.185.*

[11] *Оралова Е.Д. Международные обязательства в контексте Основного Закона Республики Казахстан // Право и государство. № 3(68) 2015. – С. 59-65.*

теории соотношения норм международного права и национального права и признание Венской конвенцией о праве международных договоров 1969 года (статья 46) «нормы внутреннего права особо важного значения» говорит о том, что «абсолютный приоритет международного права над конституцией и национальным правом» еще не установлен. Полагаем, что при функционировании современного международного права и современных реалиях такой приоритет представляется достаточно сложным.

Самоисполнимые и несамоисполнимые международные договоры

Приоритетность ратифицированных международных договоров признана как старой, так и новой редакцией пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан. Однако, в связи с тем, что в новой редакции данной конституционной нормы отсутствует возможность непосредственного применения норм международных договоров, следует изучить вопрос о целесообразности наличия в вышеуказанных кодексах и других законах Республики Казахстан норм о непосредственном применении международных договоров. Учитывая тот факт, что не все ратифицированные международные договоры являются самоисполнимыми или непосредственно применимыми, понятие «условия действия международных договоров» шире, чем понятие «непосредственное применение», считаем, что порядок и условия действия международных договоров (со всеми критериями) целесообразно закрепить в одном законодательном акте.

На сегодняшний день принят только один нормативный правовой акт о применении норм международных договоров Республики Казахстан. Согласно положениям Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года «О применении норм международных договоров Республики Казахстан», положения международных договоров, не требующие издания законов для применения, действуют в Республике Казахстан непосредственно. Верховный Суд Республики Казахстан в данном постановлении определяет только один критерий самоисполнимости международного договора – договор, положения которого не требуют издания законов для применения. Однако считаем, что единственный критерий недостаточен для эффективного применения норм международных договоров судами Республики Казахстан.

Существуют различные доктринальные определения понятия «самоисполнимые международные договоры (непосредственного применения). По мнению Дж.Салмона, самоисполнимая норма - это норма, которая предоставляет своему адресату право полагаться на нее перед судьей[12]. Карлос Мануэль Васкес считает, что самоисполнимый международный договор может быть определен как договор, который может быть принудительно применен в судах без предварительного принятия Конгрессом законодательства, а несамоисполняемый договор, наоборот, не может быть применен в судах без предварительного законодательного внедрения[13].

Анализ зарубежной практики показывает, что в большинстве стран мира самоисполняемость международного договора определяется судами. Так, в странах Европейского Союза источники права Европейского Союза стали самоисполнимыми на основе учредительных договоров, источников вторичного и третичного права и соответствующим образом были истолкованы Судом Европейского Союза[14]. В 1983 году Верховный суд Бельгии постановил, что «понятие прямого действия договора подразумевает, что обязательство, взятое на себя государством, должно быть выражено в полной и точной форме и что договаривающиеся стороны имели намерение предоставить Договору такое намерение, наделить субъективными правами и налагать обязательства на отдельных лиц»[15]. Американская ассоциация международного права, проанализировав судебную практику США (Asakura v. City of Seattle, Sosa v. Alvarez-Machain, United States v. Rauscher, Kolovrat v. Oregon, The Head Money Cases), отмечает следующие критерии для реализации норм международного договора индивидами: 1) международный договор должен быть самоисполнимым; 2) международный договор должен закреплять индивидуальные права; 3) основание для иска должно исходить из норм международного договора[16].

Проанализировав понятие и критерий

[12] *J. Salmon, Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 41.*

[13] *Carlos Manuel Vázquez. The Four Doctrines of Self-Executing Treaties. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 12-101. 89 Am. J. Int'l L. 695-723 (1995).*

[14] *A.Vandaele, E. Claes, L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme (2001) Working Paper No 15, KUL Institut de Droit International, available at: https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP15f.pdf*

[15] *Cass. 21 avril 1983,R.C.J.B.1985, 22*

[16] *When Can an Individual Enforce a Right Set Forth in an International Treaty?. - http://www.judicialmonitor.org/archive_0706/asilsidebar.html.*

самоисполнимости международных договоров, считаем, что необходимо законодательно закрепить общие критерий самоисполнимости международных договоров, к которым можно отнести: 1) самоисполнимость договора (возможность прямого применения лицами) должна вытекать из намерений сторон международного договора; 2) положения международного договора должны быть ясными и точными, чтобы государство не определяло как их реализовывать, т.е., не требуют издания законов для применения; 3) международный договор должен закреплять индивидуальные права и/или обязанности; 4) положения международного договора должны быть оспариваемыми в суде (права и обязательства, вытекающие из международного договора должны предоставлять возможность обращаться в суды для их исполнения).

Изучение понятий «условия» и «законодательство»

Как отмечено было выше, понятие «условия действия международных договоров» охватывает понятия «непосредственное применение». Кроме того, под «условием действия» можно также понимать основания исполнения или неисполнения международно-правовых обязательств, закрепленных в международном договоре, вступившего в силу для Республики Казахстан. В статье 74 Конституции Республики Казахстан закреплены определенные условия, касающихся процедуры заключения международных договоров. Так, согласно пункту 1 данной конституционной нормы «Законы и международные договоры, признанные несоответствующими Конституции Республики Казахстан, не могут быть подписаны либо, соответственно, ратифицированы и введены в действие». Согласно пункту 2 – «Законы и иные правовые акты, признанные неконституционными, в том числе ущемляющими закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина, отменяются и не подлежат применению». Если пункт 1 статьи 74 Конституции касается не вступившего в силу для Республики Казахстан международного договора, то международные договоры не входят в сферу регулирования пункта 2, поскольку согласно статье 1 Закона Республики Казахстан «О правовых актах» от 6 апреля 2016 года под правовым актом понимается «письменный официальный документ установленной формы, содержащий нормы права или индивидуальные властные правовые предписания, принятый на республиканском референдуме либо уполномоченными органами».

В этой связи новая редакция пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан требует наличия определенных законодательных основ условия действия для вступивших в силу международных договоров.

Проанализировав понятие «условия действия международных договоров», считаем, что в данное понятие должны входить следующие вопросы: 1) ответственный орган за разработку условий действия международных договоров; 2) приоритетность международного договора; 3) критерий непосредственного применения или самоисполнимости международного договора; 4) субъекты, правомочные определять возможность непосредственного применения норм международного договора; 5) критерий невозможности временного, частичного или полного исполнения международного договора; 6) роль и функции судов и парламента в определении непосредственности применения или самоисполнимости международного договора.

При толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан важным и содержащим в себе определенные риски вопросом является дальнейшее применение понятия «законодательство». Согласно подпункту 16 пункта 1 статьи 1 Закона РК «О правовых актах» от 6 апреля 2016 года, под законодательством понимается «совокупность нормативных правовых актов, принятых в установленном порядке». Статья 7 данного же закона под нормативными правовыми актами признает как основные[17], так и производные[18] нормативные правовые акты. Очевидно, что понятие «законодательство», закрепленное в пункте 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан, не должно толковаться, согласно положениям Закона РК «О правовых актах» от 6 апреля 2016 года, поскольку это может привести к непредсказуемым и негативным последствиям.

[17] *Конституция, конституционные законы, кодексы, консолидированные законы, законы, указы Президента; иные нормативные правовые указы Президента, нормативные правовые постановления Парламента, Правительства, Конституционного Совета, Верховного Суда, Центральной избирательной комиссии, Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета, Национального Банка, нормативные правовые приказы министров и иных руководителей центральных государственных органов, нормативные правовые приказы руководителей ведомств центральных государственных органов, нормативные правовые решения маслихатов, нормативные правовые постановления акиматов, нормативные правовые решения акимов и нормативные правовые постановления ревизионных комиссий.*

[18] *Положение, технический регламент, стандарт государственной услуги, регламент государственной услуги, правила, инструкция.*

Так, анализируемая конституционная норма предоставляет возможность одним нормативным правовым актом (кроме законов о ратификации и Закона «О международных договорах РК») определять порядок и условия действия одного международного договора, положения которого возможно будут противоречить статье 11 Закона «О международных договорах Республики Казахстан». Следовательно, это дает возможность обходить обязательную процедуру ратификации международного договора по вопросам прав и свобод человека, территорий и государственной границы, международной и национальной безопасности, участия в международной организации, государственного займа или оказания экономической помощи.

Толкование понятия «законодательство» согласно пункту 3 статьи 4 Конституции предоставляет возможность влиять на ход реализации международно-правовых обязательств практически всем высокопоставленным должностным лицам Республики Казахстан, что возможно приведет к нарушению норм международного договора, исковым требованиям, снижению имиджа страны, ухудшению международных отношений и другим последствиям.

Выводы

Проанализировав вопрос о порядке и условиях действия на территории Казахстана международных договоров, можно сделать следующие выводы:

1. В связи с внесением изменений в пункт 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан, система соотношения норм международных договоров и национального законодательства в Республике Казахстан может стать смешанной как в США, Великобритании, Италии, Германии и Франции, где процедура заключения и исполнения международных договоров достаточно сложная и многоступенчатая.

2. В связи с тем, что в пункте 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан отсутствует возможность непосредственного применения норм международных договоров, введено понятие «условия действия международных договоров», необходимо изучить вопрос о целесообразности наличия в законах Республики Казахстан норм о непосредственном применении международных договоров. Кроме того, необходимо внести изменения в статью 6 Закона Республики Казахстане «О правовых актах» от 6 апреля 2016 года, которая содержит нормы старой редакции пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан. Считаем также целесообразным внести изменения и дополнения в Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года «О применении норм международных договоров Республики Казахстан» в части расширения критериев самоисполнимости международного договора.

3. Неэффективное и необоснованное применение понятий «условия» и «законодательство», закрепленных в пункте 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан без соответствующего законодательного акта, регламентирующего дальнейшую реализацию данной нормы, может привести к непредсказуемым и негативным последствиям.

4. Считаем, что порядок и условия действия международного договора должны регулироваться ограниченным количеством нормативных правовых актов и только законами. Например, Законом «О международных договорах Республики Казахстан» от 30 мая 2005 года могли бы быть предусмотрены порядок и условия действия международных договоров в части ответственного органа за разработку условий действия международных договоров, приоритетности международного договора, критериев непосредственного применения или самоисполнимости международного договора, субъектов, правомочных определять возможность непосредственного применения норм международного договора, критериев невозможности, временного, частичного или полного исполнения международного договора и другие.

Конституционным законом Республики Казахстан «О Конституционном Совете Республики Казахстан» от 29 декабря 1995 года могло бы быть установлено полномочие Конституционного Совета Республики Казахстан по определению порядка и условий действия на территории Казахстана международных договоров. Стоит отметить, что Конституционный Совет Республики Казахстан уже имеет опыт в признании не подлежащих исполнению и недействительных норм вступивших в силу международных договоров. В Постановлении от 7 мая 2001 г. № 6/2 Конституционный Совет Республики Казахстан, сославшись на пункт 2 статьи 74 Конституции Республики Казахстан и пункт 2 статьи 39 Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу конституционного закона, «О Конституционном Совете Республики Казахстан», постановил: 1) Признать не соответствующими Конституции Республики Казахстан нормы части второй пункта 6.12 статьи 6 Договора аренды комплекса «Байконур» между Правительством Республики Казахстан и Правительством Российской Федерации от 10 декабря 1994 года, статьи 5 и 11 Соглашения между Правительством Республики



Встреча с главами дипломатических миссий и представительств международных организаций, аккредитованных в Казахстане. 3 июля 2017 года. Источник: Официальный сайт Президента Республики Казахстан.

Казахстан и Правительством Российской Федерации о взаимодействии правоохранительных органов в обеспечении правопорядка на территории комплекса «Байконур» от 4 октября 1997 года в части юрисдикции правоохранительных органов и судов Российской Федерации в отношении граждан Казахстана на территории Республики Казахстан; 2) нормы части второй пункта 6.12 статьи 6 Договора аренды комплекса «Байконур», статей 5 и 11 Соглашения о взаимодействии правоохранительных органов в обеспечении правопорядка на территории комплекса «Байконур» утрачивают юридическую силу и не подлежат применению в части юрисдикции правоохранительных органов и судов Российской Федерации в отношении граждан Казахстана на территории Республики Казахстан. При этом другие нормы этих международных актов сохраняют свою юридическую силу и подлежат исполнению.

Аналогичной практикой (в части неисполнения международного договора) обладает Конституционный Суд Российской Федерации. 4 декабря 2015 года был принят Федеральный конституционный закон РФ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде РФ». Согласно изменениям, КС РФ разрешает вопрос о возможности исполнения решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека в случаях «…обнаружения неопределенности в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ НПА, договор между органами государственной власти, не вступивший в силу международный договор, или обнаружившаяся неопределенность в вопросе о возможности исполнения решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека, основанного на положениях соответствующего международного договора Российской Федерации в истолковании, предположительно приводящем к их расхождению с Конституцией Российской Федерации…». На основе данного закона, Конституционный суд России 19 января постановил «невозможным» для российских властей выплачивать бывшим акционерам ЮКОСа компенсацию в размере 1,8 млрд. евро, которую им присудил Европейский суд по правам человека за нарушение прав истцов на судебную защиту и справедливое судебное разбирательство.

5. Отмечаем, что порядок и условия действия международного договора является внутренней компетенцией договаривающейся стороны и никоим образом не влияет на международно-правовые обязательства. Принцип международного права pacta sunt servanda, являясь одновременно императивной, договорной и обычной нормой международного права, общим принципом права и основным принципом международного права, требует неукоснительного соблюдения норм международных договоров.

Практика Международного Суда ООН показывает, что нормы международных договоров превалируют над внутренним правом и процедурами. По делу Братьев Лаграндов (Германия против США, 2001), МС ООН не поддержал позицию США, согласно которой США не исполнили требование о временных мерах МС ООН в силу особенности федеративного устройства США в части разграничения полномочий. Впоследствии США признали требования о временных мерах МС ООН в качестве обязательной. По делу Хиссана Хабре (Бельгия против Сенегала, 2012) МС ООН не поддержал позицию Сенегала, который сослался на то, что Сенегал не судил Хиссана Хабре в силу неимплементации норм Конвенции против пыток и других

жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 года. В 2016 году Сенегал выполнил требование МС ООН и осудил Хиссана Хабре на пожизненный срок. В деле сухопутной и морской границы (Камерун против Нигерии, 2012) МС ООН отметил, что не существует общего юридического обязательства государств быть осведомленными о законодательных и конституционных изменениях в других государствах, которые важны или могут стать важными для международных отношений этих государств[19].

На этой основе, считаем, что порядок и условия действия международного договора должны быть эффективными для реализации международно-правовых обязательств, соответствовать норме pacta sunt servanda и законным ожиданиям договаривающихся сторон.

ЛИТЕРАТУРА

1. Anthony Aust. Modern Treaty Law and Practice. 3rd Edition. 2013, Cambridge University Press. 520 p.
2. Duncan B. Hollis (ed.). The Oxford Guide to Treaties. Oxford University Press, 2012. 804 p.
3. У. Бернам. Правовая система Соединенных Штатов Америки. 3-й выпуск. Москва, РИО «Новая юстиция», 2006. 1211 с.
4. Конституция Республики Казахстан. Научно-практический комментарий. – Алматы: Раритет, 2010. – 400 с.
5. Соотношение международного права и национального законодательства: проблемы имплементации. По результатам фундаментального научного исследования, проведенного по грантовому финансированию МОН РК. – Астана: ТОО «КазГЮУ Консалтинг», 2015. – 320 с.
6. A. Peters. Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law // Vienna Journal on International Constitutional Law, Vol.3, 2009. - pp.170-198.
7. Оралова Е.Д. Международные обязательства в контексте Основного Закона Республики Казахстан // Право и государство. № 3(68) 2015. – С. 59-65.
8. J. Salmon, Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1240 p.
9. Carlos Manuel Vázquez. The Four Doctrines of Self-Executing Treaties. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 12-101. 89 Am. J. Int'l L. 695-723 (1995).
10. A.Vandaele, E. Claes, L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme (2001) Working Paper No 15, KUL Institut de Droit International, available at: https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP15f.pdf

REFERENCES

1. Anthony Aust. Modern Treaty Law and PracticE. 3rd Edition. 2013, Cambridge University Press. 520 p.
2. Duncan B. Hollis (ed.). The Oxford Guide to Treaties. Oxford University Press, 2012. 804 p.
3. U. Bernam. Pravovaja sistema Soedinennyh Shtatov Ameriki. 3-j vypusk. Moskva, RIO «Novaja justicija», 2006. 1211 s.
4. Konstitucija Respubliki Kazahstan. Nauchno-prakticheskij kommentarij. – Almaty: Raritet, 2010. – 400 s.
5. Sootnoshenie mezhdunarodnogo prava i nacional'nogo zakonodatel'stva: problemy implementacii. Po rezul'tatam fundamental'nogo nauchnogo issledovanija, provedennogo po grantovomu finansirovaniju MON RK. – Astana: TOO «KazGJuU Konsalting», 2015. – 320 s.;
6. A. Peters. Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law // Vienna Journal on International Constitutional Law, Vol.3, 2009. - pp.170-198.
7. Oralova E.D. Mezhdunarodnye objazatel'stva v kontekste Osnovnogo Zakona Respubliki Kazahstan // Pravo i gosudarstvo. № 3(68) 2015. – S. 59-65;
8. J. Salmon, Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1240 p.
9. Carlos Manuel Vázquez. The Four Doctrines of Self-Executing Treaties. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 12-101. 89 Am. J. Int'l L. 695-723 (1995).
10. A.Vandaele, E. Claes, L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme (2001) Working Paper No 15, KUL Institut de Droit International, available at: https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP15f.pdf

[19] *Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда. 1997-2002 годы. Организация Объединенных Наций. ST/LEG/SER.F/1/Add.2. - http://www.icj-cij.org/homepage/ru/summary.php.*

УДК 341.217 (575.2)

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА СЕМЕЙНЫХ ПРАВ В ПЕРИОД ВООРУЖЕННЫХ КОНФЛИКТОВ И СИТУАЦИЙ ВНУТРЕННЕЙ НАПРЯЖЕННОСТИ

Тегизбекова Жылдыз Чынарбековна
Доцент Юридической программы Международного Университета "АтаТюрк-АлаТоо", к.ю.н., доцент, г. Бишкек, Кыргызская Республика;
e-mail: zhyldyz.tegizbekova@iaau.edu.kg

Ключевые слова: *международное гуманитарное право; права человека; семейные права; ситуация внутренней напряженности; Кыргызская Республика.*

Аннотация. *Через семейные отношения реализуются преимущественно существенные интересы человека и общества. Традиции народов Центральной Азии базируются на ценностях семьи, и именно поэтому проблемы между обществами в виде военных конфликтов, внутренней напряженности негативно сказываются на как и дальнейшую жизнь людей, так и на будущие жизненные условия подрастающего поколения. В работе особо подчеркивается тот факт, что институт семьи охраняется правовыми нормами национального и международного законодательства в период мирного времени, при том, как впору вооруженных конфликтов и насилия внутри страны вопрос защиты прав семьи становится одним из самых уязвимых. Основной целью работы является изучение международных норм по защите семейных прав в период вооруженных конфликтов, а также детальный анализ национального законодательства Кыргызской Республики по защите данных прав в период внутренней напряженности. Автором были рассмотрены такие вопросы, как основные нарушения семейных прав человека во время внутренней напряженности и вооруженных конфликтов, правовые основания охраны и защиты семейных прав в период вооруженных конфликтов и ситуаций внутренней напряженности по законодательству Кыргызстана, а также роль Международного Движения Красного Креста и Красного Полумесяца в защите семейных прав индивида в период вооруженных конфликтов и ситуаций внутренней напряженности (на примере, ситуации на юге Кыргызстана в 2010 году). Отмечается, что несмотря на достаточно эффективный правовой механизм защиты семейных прав в Кыргызской Республике, в стране существуют целый ряд проблем в данном вопросе. Исходя из обобщенного анализа нормативно-правовой базы Кыргызской Республики, существующих теоретических взглядов и высказанных авторских замечаний, предлагается концептуально подход к определению института защиты семейных прав во время вооружённых конфликтов и ситуаций внутренней напряженности и предлагаются соответствующие рекомендации.*

ҚАРУЛЫ ҚАҚТЫҒЫС ЖӘНЕ ІШКІ ШИЕЛЕНІС ЖАҒДАЙЛАРЫ КЕЗЕҢІНДЕ ОТБАСЫ ҚҰҚЫҚТАРЫН ХАЛЫҚАРАЛЫҚ-ҚҰҚЫҚТЫҚ ҚОРҒАУ

Жылдыз Чынарбековна Тегізбекова
"АтаТюрк-АлаТоо" халықаралық университеті Заң бағдарламасының доценті, з.ғ.к., доцент, Бішкек қ., Қырғыз Республикасы;
e-mail: zhyldyz.tegizbekova@iaau.edu.kg

Түйін сөздер: *халықаралық гуманитарлық құқық; адам құқықтары; отбасылық құқықтар; алаңдаушылық жағдай; Қырғыз Республикасы.*

Аннотация. *Отбасылық қатынастар арқылы адам мен қоғамның басым маңызды мүдделері жүзеге асырылады. Орталық Азия халқының дәстүрлері отбасылық құндылықтарына негізделген, дәл осы себептен қоғамдар арасындағы мәселелер қарулы қақтығыстар түрінде алаңдаушылықтар адамдардың алдағы өмірлеріне, сондай-ақ өсіп келе жатқан ұрпақтың болашақтағы өмірлік жағдайларына теріс әсер етеді. Бұл жұмыста отбасы институты бейбіт уақыт кезеңінде ұлттық және халықаралық заңнаманың құқықтық нормаларымен қорғалады, ал қарулы қақтығыс және ел ішіндегі зорлық-зомбылық шағында отбасылық құқықтарын қорғау мәселесі ең осал жерлердің бірі*

болатын фактіге аса мән берілген. Жұмыстың негізгі мақсаты қарулы қақтығыс кезіндегі отбасылық құқықтарын қорғау бойынша халықаралық нормаларды зерделеу, сонымен қатар алаңдаушылық кезінде осы құқықтарды қорғау бойынша Қырғыз Республикасының ұлттық заңнамасын жете талдау болып табылады. Автор алаңдаушылық пен қарулы қақтығыстар уақытында адамның отбасылық құқықтарының басты бұзылулары, Қырғызстан заңнамасы бойынша қарулы қақтығыс және алаңдаушылық жағдайлары кезеңінде отбасылық құқықтарын сақтау және қорғау құқықтық негіздері, сондай-ақ қарулы қақтығыс және алаңдаушылық жағдайлары кезеңінде жеке тұлғаның отбасылық құқықтарын қорғауда Қызыл Крест және Қызыл Жарты Ай халықаралық қозғалысының рөлі мәселелерін қарастырған (мысалы, 2010 жылғы Қырғызстанның оңтүстігіндегі жағдай). Қырғыз Республикасындағы отбасылық құқықтарды қорғауда жеткілікті тиімді құқықтық механизмдерге қарамастан елде бұл мәселеге қатысты бірқатар мәселелердің бар екені белгіленген. Қырғыз Республикасының нормативтік-құқықтық базасына жинақталған талдауға, теоретикалық көзқарастардан және айтылған авторлық ескертулерге сүйеніп, қарулы қақтығыс және алаңдаушылық жағдайлары кезеңінде отбасылық құқықтарды қорғау институтының анықтамасына тұжырымдамалық тәсілдеме ұсынылады және тиісті ұсынымдар ұсынылады.

THE INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF FAMILY RIGHTS IN THE PERIOD OF ARMED CONFLICTS AND INTERNAL TENSIONS

Tegizbekova Zhyldyz Ch.
Associate Professor of Law Department, International AtaTurk-AlaToo University, PhD, Associate Professor, Bishkek, Kyrgyz Republic,
e-mail: zhyldyz.tegizbekova@iaau.edu.kg

Keywords: *International humanitarian law; human rights; family rights; the situation of internal tension; the Kyrgyz Republic.*

Abstract. *Through family relations, the essential interests of humans and society is realizing. The traditions of the Central Asian people based on the family values, that is why the problems between societies in the form of military conflicts and internal tension have a negative impact on both the future life of people and the future living conditions of the younger generation. This research emphasizes the fact that the institution of the family is protected by the legal norms of national and international legislation during peacetime, while the timing of armed conflicts and domestic violence the family rights protection becomes one of the most vulnerable issue. The main goal of the work is to study international norms of the family rights protection in time of armed conflict, as well as a detailed analysis of the national legislation of the Kyrgyz Republic protected such rights during period of internal tensions. The author analyzes the following issues: 1) the main violations of family rights during internal tension and armed conflicts, 2) the legal basis for the protection and protection of family rights during armed conflicts and situations of internal tension according to the Kyrgyzstani legislation, and 3) the role of the International Red Cross and Red Crescent Movement in protecting family rights in the Kyrgyz Republic (for instance, the case of tension in the South of Kyrgyzstan in 2010). It is noted that despite the rather effective legal mechanism for the family rights protection in the Kyrgyz Republic, there are problems in this issue in the country. Proceeding from the generalized analysis of the regulatory and legal framework of the Kyrgyz Republic, existing theoretical views and expressed author's comments, a conceptual approach to the definition of an institution for the protection of family rights during armed conflicts and situations of internal tension and recommendations are proposed.*

Введение

Одну из самых важных ролей в развитии общества и формировании человека играет семья[1]. В международно-правовых документах в области фундаментальных прав человека[2] указывается, что семья обладает

[1] *В соответствии со статьей 2 Семейного Кодекса Кыргызской Республики «семья - это круг лиц, связанных имущественными и личными неимущественными правами и обязанностями, вытекающими из брака, родства, усыновления или иной формы принятия детей на воспитание и признанными способствовать укреплению и развитию семейных отношений» // Семейный Кодекс Кыргызской Республики от 30 августа 2003 года, № 201. - Бишкек, 2004. – С.2.*

[2] *См.: Ст.16 Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 г., Ст.10 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966г., Ст.14, 23 Международного пакта о гражданских и политических правах от 1 декаря 1966г. Электронная правовая база "Токтом 2017": www. toktom.kg*

Конституция Кыргызской Республики в новой редакции от 2016 года. Электронная правовая база "Токтом 2017": www. toktom.kg

правом на защиту со стороны государства и общества, будучи основной ячейкой социума. Благодаря семейным отношениям реализуются преимущественно существенные интересы человека и общества, которые закреплены в законодательствах государств. Таким образом, согласно статье 16 Конституции Кыргызской Республики: «семья - исток общества: семья, отцовство, материнство и детство – предмет заботы всего общества и преимущественной охраны закона»[3]. По смыслу статей 2, 8 Семейного Кодекса Кыргызской Республики семейные права – это имущественные и личные неимущественные права, вытекающие из брака, родства, усыновления или иной формы принятия детей на воспитание, в том числе это право и на защиту этих прав, если иное не установлено законом. Отсюда вытекает, что Семейный Кодекс Кыргызской Республики предоставляет свободу в осуществлении и защите своих семейных прав, кстати, такой же принцип содержится в законодательстве и других стран, например в пункте 1 статьи 7 Семейного Кодекса Российской Федерации[4]. Под защитой семейных прав, как в национальном праве, так и в международном, понимаются предусмотренные правовые меры по их признанию и восстановлению, пресечению правонарушений, применению к нарушителям другим семейно-правовых санкций, а также механизм реализации этих мер [1, с. 49-50]. Защита семейных прав и охраняемых интересов осуществляется в предусмотренном законом порядке, то есть посредством применения надлежащей формы и способов защиты [2, с. 19].

Бесспорен тот факт, что институт семьи охраняется правовыми нормами национального и международного законодательства в период мирного времени, при том как впору вооруженных конфликтов[5] и насилия внутри страны[6] вопрос защиты прав семьи становится одним из самых уязвимых. Порой, большое количество семей сталкивается с отсутствием сведений о родных и близких во время беспорядков и военных действий. Ситуации внутренней напряженности в стране, военные конфликты несут за собой тяжелые последствия. На протяжении нескольких лет люди не могут найти своих родственников. На территории Кыргызской Республики функционирует общество пропаших без вести людей “Дайынсыздар коому”. Матери, потерявшие своих детей во время внутренней напряженности в 2010 году в Кыргызстане – это основа данного общества, которое работает и до настоящего времени. Традиции народов Центральной Азии базируются на ценностях семьи [3, с. 4], и именно поэтому проблемы между обществами в виде военных конфликтов, внутренней напряженности негативно сказываются на как и дальнейшую жизнь людей, так и на будущие жизненные условия подрастающего поколения.

Основные нарушения семейных прав человека во время внутренней напряженности и вооруженных конфликтов

Лица, пропавшие без вести и их семьи, которые ведут поиски своих родных и близких живут в неопределенности и постоянных переживаниях, что на сегодняшний день является большой проблемой современного международного общества. Исчезновение людей, которые служат в вооруженных силах государства или же гражданское лицо, пропавшее во время ситуаций насилия или военных действий – одна из основных причин несоблюдения международного гуманитарного права.

Отдаление членов семей друг друга объясняется тем, что во время вооруженных ситуаций беженцы или иные перемещенные лица не имеют возможности оповестить своих близких. Согласно правовым нормам международного гуманитарного права, дети [4, с. 612-624] являются наиболее уязвимы субъектами вооруженных действий, внутреннего насилия, поскольку потеряв родителей или спасаясь путем бегства, ребенок чаще всего становится жертвой заключения, вербовки и даже поспешного усыновления.

Информация в виде сведений о пропавшем лице – это наиболее ценная потребность членов семей, потерявших своих родных[7]. К сожалению, в ходе вооруженных конфликтов все принятые меры по поиску лиц остаются безрезультатными, и само молое, что необходимо предпринять при таком исходе ситуаций – это предоставление чле-

[3] *Конституция Кыргызской Республики в новой редакции от 27 июня 2010 года. Электронная правовая база “Токтом 2017”: www. toktom.kg*

[4] *Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. N 223-ФЗ Система «Гарант»: http://base.garant.ru/10105807/1/#ixzz4jTp8ECig*

[5] *Имеются в виду как международные, так и немеждународные вооруженные конфликты – как они определены в Женевских конвенциях от 12 августа 1949 г. и двух Дополнительных протоколах к ним 1977 г. Ратифицированы Законом Кыргызской Республики от 23 апреля 1999 года. Электронная правовая база “Токтом 2017”: www. toktom.kg*

[6] *Примером ситуации насилия в Кыргызской Республике могут послужить Ошские события 2010 года: http://www.fergananews.com/news.php?id=14946*

[7] *Семьи лиц, пропавших без вести, и их потребности. Доклад Международного Комитета Красного Креста / - МККК, август 2009. – С.1-5.*

нам семьи достойно похоронить и почтить память путем признание факта смерти человека.

Правовые основания охраны и защиты семейных прав в период вооруженных конфликтов и ситуаций внутренней напряженности

Защита семейных прав во время ситуаций внутренней напряженности и вооруженных конфликтов предусмотрена национальным законодательством государств, а также принципах, нормативно – правовых нормах международного гуманитарного права, международного права прав человека, резолюций международных организаций, международных соглашений в иных источниках международного права в целом [5, с. 264-265].

Международное гуманитарное право и международное право прав человека преследуют одинаковые цели – защита жизни, здоровья, чести и достоинства человека. Являясь правовой основой каждого человека, эти две отрасли права дополняют друг друга. Ведь международное гуманитарное право охраняет права человека в период вооруженного конфликта, а международное право прав человека – в мирных и в военных ситуациях. Однако, правительствам стран допустимо отказываться и не соблюдать права и обязанности в той или иной чрезвычайной ситуации, при том как в международном гуманитарном праве не допускается отступление от них, поскольку данное право имеет цель защитить и охранять права субъектов военных действий, которые участвуют либо прекратили участвовать в военных конфликтах насильственного характера.

Гуманность – наиболее главный принцип международного гуманитарного права [6, с. 72]. Воззрение гуманности получило свое самостоятельное юридическое знание и прописано в Гаагских конвенциях 1907 года [7, с. 321]. Развитие гуманитарного права, толкование норм и применение происходит, базируясь на этом принципе [8, с. 34].

Общий принцип неприкосновенности, являясь принципом международного права прав человека и международного гуманитарного права, связан с фундаментальными правами человека и носит свое значение в том, что *«каждый имеет право на уважение к жизни, физическую и психическую неприкосновенность, на уважение всего, что является неотъемлемой частью его личности»*. Этот принцип также обозначен во Всеобщей Конвенции прав человека от 10 декабря 1948 года, Конвенцией о беженцах от 28 июля 1951 года, Конвенцией о предупреждении преступления геноцида и наказания за него от 9 декабря 1949 года, Пактами ООН о правах человека 1966 года, и иными договорами по правам человека[8].

Неприкосновенность в международном гуманитарном праве означает то, что *«каждый имеет право на уважение его семейных прав»*. Нормами гуманитарного права категорически запрещено всякое посягательство на права человека и его семьи со стороны субъектов вооруженного конфликта. В статье 25 IV Женевской Конвенции от 12 августа 1949 года указано, что «каждое лицо, находящееся в конфликте стороны или на оккупированной ею территории, сможет сообщить членам своей семьи, где бы они ни находились, а также получать от них сведения чисто семейного характера»[9]. А также согласно статье 49 IV Женевской Конвенции «оккупирующая держава при перемещении или эвакуации людей не должна разлучать членов одной и той же семьи». Статья 46 Положения о законах и обычаях сухопутной войны 1907г. предусматривает, что «семейные права должны быть уважаемы».

В период ситуаций внутреннего насилия и военных действий *«семейная жизнь должна пользоваться уважением, насколько это возможно»*, что прописано в нормах обычного международного гуманитарного права [5, с. 264-265]. Статья 74 Дополнительного Протокола I и статья 4 Протокола II регулируют тот факт, что “воюющие стороны должны способствовать воссоединению семей, разъединенных в результате вооруженного конфликта”. Помимого этого, необходимость воссоединения семей, вчастности детей и родителей имеет место в прецедентном праве[10]. Так, в решении дела Браннинган и Мак Брайд против Великобритании от 26 мая 1993 года Европейский суд по правам человека считает, что «право на семейную жизнь включает в себя право задержанных лиц связываться со своими семьями путем переписки и посещений их членами семей при соблюдении разумных ограничений, касающихся времени посещений и цензуры в

[8] *См. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950года; Американская Конвенция прав человека от 22 ноября 1969г.; Африканская хартия прав человека и народов, июнь 1981г. и др.*

[9] *Четвертая Женевская конвенция от 12 августа 1949 г. Электронная правовая база “Токтом 2017”: www. toktom.kg*

[10] *Rieme v. Sweden, решение Европейского Суда по правам человека от 22 апреля 1992 г. (№ 226) // 16 E.H.R.R.155; Olsson v. Sweden (№ 2), решение Европейского Суда по правам человека от 27 ноября 1992 г. (№ 250) // 17 E.H.R.R. – P.155.*

отношении переписки»[11].

Принципом неприкосновенности также предусмотрено право на обмен известиями со своей семьей и получение помощи. По той причине, что обмен информации между родными и близкими людьми в условиях войны является единственной нитью связи, и необходимо для личного душевного равновесия и избавления от переживаний Международный Комитет Красного Креста организовал Центральное агенство по розыску, которое функционирует согласно принципам Женевских конвенций.

Право членов семье на знание о судьбе своих родственников закреплено в статьях 32-34 Дополнительного Протокола I к Женевской Конвенции 1977 года, определяя необходимые меры для поисков пропавших без вести людей. Статьи 69, 70, 71 Протокола I устанавливают, то «каждое нуждающиеся лицо имеет право обратиться за помощью в продовольствии, санитарных материалах, одежде и др.». В соответствии со статьями 55, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 63 IV Женевской Конвенции гражданское население имеет право на помощь. Так, при оккупации согласно статье 55 Конвенции «Оккупирующая Держава обязана при помощи всех имеющихся средств обеспечить снабжение гражданского населения продовольствием и санитарными материалами».

В правовой норме 117 Сборника обычного международного гуманитарного права установлено, что: «Каждая сторона в конфликте должна принимать все практически возможные меры для того, чтобы выяснить судьбу лиц, пропавших без вести в результате вооруженного конфликта, и должна предоставлять членам семей этих лиц любую информации об их участи, которой она располагает» [4, с. 538]. Это обязательство сторон конфликта было признано большим количество соглашений между воюющими субъектами, в рамках международного и внутреннего, конфликтов. Аналогичная норма содержалась в статье 6 Соглашения о нормализации отношений между Хорватией и Федеративной Республикой Югославия от 1995г., Протоколе заседания рабочих групп по розыску пропавших без вести и освобождению насильственно удерживаемых лиц от 10 июня 1996 года, созданных в соответствии с соглашением «О прекращении огня, боевых действий и мерах по урегулированию вооруженного конфликта на территории Чеченской Республики» от 27 мая 1996[12] года и др.

Страны, будучи участницами ООН, активно выступали с призывами разузнать о судьбе лиц, пропавших без вести, и предоставлять членам семей этих лиц любую информации об их участи в результате вооруженных действий в Восточном Тиморе, Боснии и Герцеговине, на территории бывшей Югославии[13]. Благодаря этому в период военных действий в Республике Хорватия была учреждена Комиссия для розыска лиц, пропавших без вести в 1991 году и восстановленная в 1993 г. [4, с. 544]. С 1992 по 1995 годы в ходе войны на территории Боснии и Герцеговины исчезли более 27 тысяч 800 граждан, при том, как были обнаружены 17 тысяч. Из данных чисел идентификации лиц была проведена 1100 людям, опознания остальных 6 тысяч граждан продолжаются по сей день. Также, помимо этого комиссией по проблемам лиц, пропавших без вести ведутся розыски останков 12 тысяч человек[14]. Непредоставление и сокрытие информации о пропавших без вести лиц их семьям является нарушением норм международного права согласно подтверждению Комитета Безопасности по правам человека, а именно по прецеденту по делу Елены Квонтерос против Уругвая.

Также в свете принципа неприкосновенности «каждому, кто страдает, должен быть предоставлен кров и обеспечен уход, необходимый в его состоянии». Данный принцип, указанный в Женевской Конвенции 1864 года, остается актуальным не только в ситуациях военного конфликта и внутреннего напряжения, но и в мирное время. Согласно нормам международного гуманитарного права, больными и раненными в ходе военных событий считаются военнослужащие и гражданские лица, которые находятся на территории боевых действий, получившие травмы, болезни, инвалидность и иные физические расстройства вследствие которых нуждаются в заботе и медицинской помощи. Также наряду с вышеуказанными лицами к страдающим следует относить рожениц, новорожденных, немощных и беременных

[11] *Branningan ad McBride v. UK, решение Европейского Суда по правам человека от 26 мая 1993. - №64.- С.27.*

[12] *Соглашение «О прекращении огня, боевых действий и мерах по урегулированию вооруженного конфликта на территории Чеченской Республики» от 27 мая 1996 года . Правовая база "Гарант 2017". http://base.garant.ru/6176784/*

[13] *Заявление Председателя Совета Безопасности, Док. ООН S/PRST/1996/41 от 10 октября 1996 года.. – С.1.; Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 54/183 от17 декабря 1999 г. и др.*

[14] *Olsson v. Sweden (№ 2), решение Европейского Суда по правам человека от 27 ноября 1992 г. (№ 250) // 17 E.H.R.R.134 - С.134.*

женщин [9, с. 366].

Целый ряд нормативно-правовых мер по ограждению инвалидов, престарелых и детей до 15 летнего возраста, а также матерей с детьми до 7 лет и беременных женщин отражается в статье 14 IV Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны.

Статьи 24 – 26, 136-141 этой Конвенции гласят: «на находящиеся в конфликте стороны возлагается обязанность принимать необходимые меры, чтобы дети до 15 лет, осиротевшие или разлученные со своими семьями вследствие войны, не были предоставлены самим себе». «В задачу находящихся в состоянии войны государств входит облегчение розыска, производящегося членами разрозненных войной семей с целью установления связи друг с другом и, если это возможно, содействие их соединению. Оккупирующая держава должна принять все необходимые меры, чтобы способствовать установлению личности детей и регистрации их родственных связей. Она ни в коем случае не должна изменять их гражданское состояние, а также зачислять их в зависящие от нее формирования или организации» (ст. 50).

IV Раздел IV Конвенции посвящен защите семейных прав интернированного лица Таким образом, в статье 82 данной Конвенции указывается, что «в течение всего периода интернирования члены одной семьи, и в особенности родители и их дети, будут содержаться в одном и том же месте интернирования, за исключением случаев, когда работа, здоровье или применение наказания не сделают временную разлуку необходимой. Интернированные могут потребовать, чтобы их дети, оставшиеся на свободе без родственного попечения, были интернированы вместе с ними. В тех случаях, когда это окажется возможным, интернированные члены одной семьи должны содержаться в одном помещении и жить отдельно от других интернированных; им должны быть предоставлены необходимые условия для того, чтобы вести семейную жизнь. В тех случаях, когда в порядке исключения в качестве временной меры необходимо размещать женщин-интернированных, не являющихся членами какой-либо одной семьи, в том же месте интернирования, что и мужчин, для таких женщин-интернированных должны быть предоставлены, в обязательном порядке, отдельные спальни и санитарные установки».

Согласно вышепроведенному анализу международных норм, хотелось отметить, что все данные обязательства также должны соблюдаться Кыргызской Республикой, поскольку Республика является членом указанных Конвенций. В 1992 году Кыргызстан присоединился к Женевским Конвенциям и 1999 году был подписан «Закон о ратификации Женевских Конвенций 1949 года и двух Дополнительных Протоколов 1977 года». Тем самым, Кыргызстан принял на себя обязательство соблюдать все нормы и принципы международного гуманитарного права, а именно оказывать помощь всем жертвам войны, как со своей стороны, так и со стороны противника, обеспечивать уважение к человеческой личности, запрещать бесчеловечное обращение [10, с. 41]. Помимо данных международных документов, Кыргызская Республика является участницей Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 9 декабря 1948 года, Гаагской Конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 14 мая 1954 года. Также Кыргызстаном был подписан ряд иных международных договоров, таких как Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении от 13 января 1993 года, на сегодняшний день остро стоит вопрос о возможности ратификации Оттавской Конвенции о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении от 18 сентября 1997 года и др.

Несмотря на существующие проблемы по имплементации норм международного гуманитарного права, все-таки благодаря содействию неправительственных организаций и специалистов в области международного гуманитарного права, государственные органы принимают меры по внедрению норм международного гуманитарного права в национальное право Кыргызской Республики. Правительство приняло Постановление от 18 июня 2003 г. № 361 «О реализации предложений по имплементации норм Международного гуманитарного права в Кыргызской Республике», которое помимо внесения соответствующих изменений в законодательство Кыргызской Республики, утвердило Положение «о постоянно действующей Межведомственной комиссии по имплементации международного гуманитарного права».

В силу вышеизложенного, по нашему мнению, деятельности Межведомственной Комиссии по имплементации международного гуманитарного права, Правительства и Жогорку Кенеша Кыргызской Республики должны быть результативными для того, чтобы в ближайшем будущем создать эффективную правовую базу для пресечения нарушений данной отрасли права на случай военных столкновений в нашем государстве.

Для достижения этого результата, в первую очередь, необходимо принять предложенные законопроекты по пресечению такого рода нарушений: 1. Законопроект «О внесении дополнений в Уголовный Кодекс Кыргызской Республики», регулирующий вопросы уголовной ответственности за военные преступления, и предусматривающий введение 24 новых состава преступлений; 2. Законопроект «О внесении дополнений в Уголовно-Процессуальный Кодекс Кыргызской Республики», связанный с дополнениями, которые будут внесены в Уголовный Кодекс Кыргызской Республики. Вопрос же о ратификации Римского Статута Международного Уголовного Суда является более спорным и противоречивым, однако его рассмотрение и ратификация должны быть осуществлены в ближайшее время [10, с. 49].

В ситуациях же внутренних беспорядков применяются нормы внутреннего законодательства Кыргызской Республики.

На сегодняшний день популярным явлением среди населения Кыргызской Республики является проведение митингов, демонстраций, шествий и прочих массовых скоплений людей. Наиболее жестокой и кровавой вооруженной ситуацией за всю истории Кыргызстана считается трагедия, которая произошла в июне 2010 года и унесла более 500 жизней[15]. По сей день многие считаются без вести пропавшими в ходе данного конфликта [11, с. 1]. Как после каждого вооруженного конфликта либо внутреннего напряжения, последствия в виде проблем в воссоединении семей и поддержка в поисках пропавших людей не обошла стороной в и этом случае, произошедшем на юге Кыргызстана. Согласно законодательству Кыргызской Республики функционируют следующие нормативно-правовые акты, которые предоставляют защиту и охрану семейных прав во время вооруженных конфликтов: Закон «Об органах национальной безопасности Кыргызской Республики» от 11 января 1994 года N 1362-XII (в редакции на 30 декабря 2009 года) устанавливает: *«Защита жизни и здоровья, чести и достоинства, а также имущества членов семьи сотрудника Органов Национальной Безопасности от преступных посягательств»*;[16] Закон «Об органах внутренних дел Кыргызской Республики» от 11 января 1994 года N 1360-XII предусматривает: невыполнение законных требований сотрудника Органов Внутренних Дел, оскорбление, сопротивление, угроза насилием ими посягательство на его жизнь, здоровье, честь и достоинство, другие действия, препятствующие выполнению возложенных на него обязанностей, а также *любое посягательство на членов семьи и близких родственников сотрудника.*

Подводя итог, можно отметить то, что в законодательстве Кыргызской Республике отсутствуют нормы, которые обеспечивают защиту семейных прав индивида во время ситуаций внутренней напряженности в стране. Данная категория прав защищается ратифицированными государством международными договорами.

Для семей погибших в результате военных конфликтов предусматриваются выплаты пособий и льготы, предоставленные государством. Однако, *право не устанавливает особый статус семьи, и не выделяет семью как отдельную категорию, подлежащую защите в период вооруженных конфликтов и ситуаций внутренней напряженности.*

Роль Международного Движения Красного Креста и Красного Полумесяца в защите семейных прав индивида в период вооруженных конфликтов и ситуаций внутренней напряженности

Восстановление семейных связей явля-

[15] *Обеспечение безопасности огнестрельного оружия, военной техники и боеприпасов во время массовых беспорядков со стороны государства: исследование, выводы и рекомендации. – Бишкек, 2011. - С. 4.*

[16] *См.: Закон Кыргызской Республики «О чрезвычайном положении» от 24 октября 1998 года N 135 (в редакции на 25 июля 2011 года), уголовный кодекс Кыргызской Республики (ст. 233 «Массовые беспорядки») от 1 октября 1997 года N 68, закон «О внутренних войсках Министерства внутренних дел Кыргызской Республики» от 14 апреля 1994 года N 1474-XII (в редакции на 30 декабря 2009 года), устав боевой службы внутренних войск МВД Кыргызской Республики (утвержден приказом Министерства внутренних дел КР от 25 августа 1999 года N 266), закон «Об органах и учреждениях уголовно-исполнительной (пенитенциарной) системы» от 12 августа 2003 года N 197 (в редакции на 19 июля 2011 года), закон «Об обороне и Вооруженных Силах Кыргызской Республики» от 24 июля 2009 года N 242, устав внутренней службы Вооруженных Сил Кыргызской Республики. Принят законом от 7 августа 1998 года N 117 (в редакции на 13 августа 2004 года), устав гарнизонной и караульной служб Вооруженных Сил Кыргызской Республики. Принят законом от 7 августа 1998 года N 118, дисциплинарный устав Вооруженных Сил Кыргызской Республики. Принят законом от 7 августа 1998 года N 116 (в редакции на 4 июня 2007 года), закон "О национальной безопасности» от 26 февраля 2003 года N 44 (в редакции на 13 октября 2008 года), закон «Об органах национальной безопасности Кыргызской Республики» от 11 января 1994 года N 1362-XII (в редакции на 30 декабря 2009 года), закон «О Совете обороны Кыргызской Республики» от 15 июля 2011 года N 102, закон «О Гражданской защите» от 20 июля 2009 года N 239, закон «О пограничной службе Кыргызской Республики» от 19 марта 1999 года N 28 (в редакции на 20 марта 2008 года), закон «О Службе государственной охраны Кыргызской Республики» от 29 декабря 1997 года N 105 (в редакции на 11 июля 2011 года), закон «Об оружии» от 9 июня 1999 года N 49 (в редакции на 19 февраля 2010 года). - Электронная правовая база "Токтом 2017": www. toktom.kg*

ется одним из ключевых элементов гуманитарной миссии МККК, это одно из главных направлений нашей деятельности и сотрудничества с национальными обществами. Восстановление семейных связей — это наша общая ответственность.

Оливье Водо,
вице-президент МККК.[17]

Благодаря своей оперативной деятельности Международное движение Красного Полумесяца играет наиважнейшую роль, поскольку представители этой организации оказывают помощь людям, которые были разлучены с членами своей семьи и не владеют никакой информацией о них, восстанавливая семейные связи.

Вследствие того, что в результате кровавых событий в июне 2010 года в Кыргызстане, на фоне разрушений, массовой гибели людей, огромное количество лиц считались безвестно отсутствующими. Многими неправительственными организациями, в том числе и Международным Комитетом Красного Креста (МККК) в содействии с Национальными Обществами Красного Полумесяца Кыргызстана и Узбекистана велись работы по восстановлению семей[18].

В течении нескольких десятилетий Международным движением Красного Креста и Красного Полумесяца проводятся работы по восстановлению семейных связей. Существенную роль в деятельности этого Движения занимает поддержка и помощь. Представители Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца оказывают правовую, материальную, психологическую помощь пострадавшим лицам в ходе военных действий по специальным программам социального обеспечения по переселению.

Международное движение Красного Креста и Красного Полумесяца[19] начиная с 2003 года, приняв на себя обязательства на Международной конференции правительственных и неправительственных экспертов по пропавшим без вести людям и их близким, начал работу по осуществлению широкомасштабной инициативы по усилению потенциала МККК в сфере восстановлению семей.

Стратегия[20] по восстановлению семейных связей МККК основывается на Уставе Движения, соглашения об организации международной деятельности Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца (Севильское Соглашение, ноябрь 1997 г.), Дополнительные Меры к соглашению (Сеул, ноябрь 2005). Эффективность и применение этой феноменальной Сети целиком зависит от укрепления сотрудничества составных частей МККК и способности фокусирования на реальных действиях[21].

Правовой основой деятельности МККК, его составных частей и обществ, целью которых является восстановление семей служат Женевские Конвенции и Дополнительные Протоколы к ним, Устав МКК, резолюции Международных Конференций МККК и Совета Делегатов.

В зависимости от ситуации деятельность МККК, направленная на восстановление семейных связей имеет различные формы:

- организация обмена семейными новостями;
- розыск отдельных лиц;
- регистрация людей (детей и взрослых) с целью предотвращения их исчезновений и предоставления их семьям возможности получать информацию, а также дальнейшее отслеживание их судьбы;
- воссоединение семей и репатриация;
- сбор, обработка и передача информации о погибших (установление их местонахождения, эксгумация и опознание останков);
- выдача подтверждений содержания под стражей и доку-ментов, подтверждающих иные ситуации, в результате которых люди были зарегистрированы;
- выдача проездных документов МККК;
- контроль за интеграцией тех, кто был воссоединен со своей семьей;
- развитие и поддержка создания механизмов, позволяющих установить судьбу лиц, пропавших без вести.

Данная деятельность тесно контакти-

[17] *Стратегия восстановления семейных связей (включает юридический справочный материал) План реализации 2008-2018. / - МККК, февраль, 2010. - С.9.*

[18] *Семьи лиц, пропавших без вести, и их потребности. Доклад Международного Комитета Красного Креста. / - МККК, август 2009 С.1-3.*

[19] *См.: Семьи лиц, пропавших без вести, и их потребности. Доклад Международного Комитета Красного Креста. - МККК, август 2009 г.*

[20] *Международный Комитет Красного Креста является беспристрастной, нейтральной и независимой организацией, чьи цели и задачи носят исключительно гуманитарный характер и заключаются в том, чтобы защищать жизнь и достоинство людей, пострадавших от вооруженных конфликтов и других ситуаций насилия, и предоставлять им помощь. «Стратегия МККК 2011-2014 к достижению значительных результатов в деле помощи нуждающимся». – МККК, 2011г.*

[21] *Стратегия МККК 2011-2014 к достижению значительных результатов в деле помощи нуждающимся. / – МККК, 2011. - С.2.*



Из нового доклада МККК. «Ирак, Йемен и Сирия: в 5 раз больше гражданских погибает при войне в городах». 14 июня 2017 года. Источник: Официальный сайт Международного Комитета Красного Креста.

рует с властями государств в рамках права родных и близких на поддержку связи друг с другом, получения информации о судьбе и местонахождения родственника и членов семьи.

Заключение. Подводя итоги, необходимо отметить, что:

- одной из самых проблематичных вопросов в современном международном праве является защита семейных прав во время воорженных конфликтов и ситуаций внутренней напряженности;

- Исчезновения служащих в вооруженных силах и гражданских лиц в период вооруженных конфликтов и ситуаций насилия – это наиболее грубые нарушения международного права прав человека и гуманитарного права.

- Право,[22] предусматривая целый ряд механизмом по защите семьи в период вооруженных конфликтов в виде принципов, правовых норм международного права прав человека и международного гуманитарного права, международных договоров и резолюций, не выносит семью как отдельный институт, обладающий особой защитой в период вооруженных конфликтов и ситуаций внутренней напряженности.

- Международное движение Красного Креста и Красного Полумесяца занимает центральную роль в период вооруженных конфликтов и ситуаций внутреннего насилия, оказывая помощь в защите семейных прав.

- Для предотвращения исчезновений лиц, а также для обеспечения мер для поиска таких лиц необходимо принять меры по соблюдению международного права прав человека и международного гуманитарного права через активные меры Межведомственной комиссии по имплементации норм международного гуманитарного права при Министерстве Юстиции Кыргызской Республики. Данное действие происходит при поддержке национальных и международных гуманитарных организаций. Поскольку ответственность за исчезновение лиц лежит на властях государства, компетентными органами, представителиями государства, вооруженными группировками и их лидерами должны быть приняты меры по поиску лиц и предусмотрено оказание помощи их родным и близким.

- Кыргызской Республикой должны

[22] *Стратегия восстановления семейных связей (включает юридический справочный материал) План реализации 2008-2018. / - МККК, февраль, 2010. -С.1-9.*

быть приняты меры в рамках национального законодательства по предотвращению исчезновения лиц во время вооруженных конфликтов, ситуаций насилия, а также охрану и защиту пропавших без вести лиц и их семей., ведь Кыргызстан является участником многих международных договоров по международному праву прав человека и международному гуманитарному праву. В качестве наиболее эффективной деятельности необходимо принять модельный закон о лицах, пропавших без вести (Межпарламентная Ассамблея Стран СНГ, 2008 год)[23].

ЛИТЕРАТУРА

1. Муратбекова С.М., Ибраимов Р.Т. Семейное право. Учебное пособие. – Бишкек, Алтын-принт, 2010. – 285с.
2. Гришаев С.П. Семейное право: учебник. – Москва: Прспект, 2013. – 272с.
3. Тегизбекова Ж.Ч. Обычное право кыргызов: брак и семья. – Бишкек, МУАА, 2016. – 218с.
4. Хенкертс Ж.-М., Досвальд-Бек Л. Обычное международное гуманитарное право. Нормы 135, 136, 137 / Ж.-М. Хенкертс, Л. Досвальд-Бек Л. - МККК, 2006. – 874с.
5. Борубашов Б.И. Международное право: Учебник / Б.И. Борубашов. – 1-ое издание. – Бишкек, КРСУ, 2013.
6. Клаузевиц фон Карл. О войне / К. Клаузевиц. - М.: Юристъ, 2002.
7. Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть / И.И. Лукашук. - Москва, 2005.
8. Сародубцев Г. Гаагской Конференции мира – 100 лет. Русские юристы сыграли решающую роль в выработке международного законодательства о войне и мире // Г. Сародубцев. - Независимая газета. – М., 18 июня 1990. - №51. – С.34.
9. Кузнецов В.И. Международное право: Учебник. Издание 2-е, доп. и перераб. / В.И. Кузнецов. – М.: Международные отношения, 1998.
10. Тегизбекова Ж.Ч. Пресечение нарушений норм международного гуманитарного права в Кыргызской Республике: проблемы и перспективы. // Сборник статей научно-практической конференции по международному гуманитарному праву для студентов и аспирантов высших учебных заведений Центральной Азии, Алматы, 14 -15 марта 2007 г. – МККК.: 2007 г.
11. Тынаев А. Город теней. В Оше остается острой проблемой судьба без вести пропавших людей / А. Тынаев // Новости Ценртальной Азии, 21.07.2010. http://www.centrasia.ru/newsA.php?st=1279694760

REFERENCES

1. Muratbekova S.M., Ibraimov R.T. Semejnoe pravo. Uchebnoe posobie. – Bishkek, Altyn-print, 2010. – 285s.
2. Grishaev S.P. Semejnoe pravo: uchebnik. – Moskva: Prspekt, 2013. – 272s.
3. Tegizbekova Zh.Ch. Obychnoe pravo kyrgyzov: brak i sem'ja. – Bishkek, MUAA, 2016. – 218s.
4. Henkerts Zh.-M., Dosval'd-Bek L. Obychnoe mezhdunarodnoe gumanitarnoe pravo. Normy 135, 136, 137 / Zh.-M. Henkerts, L. Dosval'd-Bek L. - MKKK, 2006. – 874s.
5. Borubashov B.I. Mezhdunarodnoe pravo: Uchebnik / B.I. Borubashov. – 1-oe izdanie. – Bishkek, KRSU, 2013.
6. Klauzevic fon Karl. O vojne / K. Klauzevic. - M.: Jurist#, 2002.
7. Lukashuk I.I. Mezhdunarodnoe pravo. Osobennaja chast' / I.I. Lukashuk. - Moskva, 2005.
8. Sarodubcev G. Gaagskoj Konferencii mira – 100 let. Russkie juristy sygrali reshajushhuju rol' v vyrabotke mezhdunarodnogo zakonodatel'stva o vojne i mire // G. Sarodubcev. - Nezavisimaja gazeta. – M., 18 ijunja 1990. - № 51. – S.34.
9. Kuznecov V.I. Mezhdunarodnoe pravo: Uchebnik. Izdanie 2-e, dop. i prererab. / V.I. Kuznecov. – M.: Mezhdunarodnye otnoshenija, 1998.
10. Tegizbekova Zh.Ch. Presechenie narushenij norm mezhdunarodnogo gumanitarnogo prava v Kyrgyzskoj Respublike: problemy i perspektivy. // Sbornik statej nauchno-prakticheskoj konferencii po mezhdunarodnomu gumanitarnomu pravu dlja studentov i aspirantov vysshih uchebnyh zavedenij Central'noj Azii, Almaty, 14 -15 marta 2007 g. – MKKK.: 2007 g.
11. Tynaev A. Gorod tenej. V Oshe ostaetsja ostroj problemoj sud'ba bez vesti propavshih ljudej / A. Tynaev // Novosti Cenrtal'noj Azii, 21.07.2010. http://www.centrasia.ru/newsA.php?st=1279694760

[23] *Модельный закон о лицах, пропавших без вести, принят 25 ноября 2008 г. Межпарламентской Ассамблеей стран СНГ. (Постановление N 31-17). – Правовая база «Гарант 2017».*

УДК: 341.6

THE REACH OF INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: KAZAKHSTAN AND THE UMBRELLA CLAUSE

Alberto Pecoraro
LLM, Edinburgh University, Senior Lecturer of International Law, Kazakh University of Humanities and Law

Keywords: *Umbrella Clause; Investment Treaty Arbitration; International Investment Law; ICSID practice.*

Abstract: *An umbrella clause is a provision through which the parties to an investment treaty undertake to observe any obligation they enter into with investors from the other state parties. Such a clause is included in numerous investment treaties, including the Energy Charter Treaty. Because of its imprecise language, this provision is potentially susceptible of indefinite expansion. In other words, it is difficult to determine to which obligations the clause applies and to which it does not. This brings us to two important questions. The first question is whether an umbrella clause may elevate a simple breach of national law to a breach of treaty under international law. The second questions is whether the umbrella clause's scope is limited to contractual commitments, or whether it also covers unilateral engagements made by states through legislative or regulatory acts. It is submitted here that, based on the clause's plain wording, its context, and the scarce existing case-law, the umbrella clause covers any commitment taken specifically with an investor. It would seem that legislative and regulatory acts might qualify as commitments taken specifically with an investor if a certain nexus is established between those acts and the individual investor.*

ХАЛЫҚАРАЛЫҚ ИНВЕСТИЦИЯЛЫҚ КЕЛІСІМДЕРГЕ ҚОЛ ЖЕТКІЗУ: ҚАЗАҚСТАН ЖӘНЕ «ҚОЛШАТЫР ЕСКЕРТПЕСІ»

Альберто Пекораро
Халықаралық құқық магистрі, Эдинбург Университеті, КазГЮУ оқытушысы

Түйін сөздер: *шатыр ескертпе; инвестициялық шарттар бойынша арбитраж; халықаралық инвестициялық құқық; МЦУИС тәжірибесі.*

Аннотация. *Мақаланың мақсаты жасасатын шартқа «шатыр ескертпелер» жағдайларын енгізу нәтижесін зерттеу болып табылады. Шатыр ескертпе – бұл ол арқылы тараптар басқа мүше-мемлекеттердің инвесторларымен жасасатын инвестициялық шарттың кез келген міндеттемелерін сақтауға міндеттенетін жағдай. Бұндай бап Энергетикалық хартия шартын қосқанда көптеген инвестициялық шарттарға кіргізілген. Зерттеудің мәні бұл ереженің қандай міндеттемелерге жататынын және оның қандайларына жатпайтынын кейде анықтау қиын болатындықтан шартта осы жағдайды тұжырымдау болып табылады. Бұл бізді екі маңызды мәселеге алып келеді. Бірінші мәселе «шатыр ескертпе» ұлттық заңнаманы жай бұзуды халықаралық құқық бойынша шартты бұзу деңгейіне дейін көтере ала ма деген. Екінші мәселе омы жағдайды қамту шарттық міндеттемелермен шектеледі ма немесе ол заңнамалық немесе нормативтік актілер арқылы мемлекеттердің қабылдаған біржақты міндеттемелерін қамтиды ма деген. Баптың жай тұжырымдалуына, оның мәнмәтініне және әрекеттегі өнегелік құқыққа сәйкес «шатыр ескертпе» инвестор өзіне алған кез келген міндеттемелерін қамтиды. Заңнамалық және нормативтік актілер, егер осы актілер мен жеке инвестор арасында белгілі бір өзара байланыс болса, инвестор өзіне алған міндеттемелер сияқты анықталуы ықтимал болып көрінуі мүмкін.*

Мақалада халықаралық құқық пен ұлттық заңнама арасындаға өзара байланыс, шарт жағдайларын бұзуда «шатыр ескертпені» қамту, тек шарттық міндеттемелерде «шатыр ескертпені» қамтуда шектеу мәселелері мысалға Анатолий Стати Қазақстанға қарсы ісі сияқты мәселелер қарастырылады.

ДОСТИЖЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ: КАЗАХСТАН И «ЗОНТИЧНАЯ ОГОВОРКА»

Альберто Пекораро
Магистр международного права, Эдинбургский Университет, преподаватель КазГЮУ

Ключевые слова: *зонтичная оговорка; арбитраж по инвестиционным договорам; международное инвестиционное право; практика МЦУИС.*

Аннотация. *Целью статьи является исследование эффектов введения в заключаемый договор условия «зонтичной оговорки». Зонтичная оговорка - это условие, посредством которого стороны инвестиционного договора обязуются соблюдать любые обязательства, которые они заключают с инвесторами других государств-участников. Такой пункт включен в многочисленные инвестиционные договоры, включая Договор к Энергетической хартии. Предметом исследования является формулировка этого условия в договоре, так как иногда трудно определить, к каким обязательствам применяется это положение и к каким оно не относится. Это подводит нас к двум важным вопросам. Первый вопрос заключается в том, может ли «зонтичная оговорка» поднять простое нарушение национального законодательства до уровня нарушения договора по международному праву. Второй вопрос заключается в том, ограничивается ли охват этого условия договорными обязательствами или же оно охватывает также односторонние обязательства, принятые государствами посредством законодательных или нормативных актов. В соответствии с простой формулировкой пункта, его контекстом и существующим прецедентным правом, «зонтичная оговорка» охватывает любые обязательства, взятые на себя инвестором. Может показаться, что законодательные и нормативные акты могут квалифицироваться как обязательства, взятые на себя инвестором, если между этими актами и индивидуальным инвестором установлена определенная взаимосвязь.*

В статье рассматриваются такие вопросы как взаимосвязь между международным правом и национальным законодательством, охват «зонтичной оговорки» нарушения условий договора, вопрос ограничения охвата «зонтичной оговорки» только договорных обязательств на примере дела Анатолия Стати против Казахстана.

Contents

1. Introduction
2. The relationship between international law and national law
3. Does the umbrella clause encompass breaches of contract?
4. The case of Anatolie Stati v. Kazakhstan: are umbrella clauses limited to contractual obligations?
5. Conclusion

1. Introduction

The umbrella clause is a provision which guarantees the observance of obligations assumed by the host state vis à vis the investor.[1] The umbrella clause, known also as "observance of undertakings" clause, is common in investment treaties and exists in a myriad of formulations. Kazakhstan's treaty practice is rich of umbrella clauses. For instance, Article 10 of the Energy Charter Treaty reads:

"Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party"[2]

The investment treaty between Italy and Kazakhstan contains a more long-winded umbrella clause:

"Each contracting party shall create and maintain, in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor"[3]

The umbrella clause is an application of the general principle of pacta sunt servanda - the maintenance of the pledged word.[4] The wording of this clause is usually of an imperative nature. It is also quite wide: it concerns "any" obligation undertaken by a state. No further precision is

[1] *R.Dolzer, C.Schreuer, Principles of International Investment Law (First Edition, Oxford University Press 2008), p.153.*
[2] *Energy Charter Treaty (1994), article 10.*
[3] *Accordo tra il Governo della Republica Italiana ed il Governo della Repubblica del Kazakhstan sulla Reciproca Promozione e Protezione degli Investimenti (1994), article 2.*
[4] *Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award of 19 August 2005, para 251.*

offered as to which acts are susceptible to come under this clause. This raises two important questions. The first is whether this clause gives a tribunal jurisdiction over essentially contractual claims against the respondent state.[5] In other words, can it transform a foreign investor's contract claim into a treaty claim?

A second less explored question is whether the umbrella clause extends to alleged breaches of legislative and regulatory acts by the host state. This question was raised in Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan (or Anatolie Stati v. Kazakhstan), an arbitration based on the Energy Charter Treaty, where respondent argued that the scope of the umbrella clause is limited to contractual obligations and does not extend to alleged breaches of its own domestic law.[6] Unfortunately, the tribunal did not consider this argument in its Award.

The question raised in Anatolie Stati v. Kazakhstan is quite important for Kazakhstan, a state which has attracted $160 billion in FDI since its independence and aims to attract more.[7] The risk is that foreign investors rely on umbrella clauses to sue Kazakhstan before an international tribunal on the basis of breaches of Kazakhstani law. The paper's aim is to address this specific issue. In doing so, it will deal with the following two questions. The first is whether the umbrella clause does cover breaches of acts under national law. The second question is whether such clause's reach is limited to breaches of contracts. This paper posits that the umbrella clause does indeed apply to breaches of acts under national law – including contracts. In this regard, umbrella clauses are not per se limited to contract breaches and may also be invoked in case of breach of certain legislative acts.

This paper will answer its research questions in the following manner. It will first start from the premise that claims under national and claims under international law are distinct. Then, it will answer to its first research question on the basis of the existing case-law. Afterward, this paper will go on to address its second research question. In particular, it will look critically at the respondent's argument in Anatolie Stati v. Kazakhstan. It will finally present its own conclusions.

2. The relationship between international law and national law

Under customary international law, the characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law and such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law, and vice versa.[8] Already in 1932, in the Treatment of Polish Nationals case, the PCIJ denied Poland the right to submit to the League of Nations claims founded on the Free City of Danzig's Constitution on the grounds that "it is not the Constitution and other laws, as such, but the international obligation that gives rise to the responsibility [of a state]".[9] Since then, this principle has been reaffirmed many times by the ICJ in its judgments and advisory opinions.[10] [11] [12] Accordingly, a state which has broken a stipulation of international law cannot justify itself by referring to its domestic legal system.[13] It follows that the same set of facts can give rise to different claims grounded on the differing municipal and international legal orders.[14] Compliance with national law and compliance with the provisions of a treaty will remain different questions: what is a breach of treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be completely innocent of violation of a treaty provision.[15] Consequently, these claims must be decided separately on the basis of their own applicable law. A violation of domestic law is never per se a violation of international law.

Even so, the rules of law binding upon States emanate from their own free will as expressed, inter alia, in conventions.[16] International law

[5] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Judgment of 29 January 2004, para 92.*

[6] *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan, SCC, Award of 19 December 2013, para 1297.*

[7] *M.Sieff, Strategy 2050: Kazakhstan's Roadmap to Success, Edgekz.com, available at: http://www.edgekz.com/strategy-2050-kazakhstans-road-map-global-success/*

[8] *ILC Draft Articles on State Responsibility, article 3.*

[9] *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 4.*

[10] *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p180.*

[11] *Nottebohm, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953, p. 111, at p. 123.*

[12] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15, at p. 51, para. 73.*

[13] *Vienna Convention on the Law of Treaties, article 46.*

[14] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6th August 2003, para. 147.*

[15] *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15. Para. 73.*

[16] *Lotus (France v. Turkey) (1927) P.C.I.J., Ser. A, No. 10, paras 44-46.*

lays down certain prohibitive rules, but in all other cases states remains free to adopt the principles they regard most suitable.[17] There is no rule in international law prohibiting states party to a treaty to agree that a violation of national law may per se breach such a treaty. Thus, the elevation of internal law claims to the level of treaty claims is perfectly possible in theory. However, this may happen only upon the expression of state consent. Umbrella clauses within an investment treaty may – or may not – be expression of this required consent.

3. Does the umbrella clause encompass breaches of contract?

The jurisprudence on the umbrella clause is quite inconsistent. Within this case law, one can distinguish between two extremes. There is a first line of jurisprudence which adopts a restrictive interpretation of umbrella clauses, excluding from its scope all acts undertaken under national law. Its hallmark is SGS v. *Pakistan*.[18] There is a second, and opposite, case-law whose broad interpretation places national law acts under the umbrella clause. SGS v. *Philippines* and SGS v. *Paraguay* exemplify best such an approach.[19] Finally, there is a third nuanced case-law that stands between those two extremes by distinguishing between a state's undertakings as a merchant and as a state's commitments as a sovereign. Examples of such approach are in *El Paso v. Argentina and Sempra Energy International v. Argentina.*[20]

One of the very first tribunals which dealt with the umbrella clause was the one in SGS v. *Pakistan.* SGS and Pakistan had entered a contract whereby SGS agreed to provide pre-shipment inspection services for goods to be exported from certain countries to Pakistan; however the government of Pakistan did not pay all the invoices and notified SGS that the contract would be terminated.[21] The tribunal had to pronounce itself on the meaning of Article 11 of the BIT between Switzerland and Pakistan, which read: «Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of commitments it has entered into with respect to the investments of investors of the other Contracting Party.»[22]

The claimant had argued that the clause turned breaches of a contract concluded under Pakistani law into a valid basis for a claim under international law.[23] The tribunal rejected this argument. Firstly, it held that the "commitments" subject matter of Article 11 may, without imposing excessive violence on the text itself, be commitments of the state itself as a legal person, or of any office, entity or subdivision thereto.[24] The text of Article 11 was not limited to contractual commitments and, if the claimant's position were to be accepted, the meaning of Article 11, would be susceptible of "almost indefinite expansion».[25] According to the tribunal, the articles scope was so imprecise that it could not be said to set the consequences argued by the claimant.[26]

Another argument advanced by the tribunal was based on the general separation between municipal and international law, and its corollary that a breach of contract cannot automatically be treated as a breach of treaty.[27] The tribunal considered that principle to be so well-established that clear and convincing evidence had to be adduced by the claimant to prove that there was an exception therewith.[28] Hence, evidence that the parties' intent was for the treaty's umbrella clause to cover disputes based on national law must be unambiguous and clear.[29] A further argument made by SGS v. Pakistan was that reading the umbrella clause as encompassing obligations contracted under national law would make redundant the other provisions of the investment treaty: there would be no need to demonstrate a violation of substantive treaty standards such as fair and equitable treatment if a simple breach of contract, or statute, or regulation, would by itself suffice to constitute a treaty breach.[30]

[17] *Ibid.*
[18] *P. Grane, Umbrella Clause Decisions: The Class of 2012 and a Remapping of the Jurisprudence (2013), available at:http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/01/17/umbrella-clause-decisions-the-class-of-2012-and-a-remapping-of-the-jurisprudence/*
[19] *Ibid.*
[20] *Ibid.*
[21] *N. Bernasconi-Osterwalder, L. Johnson, International Investment Law and Sustainable Development Key cases from 2000–2010, International Institute for Sustainable Development, available at: http://www.iisd.org/pdf/2011/int_investment_law_and_sd_key_cases_2010.pdf*
[22] *Accord entre la Confédération Suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, article 11.*
[23] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, para 98.*
[24] *Id., para. 166.*
[25] *Id., para. 164.*
[26] *Ibid.*
[27] *Id., para. 167.*
[28] *Ibid.*
[29] *Ibid.*
[30] *Id., para. 168.*

The decision in SGS v. Pakistan has been widely criticized[31] - and rightly so. That is because, in its reasoning, the tribunal has not given sufficient weight to the clause's plain wording. In this manner, it has deviated from the customary principles of treaty interpretation. These customary rules are laid down in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, according to which a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.[32] The customary nature of Article 31 VCLT has been has explicitly recognized by the ICJ in the Kasikili Sedudu Island (Botswana v. Namibia) case.[33] First of all, the SGS v. Pakistan tribunal admits that the plain wording suggests that the umbrella clause would cover commitments of the state under domestic law. Yet, it goes on to disregard such a clear wording on the basis that it is too imprecise – that is to say, "susceptible to almost indefinite expansion". No further explanation is provided. Hence, the tribunal admits that the clause's plain wording militate in favour of a certain interpretation, but disregards such wording based on a policy consideration. Arguably, the mere fact that a provision has far-reaching consequences is not a sufficient justification for a "restrictive" interpretation rendering such provision null and void.[34]

Similar problems plague the argument that the general rule of separation between domestic and international legal orders militates against a broad interpretation of the umbrella clause. The tribunal was correct in affirming this rule, and rightly stated that clear evidence of state consent is required to establish an exception to such a rule. However, the arbitrators' reasoning does not consider the clause's plain wording to amount to such clear evidence of state consent. That is because, according to the tribunal, exceptions to a general rule must be interpreted strictly.[35] Nowhere do the rules on treaty interpretation claim that an exception should be interpreted more restrictively than any other provision: the general rule that "a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose"[36] applies to exceptions as much as it does to general rules.

The final argument, that a broad interpretation of the umbrella clause would render irrelevant the treaty's other standards, is also problematic. Indeed, such contention has been disavowed by successive tribunals. In Eureko v. Poland, an ad hoc tribunal dealt with a claim brought by a Dutch corporation under the Netherlands-Poland investment treaty. Eureko and Poland had concluded an agreement whereby the former purchased a 30% share of PZU, a formerly state owned insurance company. Moreover, in two addenda to agreement, the Polish government had engaged itself to sell an additional 21% of PZU's shares, which would have made Eureko PZU's controlling shareholder.[37] Yet, fearing the political backlash resulting from a wholesale privatization of the insurance sector, the Polish government reneged on this engagement.[38] Before the arbitral tribunal, the claimant argued that the actions undertaken by the Polish government constituted a violation of the investment treaty's umbrella clause.[39] The tribunal in Eureko v. Poland disagreed with Poland's argument that a wider reading of the umbrella clause would render irrelevant the treaty's other standards. In doing so, it stated that the BIT's substantive provisions deal with issues, such as fair and equitable treatment or protection from expropriation, that are not normally covered in contracts.[40] Finally, one further criticism may be moved against SGS v. Pakistan. That criticism is that the arbitrators were so keen to preserve the effet utile of other treaty standards, that they deprived the umbrella clause of its meaning. Indeed, nowhere do they specify to which commitments it may apply.

[31] *In a letter to ICSID of October 1, 2003, the Swiss Government stated that it was «alarmed about the very narrow interpretation given to the meaning of [the umbrella clause] by the Tribunal, which not only runs counter to the intention of Switzerland when concluding the Treaty but is quite evidently neither supported by the meaning of similar articles in BITs concluded by other countries nor by academic comments on such provisions» (Eureko v. Poland, Partial Award of 19 August 2005, para. 254.*

[32] *Vienna Convention on the Law of Treaties, article 31(1).*

[33] *Kasikilil Sedudu Island (Botswana v. Namibia), Judgment, I.C.J. Report, 1999, p. 1045, para. 18.*

[34] *A. Weissenfels, Umbrella Clauses, Seminar on International Investment Protection, Prof. August Reinisch (2007), p21, available at: https://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf*

[35] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Judgment of 29 January 2004, para. 122.*

[36] *Vienna Convention on the Law of Treaties, article 31(1).*

[37] *Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award of 19 August 2005, para. 57.*

[38] *Id., para. 71.*

[39] *Agreement between the Kingdom of Netherlands and the Republic of Poland on encouragement and reciprocal protection of investment, article 3(5).*

[40] *Id., para. 258.*

This point was duly noted, at a later date, by the tribunal in SGS v. Philippines.[41] Overall, from the SGS v. Pakistan award, it is not clear what the arbitrators consider the umbrella clause to be.

Shortly thereafter, in SGS v. Philippines, another tribunal addressed the same issue. The dispute arose out of alleged breaches by the Philippines of a pre-shipment inspection agreement whereby SGS would provide comprehensive import supervision services in exchange of a fee paid by the government.[42] However, subsequently, the government refused to pay the invoices sent by SGS.[43] Article X(2) of the Philippines-Switzerland BIT read: "Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party."[44] Even if it faced a situation identical to SGS v. Pakistan, the tribunal reached very different conclusions. The Tribunal started with interpreting the relevant clause under the terms of the Vienna Convention on the Law of Treaties. It first looked into the clause's wording, considering that it uses the mandatory term "shall" and refers to "any obligation… with regard to specific investments in its territory".[45] The tribunal regarded such a wide wording as being susceptible to encompass contracts under national law since these are obligations undertaken with regard to specific investments in a country's territory. Then, the tribunal considered the clause at the light of the treaty's object and purpose, holding that it supports an effective interpretation of Article X(2).[46] That is to say that, since the BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments, it is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments.[47] And it is entirely consistent with the treaty's object and purpose to hold that binding commitments made by a state under its own law toward foreign investment are covered by the BIT's umbrella clause.[48]

Having concluded that the clause "means what is says"[49], the tribunal noted that its conclusions contradicted the precedent set by SGS v. Pakistan. It went on to refute the previous tribunal's reasoning. It remarked that in SGS v. Pakistan the Tribunal applied general principles of international law to generate a presumption against the broad interpretation of Article 11.[50] The principle relied on was that "a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law". The arbitrators in SGS v. Philippines admitted that this principle was well established. However, they also held that to merely rely on it is to go beside the point because such principle does not impact directly on the meaning of an umbrella clause. The question here is essentially one of interpretation, and not one to be determined by any presumption.[51]

However, the tribunal warned that the umbrella clause does not automatically convert questions of contract law into questions of treaty law. In particular it does not change the proper law of a contract from national law to international law. In fact, the umbrella clause addresses not the scope of the commitments entered into with regard to specific investments but the performance of these obligations, once they are ascertained. The tribunal held, in conclusion, that:

"To summarize, for present purposes [the umbrella clause] includes commitments or obligations arising under contracts entered into by the host State… But this obligation does not mean that the determination of how much money the Philippines is obliged to pay becomes a treaty matter. The extent of the obligation is still governed by the contract, and it can only be determined by reference to the terms of the contract." [52]

There is a third line of jurisprudence distinct from the dichotomy between SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines. This case law is epitomized by El Paso v. Argentina. El Paso was a company that had acquired ownership interests in various privatized Argentinian companies in the business of producing electrical power. Upon the terrible economic crisis that shook Argentina in the early 2000s,

[41] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Judgment of 29 January 2004, para. 125.*
[42] *IISD, Key cases from 2000-2010 (Edited by Nathalie Bernasconi-Osterwalder and Lise Johnson), p 120, available at: http://www.iisd.org/pdf/2011/int_investment_law_and_sd_key_cases_2010.pdf*
[43] *Ibid.*
[44] *Accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (1997), article X(2).*
[45] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Judgment of 29 January 2004, para. 115.*
[46] *Id., para. 116.*
[47] *Ibid.*
[48] *Ibid.*
[49] *Ibid.*
[50] *Id., para. 122.*
[51] *Ibid.*
[52] *Id., para. 127.*

the government took measures that changed the regulatory framework for investment in energy. In so doing, it breached commitments made in the license granted to El Paso.[53] Before an ICSID arbitral tribunal, El Paso argued that Argentina had violated the umbrella clause in the Argentina-US BIT. The relevant provision, Article II(2)(c) of the Argentina-US BIT read: «Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments».[54]

The judgment to El Paso v. Argentina was founded upon the distinction between the state as a sovereign and the state as a merchant. This distinction is derived from the concept of sovereign immunity, a doctrine of international law under which domestic courts may not exercise jurisdiction over a foreign state.[55] State immunity is a rule of customary international law – that is, it originates in the practice and opinio juris of states.[56] During the second half of the XXth century the doctrine of absolute state immunity was replaced by a doctrine of restrictive state immunity.[57] [58] [59] Under the restrictive law of immunity, immunity is recognized for acts carried out by a state in the exercise of its sovereign authority (or acta jure imperii), but is denied for acts of a commercial or private nature (or acta jure gestionis).[60] In determining whether an act is commercial or sovereign, the dominant approach has been to focus upon the nature of the transaction rather than its purpose.[61] In other words, the test of what constitutes an act jure imperii is whether that act is of its own character a government act, as opposed to an act which any private citizen can perform.[62] For instance, acts such as the breach of a sales contract and the issuing of government bonds have been found to be jure gestionis.[63] [64]

The judgment of El Paso v. Argentina relies on previous case-law to justify the application of the dichotomy between commercial and sovereign acts to the umbrella clause's interpretation. It indeed starts by quoting the award in Joy Machinery v. Egypt, to the effect that:

«... it could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection"[65]

This implies that the umbrella clause will elevate a contract claim to the level of treaties only if the state's conduct is such as to trigger the treaty's protection. At the same time, it is essentially from the state as a sovereign that the foreign investors have to be protected through the availability of international arbitration.[66] Accordingly, a difference must be made between actions of the state as a merchant, which will remain beyond the scope of the umbrella clause (and under national law), and between the state's actions as a sovereign, which are meant to be under the umbrella's clause scope. To support its argument, the tribunal referred again to the precedent of Joy Machinery v. Egypt, which had held that a basic general distinction can be made between commercial aspects of a dispute and other aspects involving the existence of some forms of state interference with the operation of the contract involved.[67]

Then, an umbrella clause will transform a contractual claim into a treaty claim only if the host state's conduct is of a sovereign nature. This spells that ordinary commercial breaches

[53] *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Judgment on Jurisdiction 27 April 2006, para. 11.*

[54] *Treaty between United States of America and the Argentina Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment (1991), article 2(2)(c).*

[55] *C. Tomuschat, The International Law of State Immunity and its Development by National Institutions, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol 44, (2011), pp. 1105-1140.*

[56] *D. Akande, S. Shah, Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts, European Journal of International Law, Vol 21, Issue 4 (2011).*

[57] *See for example: Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Section 1605 (a) (2) (USA); and State Immunity Act, 1978, c.33 (UK).*

[58] *C. Tomuschat, The International Law of State Immunity and its Development by National Institutions, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol 44, (2011), pp1105-1140.*

[59] *United Nations Convention on Judicial Immunities of States and their Properties (2004), articles 10 – 17.*

[60] *J. Foakes, E. Wilmhurst, State Immunity: the United Nations convention and its Effects (2005) Chatham House Series on International Law, available at: https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/International%20Law/bpstateimmunity.pdf*

[61] *Empire of Iran case, ILR 45, pp57-80, Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria [1977] 64 ILR, pp122, Saudi Arabia v. Nelson, 123 L. Ed. 2d 47 (1993).*

[62] *Primero Congreso del Partido, House of Lords, [I9811 2 All ER 1064, 1075; 64 ILR, p. 320].*

[63] *Ibid.*

[64] *Republic of Argentina v. Weltover Inc, 119 L.Ed 2b 394 (1992); 100 ILR, p509.*

[65] *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004, para. 81.*

[66] *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Judgment on Jurisdiction 27 April 2006, para. 80.*

[67] *Id., para. 79.*

of a contract are not the same as treaty breaches. According to the arbitrators in Sempra v. Argentina, such a distinction is necessary in order to avoid an indefinite and unjustified extension of the umbrella clause.[68] A further question is which state conduct is determining. Is it the conduct through which a contract was formed? Or is it the conduct that is alleged to have breached the contract? The tribunal in El Paso v. Argentina based its decision on the conduct forming the contract, whereas the tribunal in Sempra v. Argentina looked at the nature of the state conduct which breached such contract.[69]

It can be argued that in general the conduct forming a contract is determinative of whether the acts at issue are jure imperii. However, the boundaries of state immunity are not permanently fixed,[70] and the nature of a legal relation entered into by the state as a merchant may be subsequently modified if the state successively acts as a sovereign. Yet, it will require a high standard of proof of a sovereign act for the nature of conduct to change: in order to withdraw its action from the sphere of acts done jure gestionis, a state must be able to point to some act clearly done jure imperii.[71]

It must be noted that this approach was recently rejected by the tribunal in SGS v. Paraguay, which dealt with a dispute essentially identical to the ones in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines. Indeed, this dispute too arose out of alleged breaches, by Paraguay, of a pre-shipment inspection agreement whereby SGS would provide comprehensive import supervision services. Despite its contractual undertakings and the word pledged by its officials, Paraguay did not pay SGS's services.[72]

The clause at issue in SGS v. Paraguay had the following wording: "either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the other investors of the Contracting Party."[73] The respondent had argued that a mere breach of contract cannot rise to the level of a breach of the treaty's umbrella clause unless it is coupled with additional "sovereign" action.[74] However, the tribunal did not accept this argument on the basis that it was not supported by the clause's plain meaning. Indeed, nothing in the terms of article 11 of the Paraguay-Switzerland pointed to a difference between a state's acta jure imperii and acta jure gestionis. Given article 11's unqualified text, the tribunal saw no basis to import into that provision such non-textual limitations.[75]

Overall, international arbitral tribunals seem to have disregarded the precedent established by SGS v. Pakistan. More recent decisions such as SGS v. Paraguay, BIVAC v. Paraguay and EDF v. Argentina all have confirmed the considerations of SGS v. Philippines.[76] In this sense, it can be safely assumed that umbrella clauses do confer on international arbitral tribunals jurisdiction over disputes based on breaches of commitments made under national law. Thus, a state may be sued under a treaty for breaches of commitments under national law. The controversy rather lies on whether a claim based on the umbrella clause is admissible before an international tribunal when the underlying contract contains an exclusive choice-of-forum clause.[77] Besides this, it remains to establish whether umbrella clauses extend only to contracts or whether they reach somewhat further.

4. The case of Anatolie Stati v. Kazakhstan: are umbrella clauses limited to contractual obligations?

The question of whether the umbrella clause is limited to contractual obligations was recently touched upon in Anatolie Stati v. Kazakhstan. This dispute involved the Moldovan owner of Ascom S.A, a company which exploited the

[68] *Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007, para. 310.*

[69] *P. Grané, Umbrella Clause Decisions: The Class of 2012 and a Remapping of the Jurisprudence (2013), available at:http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/01/17/umbrella-clause-decisions-the-class-of-2012-and-a-remapping-of-the-jurisprudence/*

[70] *Holland v. Lampen-Wolfe, Opinion of the Lords of Appeal for Judgment (20 July 2000), available at: http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000720/hollan-1.htm*

[71] *Primero Congreso del Partido, House of Lords, [I9811 2 All ER 1064, 1075; 64 ILR, p. 320].*

[72] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Award of 10 February 2012, para. 69.*

[73] *Accord entre la Confédération suisse et la République du Paraguay concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (1992), article 11.*

[74] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Award of 10 February 2012, para. 72.*

[75] *Id., para. 168.*

[76] *P. Grane, Umbrella Clause Decisions: The Class of 2012 and a Remapping of the Jurisprudence (2013), available at:http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/01/17/umbrella-clause-decisions-the-class-of-2012-and-a-remapping-of-the-jurisprudence/*

[77] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Dissenting Opinion of Professor Antonio Crivellaro.*

Borankol and Tolkyn oil fields, and Kazakhstan. The claimant submitted that since 2008 it had been subjected to a systematic campaign of harassment by the Kazakhstani authorities, which culminated with the abrupt cancellation of the Subsoil Use Contracts held by Ascom's local operating companies, KPM and TNG, and the seizure of its assets in July 2010.[78] Moreover, the company's manager in Kazakhstan had been arrested and detained on the charge of being an entrepreneur operating a 'main' pipeline without a license.[79] Nevertheless, under Kazakhstani law the manager could not be considered an entrepreneur: he was a salaried employee who was neither registered as an entrepreneur nor was the owner of the company.[80] These facts were disregarded by the Aktau City Court and he was sentenced to a four year jail term.[81] At the same time, the Court issued a penalty against criminal non-party – KPM.[82]

Anatolie Stati brought a claim against Kazakhstan under the Energy Charter Treaty. Article 10(1) of the ECT read: "Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party."[83] One of the arguments made by the party was that Kazakhstan breached the umbrella clause by violating its own domestic law. The Claimant submitted inter alia that the government of Kazakhstan had violated Article 77(3) of the Constitution.[84] The claimant argued that the umbrella clause does not differentiate between contractual obligations and legislative undertakings and appealed to the precedents of Eureko v. Poland and Enron v. Argentina to support its case.[85]

The respondent countered with the argument that the umbrella clause is limited to contractual obligations and does not extend to alleged breaches of Kazakhstan's domestic law.[86] The respondent based his argument on the principles of treaty interpretation contained in Article 31 of VCLT. First of all, according to the respondent, the plain meaning of the words "entered into" illustrated the consensual nature of the obligations in question.[87] According to the respondent, this wording, as well as the use of the term "with", proved that the umbrella clause covers only statutes and regulations concluded with one individual party in one specific case.[88] Further, the respondent argued that its case is supported by the provision's context:

"when taking into consideration the ordinary meaning of 'to enter into', the reference to 'any obligation a party enters into' means 'any obligation a party has undertaken to bind itself to perform by an agreement' and thus 'any contractual obligation." [89]

Finally, the respondent submitted that the ECT's object and purpose – to promote long-term cooperation between investors and host states - supported the interpretation of Article 10(1) ECT as only encompassing contractual obligations. Indeed:

"if the umbrella clause were to encompass regulatory or statutory obligations, every breach of a host state's domestic law would form a breach of the ECT. Had the contracting parties to the ECT really wished to commit themselves to such a large extent, they would have amended the wording of the umbrella clause accordingly." [90]

Holding the contrary, according to the respondent, would have the effect of alienating state parties and undermining the ECT's legal regime. Finally, in order to further bolster his reading of the ECT's umbrella clause, the respondent drew from the jurisprudence of previous arbitral tribunals. It cited CMS v. Argentina, Enron v. Argentina, SGS v. Philippines as supporting the proposition that the umbrella clause could concern only consensual obligations under the law of the host state.[91]

Regrettably, the tribunal did not rule on these claims.[92] This said, it is submitted here that the respondent's argument is inaccurate.

[78] *Prnewswire.com, Ascom Takes Government of Kazakhstan to Stockholm Court of Arbitration Under the International Energy Charter Treaty, 8th September 2008, available at: http://www.prnewswire.com/news-releases/ascom-takes-government-of-kazakhstan-to-stockholm-court-of-arbitration-under-the-international-energy-charter-treaty-102416259.html*

[79] *Ibid.*

[80] *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan, SCC, Award of 19th December 2013, para. 1290.*

[81] *Ibid.*

[82] *Ibid.*

[83] *Energy Charter Treaty, article 10(1).*

[84] *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan, SCC, Award of 19th December 2013, para. 1290.*

[85] *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan, SCC, Award of 19th December 2013, para. 1285.*

[86] *Id., para. 1297.*

[87] *Ibid.*

[88] *Ibid.*

[89] *Id., para. 1298.*

[90] *Id., para. 1301.*

[91] *Id., para. 1302.*

[92] *Id., para. 1313.*

In fact, a breach of national legislation may in certain cases constitute a breach of the umbrella clause. That is because the clause's wording suggests no reason to limit its scope only to obligations undertaken under contract. Indeed, the correspondence between the clauses' plain wording and Kazakhstan's interpretation is tenuous at best. Prima facie no distinction between contract and legislative obligation is present in ECT Article 10(1). One might say, quoting SGS v. Pakistan, that the commitments subject matter of an umbrella clause may, without imposing excessive violence to the text itself, be all commitments of the state as a legal person or of any entity thereof whose acts are attributable to it.[93] Truly, it remains perfectly possible for a state to "enter" (that is to take) an obligation "with" someone even if the relevant instrument has not been negotiated specifically with that person or entity. It is also through the laws it promulgates that a state enters into commitments with physical or legal persons within its territory. Thus, the umbrella clause's plain wording gives no conclusive indication that such clause is limited uniquely to contractual obligations.

Another weakness of Kazakhstan's argument lies in its use of previous case-law. To put it simply, the case-law employed does not conclusively support the respondent's position: SGS v. Philippines, and Eureko v. Poland did not pronounce themselves on the question of obligations undertaken through legislation. Neither CMS v. Argentina nor LG&E v. Argentina ruled on the question: they merely found a breach on the basis of stabilization clauses within a contract which incorporated national legislation.[94] At the same time, Enron v. Argentina did make a distinction between obligations of a general nature and those owed to the investor, but it also ruled that the respondent had assumed obligations toward the investor through the Gas Law and its implementing legislation.[95] [96]

Then, assuming that Kazakhstan's argument is not entirely accurate, what is the scope of umbrella clauses? Might they be used by an investor to invoke an international tribunal's jurisdiction based on violations of the host state's domestic law? This issue revolves around the interpretation of the relevant treaty clauses. The interpretation of such provisions is regulated by the principle that "a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".[97] This spells that interpretation must be based above all upon the text of the treaty,[98] and that a clause's most immediate plain wording might be disregarded only where the applicable context, or object and purpose, provide a valid ground for interpreting the provision otherwise than in accordance with the words' most immediate sense.[99] The ordinary meaning of a provision prescribing that a State «shall observe any obligations it may have entered into» with regard to certain foreign investments is clear enough.[100] The phrase, «shall observe» is imperative and categorical and «any» obligations is capacious: it encompasses all obligations entered into with regard to investments of foreign investors.[101] Thus, any obligation may be susceptible to be covered by an umbrella clause, as long as it is entered into "with" an investor. This is further confirmed by the tribunal in SGS v. Paraguay, which affirmed that the umbrella clause has no limitations on its face and apparently applies to all commitments entered into with respects to investments or an investor, whether established by contract or by law, unilaterally or bilaterally etc[102]

The clause's wording clearly suggests that the umbrella clause is not per se limited to contractual obligation and that it could very well encompass legislative commitments – as long as they are entered into with the foreign investor. Arguably, neither the clause's context nor the treaty's object and purpose warrant a different interpretation. It is submitted here that

[93] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction 6th August 2003, para 166.*

[94] *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, para. 302.*

[95] *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award of 22 May 2007, para. 275.*

[96] *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 174.*

[97] *Vienna Convention on the Law of Treaties, aticle 31.*

[98] *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 6.*

[99] *Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night, Advisory Opinion, PCIJ Series A/B no 50, ICGJ 300 (PCIJ 1932), PCIJ Serie A/B no 50 (Official Case No), ICGJ 300 (PCIJ 1932).*

[100] *Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award of 19th August 2005, para 246.*

[101] *Ibid.*

[102] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 February 2010, para 167.*

such an interpretation does not deprive other standards of their effet utile.[103] For instance, the application of standards such as fair and equitable treatment or full protection and security will not be coterminous with the umbrella clause. The umbrella clause will apply only to commitments taken with the investor, whereas full protection and security and fair and equitable treatment will also encompass violations of general commitments. Furthermore, the object and purpose of investment treaties, to establish a legal framework promoting investment based on mutual benefits,[104] does not seem to contradict this conclusion.

The range of obligations covered by the umbrella clause is only qualified by expressions such as "with an investor" or "with regard to investments".[105] Tribunals such as Enron v. Argentina and SGS v. Philippines have held that obligations entered into "with an investor" are specific commitments, as opposed to general commitments.[106] Then, the relevant issue is whether a legislative act may be a "specific" commitment, and thus fall under the umbrella clause's scope. The plain wording of investment treaties such as the ECT provides very little guidance on this question. In such case, one might argue that the category of specific commitments may include legislative acts on the basis of investment treaties' object and purpose: after all the majority in SGS v. Philippines did hold that, since the BIT's object and purpose was "to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other", it was legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments.[107] Yet, on its own, this argument is somewhat lacking: various investment tribunals have rejected such one-sided interpretation in favour of foreign investors and have instead emphasised that investor protection is a means to the end of promoting economic development.[108] In that regard, the Plama v. Bulgaria tribunal warned of the "risk that the placing of undue emphasis on the 'object and purpose' of a treaty will encourage teleological methods of interpretation [which], in some of its more extreme forms, will even deny the relevance of the intentions of the parties."[109]

Jurisprudence on this specific issue is also quite scarce. The decisions mentioned above are generally silent on whether the umbrella clause is limited to contractual obligations. In general, they affirm that the umbrella clause includes contractual clauses, without however explicitly excluding legislative acts as such. For instance, the tribunal in SGS v. Philippines held that "[the umbrella clause] makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments."[110] Similar considerations were made in Eureko v. Poland.[111] Other tribunals such as CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina were equally vague about this question.[112] [113]

One may submit on the other hand that there are arbitral tribunals which have taken position against the extension of umbrella clauses to legislative acts "of general application". For instance, the Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina held that an umbrella clause "is concerned with consensual obligations arising independently of the BIT itself (i.e. under the law of the host State or possibly under international law). Further they must be specific obligations concerning the investment. They do not cover general requirements imposed by the law of the host State…".[114] This tribunal would then exclude a claim based on the violation of

[103] *C.Schreuer, Traveling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses, and Forks in the Road (2004) Journal of World Investment & Trade, vol 5, no 2.*

[104] *Energy Charter Treaty, article 2.*

[105] *Enron Corporation, Ponderosa Assets L.P v. Argentina, ICSID case No ARB/01/3, Award of 22 May 2007, para 274.*

[106] *A. Weissenfels, Umbrella Clauses, Seminar on International Investment Protection, Prof Dr. August Reinisch Winter Semester (2006/2007), available at: https://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf*

[107] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Judgment of 29 January 2004, para. 116.*

[108] *Saluka Investment BV. v. the Czech Republic, Partial Award of 17 March 2006, para. 300.*

[109] *Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction of 8 February 2005, p. 193.*

[110] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Judgment of 29 January 2004, 128.*

[111] *Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award of 19th August 2005, para. 256.*

[112] *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005.*

[113] *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award of 25 July 2007.*

[114] *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Annulment Committee, 25 September 2007, para. 95.*

all non-consensual obligations, such as a state's constitution. This said, one might criticize the Ad Hoc Committee for having had little regard to the clause's wording, including the use of the term "any obligation". Moreover, the Ad Hoc Committee provided very little reasoning to support such holding. Finally, its conclusion is contradicted by another ICSID arbitral tribunal.

The judgment which deals most specifically with this issue is Enron v. Argentina. The dispute, whose underlying facts are the same of El Paso v. Argentina and CMS v. Argentina, concerned the non-respect by Argentina of commitments it had undertaken both in the licenses it issued to the investor and in its Gas Law (and the corresponding implementing legislation). Argentina had initiated a vast program of privatization of State-owned gas transportation and distribution companies. With a view to restructure the Argentine economy, currency convertibility was introduced in 1991 through Law 23/928 and the Argentine peso was fixed at par with the United States dollar by Decree 2128/91.[115] In 1992, new rules governing gas transportation and distribution were introduced by the Gas Law and its implementing regulations. A new "Model Licence" was approved by Decree 2255/92, establishing basic terms and conditions for contracts between state and investors.[116] The new legislation included the calculation of tariffs in US dollars and their adjustment according to changes in the US Producer Price Index ("PPI").[117] Besides, licenses contained additional guarantees, such as that gas tariffs would be set at a level that would ensure operators with sufficient revenues to cover all reasonable costs, taxes, depreciation etc...[118] This legal framework was abruptly changed following the country's terrible economic crisis: in 1999 the government had to suspend PPI adjustments and in 2001 the Emergency Law eliminated the right to calculate tariffs in U. S. dollars, converted tariffs to pesos at the fixed rate of exchange of one dollar to one peso, and abolished completely PPI adjustments.[119]

Before an ICSID arbitral tribunal, Enron argued that the government's actions had breached the umbrella clause contained in Article II (c) of the Argentina-US BIT, which read: "Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments."[120] The claimant argued that the umbrella clause applied to obligations arising from broader undertakings contained in Argentina's own law; and that the government's measures breached every commitment made in the Gas Law and related legislation.[121] The tribunal started with recalling that, under its ordinary meaning, the phrase 'any obligation' refers to obligations regardless of their nature – and that tribunals interpreting that expression had found it to cover both contractual obligations such as payment as well as obligations assumed through law or regulation.[122] The tribunal recognized that the expression "with regard to investments" had a limiting effect on the clause's scope. However, it went on to hold that:

"Through the Gas Law and its implementing legislation, the Respondent assumed 'obligations with regard to investments': tariffs calculated in US dollars converted to pesos for billing purposes, linked to the US PPI and sufficient to provide a reasonable rate of return were intended to establish a tariff regime that assured the influx of capital into the newly privatized companies such as TGS and ensured the value of such investment." [123]

According to the arbitrators, the dismantling of these legislative guarantees sufficed to establish a violation of the treaty's umbrella clause.[124]

The decision in Enron v. Argentina evidences that the non-respect of a non consensual legislative act, such as Argentina's Gas Law, may breach a treaty's umbrella clause. The sense of this decision seems to be that a commitment contained in a state's normative act will fall under the clause's protection as long as it has a "nexus" with the specific investment. Indeed, the tribunal's decision was determined by the fact that Argentinian legislation instituted a tariff regime that ensured the value of investment into newly privatized companies. One may then submit that the determining factor to distinguish between an obligation taken "with" an investment and an obligation not taken with such investment is the rationale behind the legislative act – that is to say a measure's structure, application, and objective

[115] *Enron Corporation, Ponderosa Assets L.P v. Argentina, ICSID case No ARB/01/3, Award of 22 May 2007, para 54.*
[116] *Id., para. 44.*
[117] *Ibid.*
[118] *Id., para. 45.*
[119] *Id., para. 72.*
[120] *Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, article II(2)(c).*
[121] *Enron Corporation, Ponderosa Assets L.P v. Argentina, ICSID case No ARB/01/3, Award of 22 May 2007, para 270.*
[122] *Id., para. 274.*
[123] *Id., para. 275.*
[124] *Ibid.*

underlying criteria.[125] If a commitment's rationale is to establish a legal regime that gives specific advantages to investors, then it will be covered by the umbrella clause's terms.

One may apply these tentative criteria to the Law of the Republic of Kazakhstan on Investments,[126] a normative act that has not been concluded with any specific investor. Yet, if one applies the reasoning set out above, claims based on certain of its provisions are susceptible to be elevated to the level of treaty claims through the operation of the umbrella clause. For example, Article 17 of that law reads:

"1. Legal person of the Republic of Kazakhstan implementing investment project in the investment contract network is exempted from customs taxation when importing manufacturing equipment, components and spare parts for them, raw stock and (or) materials in accordance with the legislation of the Republic of Kazakhstan.

2. When transporting manufacturing equipment and components for it the exemption from customs taxation is granted for the term of investment contract but not later than 5 years after the investment contract registration…"[127]

Like the tariff system in Argentina's Gas Law, the Kazakhstani exemption of customs taxation when importing manufacturing equipment is a measure addressed to the investor and whose purpose is to make viable the establishment and operation of investment. The same would arguably apply to article 18-4, on tax preferences, and 18-5, on investment subsidies.[128]

This said, the explanation offered by Enron v. Argentina has important weaknesses. Firstly, the tribunal itself did not explain why through the Gas Law and its implementing legislation, Argentina assumed obligations with regard to investments. It did not engage in any interpretation of the term's meaning, nor did it quote any judicial precedent. A second issue is that the tribunal has offered no solution on how to draw a boundary between specific commitments made toward foreign investment and general requirements under national law. For instance, Article 4 of Kazakhstan's Law on Investment reads that "investors shall be accorded full and unconditional protection of the rights and interests, which is provided by the Constitution of the Republic of Kazakhstan, this Law and other normative legal acts of the Republic, as well as international treaties ratified by the Republic of Kazakhstan."[129] One might argue that this commitment falls under the umbrella clause because it is part of a legal framework whose ratio is to give determinate advantages to an investor's investment. And, since this article incorporates by reference the protections contained in the Kazakhstani constitution that would spell that the violation of constitutional guarantees fall under the umbrella clause even if they are per se of general application. This is a problem over which international investment tribunals have yet to rule.

5. Conclusion

It is today uncontroversial to say that the umbrella clause may elevate claims under the host state's domestic law to the level of treaty claims. SGS v. Philippines, El Paso v. Argentina, BIVAC v. Paraguay and SGS v. Paraguay, to name but a few, are judgments which have upheld this proposition. Nowadays, the consensus seems to be that umbrella clauses create for host states an obligation to constantly guarantee observance of commitments entered into with respect to foreign investments under national law. The most recent case law has also rejected the proposition that the umbrella clause applies only to acta jure imperii.[131] This is on the ground that such limitation is not expressed in the clauses' plain wording.[132] At the same time, the question remains whether umbrella clauses are limited to commitments under contracts between investor and host state, or also cover engagements made through legislative or regulatory acts. Little assistance is provided by the clauses' wording, by their context, or by the treaties' object and purpose.

Nevertheless, existing case-law states that the obligation at issue has no limitations on its face: it apparently applies to all commitments, whether established by contract or by law, unilaterally or bilaterally.[133] This is as long as such commitments are taken with the foreign

[125] *Japan – Alcoholic Beverages II (1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R Report of the Appellate Body Report, 4 October 1996, para 120.*

[126] *The Law of Republic of Kazakhstan N 373-ii on Investments (2003), with amendments and additions as of November 07, 2014.*

[127] *Id., article 17.*

[128] *Id., article 18.*

[129] *Id., article 4.*

[130] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Judgment on Jurisdiction, 12 February 2010, para. 167.*

[131] *See: EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23, Decision on Jurisdiction 5 August 2008 or SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Judgment on Jurisdiction, 12 February 2010.*

[132] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Judgment on Jurisdiction, 12 February 2010, para. 168.*

[133] *Id., para. 167.*

investor. Unluckily, there is little case law dealing with this issue of specificity. The most relevant award, Enron v. Argentina, stands for the proposition that legislative and regulatory acts may be commitments taken specifically with investment if a certain nexus is established between those acts and the specific investor. The tribunal's implicit reasoning is that such a nexus is to be established by analysing the legislation's rationale.



Thus, the respondent's argument in Anatolie Stati v. Kazakhstan that "the scope of the umbrella clause is limited to contractual obligations and does not extend to alleged breaches of the Republic's domestic law" is not accurate. One may actually doubt of the wisdom of such an argument: Kazakhstan recognizes therein that umbrella clauses do apply to contracts concluded between it and foreign investors. And, in a future dispute involving an investment contract, an investor may rely on this affirmation. Nonetheless, even once it is determined that this clause is not limited to contracts, an issue remains unsolved. This problem is how to determine when there is a commitment with the investor, or which is the nexus required between legislation and the investor.

The unclear wording of umbrella clauses and the lack of a jurisprudence constante on this question mean that what was held in Enron v. Argentina is in no way definitive. In other words, the law on this issue has yet to crystallize. It is undeniable that arbitral awards such as Enron v. Argentina have contributed greatly to the clarification of international investment law. However, in many occasions, investment tribunals have contradicted previous awards on the basis that there is no principle of stare decisis in international law.[134] Thus, no reliable prediction can be made about the future direction of international law on this question. Indeed, the plain wording of umbrella clauses is imprecise enough for future investment tribunals to disregard the precedent set by Enron v. Argentina, and decide to interpret expressions such as "with regard to investments" in a manner that does altogether away with any distinction based on specificity. If this was to happen, the scope of umbrella clauses would be expanded so that violations of national legislation by the host state vis à vis foreign investment would be a valid basis for a treaty claim.

REFERENCES

1. Grane, P. Umbrella Clause Decisions: The Class of 2012 and a Remapping of the Jurisprudence (2013), available at: http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/01/17/umbrella-clause-decisions-the-class-of-2012-and-a-remapping-of-the-jurisprudence/

2. Tomuschat, C. The International Law of State Immunity and its Development by National Institutions, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol 44, (2011), pp. 1105-1140.

3. Akande, D. Shah, S. Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts, European Journal of International Law, Vol 21, Issue 4 (2011).

4. Bernasconi-Osterwalder, N. Johnson, L. International Investment Law and Sustainable Development Key cases from 2000–2010, International Institute for Sustainable Development, available at: http://www.iisd.org/pdf/2011/int_investment_law_and_sd_key_cases_2010.pdf

5. Dolzer, R. Schreuer, C. Principles of International Investment Law (First Edition, Oxford University Press 2008).

6. Weissenfels, A. Umbrella Clauses, Seminar on International Investment Protection, Prof. August Reinisch (2007), p21, available at: https://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf

7. Foakes, J. Wilmhurst, E. State Immunity: the United Nations convention and its Effects (2005) Chatham House Series on International Law, available at: https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/International%20Law/bpstateimmunity.pdf

8. Schreuer, C. Traveling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses, and Forks in the Road (2004) Journal of World Investment & Trade, vol 5, no 2.

[134] *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8б, Award of 13th October 2013, para. 83.*

УДК 347

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО МОНИТОРИНГА БАНКОВСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Елеусизова Индира Каржаубаевна
Начальник Центра правового мониторинга Института законодательства Республики Казахстан, к.ю.н.; г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: indira_e@mail.ru

Калиева Айгуль Умиржановна
Старший научный сотрудник Центра правового мониторинга Института законодательства Республики Казахстан, магистр юридических наук; г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: kalieva_a@list.ru

Ключевые слова: *банковское законодательство; конституционные основы банковского законодательства; правовой мониторинг; развитие банковского сектора; банковская система; банковская деятельность; банковская гарантия; договор займа; потребительское кредитование; кодификация банковского законодательства.*

Аннотация. *В марте 2017 года сотрудниками Центра правового мониторинга ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан» был проведен правовой мониторинг Закона Республики Казахстан «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан».*

В статье приведен анализ научных изысканий, действующие нормативные правовые акты в банковской сфере, авторами исследована системность и социальная значимость применения законодательства в данной области и соответствие ему правовых механизмов.

По итогам правового мониторинга Закона о банках выработаны предложения по совершенствованию действующего банковского законодательства Казахстана, в частности по понятию банковской деятельности, договору займа и кредитного договора, банковской гарантии и т.д.

Также предложены подходы совершенствования и развития банковского законодательства, выработанные на основе проведенного анализа национального и зарубежного законодательства в данной сфере. Так, в законодательстве зарубежных стран правоотношения в сфере потребительского кредитования, как правило, регулируют специальные акты, учитывающие специфику этой сферы и содержащие нормы по защите прав и законных интересов всех субъектов указанных правоотношений.

В этой связи полагаем необходимым принятие в Казахстане отдельного закона о потребительском кредитовании, предусматривающего обеспечение надлежащей защиты экономических интересов заемщика как уязвимой стороны договора потребительского кредитования.

Кроме того, предлагаем кодифицировать банковское законодательство Республики Казахстан и разработать отдельный Банковский кодекс, принятие которого положительно повлияет на правовое регулирование банковских отношений.

Результаты исследования могут быть использованы в законотворческой работе по совершенствованию законодательства Республики Казахстан, регулирующего банковскую сферу, а также в научных исследованиях в рассматриваемой области.

ҚАЗАҚСТАН РЕСПУБЛИКАСЫНЫҢ БАНКТІК ЗАҢНАМАСЫНА ҚҰҚЫҚТЫҚ МОНИТОРИНГТІҢ КЕЙБІР МӘСЕЛЕЛЕРІ

Индира Қаржаубайқызы Елеусізова
Қазақстан Республикасы Заңнама институтының Құқықтық мониторинг орталығының бастығы, з.ғ.к.; Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: indira_e@mail.ru

Айгүл Өміржанқызы Қалиева
Қазақстан Республикасы Заңнама институтының құқықтық мониторинг орталығының аға ғылыми қызметкері, заң ғылымдарының магистрі; Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: kalieva_a@list.ru

Түйін сөздер: *банк заңнамасы; банк заңнамасының конституциялық негіздері; құқықтық мониторинг; банк секторының дамуы; банк жүйесі; банк қызметі; банк кепілдігі; қарыз шарты; тұтынушылық несие; банк заңнамасын кодификациялау.*

Аннотация. *2017 жылғы наурызда «Қазақстан Республикасы Заңнама институты» ММ құқықтық мониторинг қызметкерлерімен «Қазақстан Республикасындағы банктер және банк қызметі туралы» Қазақстан Республикасының Заңына құқықтық мониторинг жүргізілді.*

Көрсетілген заңға құқықтық мониторинг жүргізу кезінде банк саласының қолданыстағы заңнамасы зерттелді, оның жүйелілігі, осы саладағы заңнаманы қолданудың әлеуметтік маңыздылығы мен оған құқықтық механизмнің сәйкестілігі бағаланды.

Банк туралы заңға құқықтық мониторинг жүргізу нәтижесінде Қазақстанның қолданыстағы банк заңнамасын жетілдіру бойынша ұсыныстар жасалды, соның ішінде банк қызметі, қарыз шарты мен кредит шарты, банк кепілдігі және т.б. ұғымдары бойынша.

Сонымен қатар, осы саладағы ұлттық және шет ел заңнамасын талдау негізінде, банк заңнамасын жетілдіру мен дамыту жолдары ұсынылды. Осымен, шет ел заңнамасында тұтынушылық несиені, әдетте, аталған құқықтық қатынастардың барлық субъектілерінің құқықтарын және заңды мүдделерін қорғайтын нормалары бар жән осы саланың ерекшеліктерін ескеретін арнайы актілер реттейді.

Осыған орай, Қазақстанда тұтынушылық кесие шартының осал тарабы ретінде, қарыз алушының экономикалық мүдделерін тиісті түрде қамтамасыз ететін, тұтынушылық несие туралы бөлек заң қабылдау керек деп есептейміз.

Сонымен қатар, Қазақстан Республикасының банк заңнамасын кодификациялауды және банктық қарым-қатынастарды құқықтық реттеуге жағымды әсерін тигізетін бөлек Банк кодексін әзірлеуді ұсынамыз.

Результаты исследования могут быть использованы в законотворческой работе по совершенствованию законодательства Республики Казахстан, регулирующего банковскую сферу, а также в научных исследованиях в рассматриваемой области.

Осы зерттеу нәтижелері Қазақстан Республикасының банк саласын реттейтін заңнаманы жетілдіру бойынша заң шығармашылық жұмыста, сондай-ақ қарастырылатын саладағы ғылыми зерттулерде қолданылуы мүмкін.

SOME ISSUES OF LEGAL MONITORING OF BANKING LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

Eleussizova, Indira K.
Chief of the Center of legal monitoring Institute of the legislation of the Republic of Kazakhstan, PhD in Law;Astana, Republic of Kazakhstan; e-mail: indira_e@mail.ru

Kalieva, Aygul U.
Senior research associate of the Center of legal monitoring Institute of the legislation of the Republic of Kazakhstan, master of jurisprudence; Astana, Republic of Kazakhstan; e-mail: kalieva_a@list.ru

Keywords: *bank law; constitutional bases of the bank law; legal monitoring; development of the banking sector; banking system; bank activity; bank guarantee; loan agreement; consumer crediting; codification of the bank law.*

Abstract. *In March, 2017 the staff of the Center of legal monitoring of GU «Institute of the Legislation of the Republic of Kazakhstan» carried out legal monitoring of the Law of the Republic of Kazakhstan «About banks and bank activity in the Republic of Kazakhstan».*

When carrying out legal monitoring of the specified law the current legislation in the bank sphere was studied, estimated its systemacity, the social importance of application of the legislation in the field and compliance to it of legal mechanisms.

Following the results of legal monitoring of the Law on banks suggestions for improvement of the existing bank law of Kazakhstan, in particular on a concept of bank activity, the loan agreement and the credit agreement, the bank guarantee, etc. are developed.

The approaches of improvement and development of the bank law developed on the basis of the carried-out analysis of the national and foreign legal system in this sphere are also offered. So, in the legislation of foreign countries of legal relationship in the sphere of consumer crediting, as a rule, regulate the special acts considering specifics of this sphere and containing norms on protection of the rights and legitimate interests of all subjects of the specified legal relationship.

In this regard we believe necessary adoption in Kazakhstan of the separate law on consumer crediting providing appropriate protection of economic interests of the borrower as the vulnerable treaty party of consumer crediting.

Besides, we suggest to codify the bank law of the Republic of Kazakhstan and to draft the separate Bank code which adoption will positively influence legal regulation of the bank relations.

Results of a research can be used in legislative work on improvement of the legislation of the Republic of Kazakhstan regulating the bank sphere and also in scientific research in the considered area.

Банковское законодательство Республики Казахстан основывается на Конституции, внутреннем (национальном) законодательстве республики и международных соглашениях и договорах, ратифицированных Казахстаном.

По мнению Е.Б. Стародубцева, банковское законодательство представляет собой комплексную отрасль законодательства, являющееся совокупностью гражданско-правовых норм, которые регламентируют товарно-денежные отношения, возникающих в процессе деятельности банков и кредитных организаций [1]. Одновременно банковское законодательство является совокупностью и финансово-правовых норм, которые регулируют механизмы управления государственными финансами, осуществляемого субъектами банковской системы.

Г.А. Тосунян, А.Ю. Викулин и А.М. Экмалян также рассматривают банковское законодательство в качестве комплексной отрасли в виде специфического структурного образования в системе законодательства РФ, использующего нормы нескольких отраслей права при комплексном правовом регулировании банковской деятельности [2].

Декларация о государственном суверенитете Казахской Советской Социалистической Республики[1], принятая Верховным Советом республики Казахстан 25 октября 1990 года, провозгласила принципы государственного суверенитета Казахстана. Так, согласно пункту 10 Декларации Казахская ССР имеет право образования государственного национального банка, подчиненного Верховному Совету, своей финансово-кредитной системы, самостоятельного формирования государственного бюджета, организации налоговой и союзно-республиканской таможенной системы. Также предусмотрено право Казахской ССР на свою долю в общесоюзном имуществе соответственно вкладу республики, в том числе в алмазном, валютном фондах и золотом запасе.

Конституция РК 1993 года[2] установила основу правового регулирования банковской системы в стране.

Действующая Конституция РК[3] заложила конституционные основы банковского права, значение которых состоит в:

1) программировании банковской деятельности путем распространения на нее правового режима предпринимательства и установления свободы передвижения капитала и финансовых услуг (статья 26). Государством на уровне Конституции создаются гарантии в сфере оказания банковских услуг с установлением некоторых правил и принципов, среди которых можно назвать свободу экономической деятельности, конкуренцию, равную защиту всех форм собственности и др.;

2) установлении минимума гарантий прав и законных интересов субъектов банковских правовых отношений, не подлежащего ограничению специальными нормами банковского права (право на собственность, право на информацию, право на защиту и т.п.);

3) создании основ для единообразного правового регулирования банковской деятельности на всей территории страны.

В Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность»[4] в третьем приоритете «макроэкономическая стабильность» указана ключевая задача о восстановлении стимулирующей роли денежно-кредитной политики и привлечения частного капитала в финансирование экономики.

В частности, во втором пункте указана необходимость о «перезагрузке» финансового сектора страны, которая в 2017 году должна решить задачи по расчистке балансов банков от плохих кредитов, завершению

[1] *Декларация о государственном суверенитете Казахской Советской Социалистической Республики» от 25 октября 1990 года/ Казахстанская правда. – 1990.- 29 октября.*

[2] *Конституция Республики Казахстан. Верховный Совет Республики Казахстан от 28 января 1993 года. Утратила силу в связи с принятием новой конституции 30 августа 1995 г., см. Указ Президента от 6 сентября 1995 г. N 2454*

[3] *Конституция Республики Казахстан принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года*

[4] *Послание Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность»*

стресс-тестирования, консолидации банков и снижению ставки по кредитованию для бизнеса.

На 1 января 2017 года неработающие займы банков (NPL) снизились до 6,7 % от ссудного портфеля, и на сегодняшний день ситуация с ними Национальным Банком постоянно контролируется. Такой уровень NPL был обеспечен посредством осуществления комплекса мер, предусматривающих создание условий в целях улучшения качества ссудных портфелей банков (списание, прощение, передача NPL своим специальным дочерним компаниям).

В связи с этим Национальный Банк и Правительство совместно примут меры стимулирования банковского кредитования, включая малый и средний бизнес, и увеличения роли частных денежных средств в инвестировании внутреннего рынка.

В банковском секторе Казахстана в настоящее время осуществляют деятельность 34 банка второго уровня. В первом полугодии 2016 года согласно Постановлению Правления Национального Банка РК АО «EU Банк» (ДБ АО «Евразийский банк») осуществил добровольную реорганизацию, присоединившись к АО «Евразийский банк» с передачей последнему всего имущества, прав и обязанностей[5].

Прогноз социально-экономического развития Республики Казахстан на 2017-2021 годы[6] показывает следующие характеристики мировой экономики 2016 года, такие как низкий рост и слабая динамика спроса и инвестиционных расходов, низкие темпы инфляции, повышенный уровень безработицы. Однако указаны также позитивные экономики страны тенденции: подорожание нефти на 28,5% за 6 месяцев 2016 года, металлов – на 4,6%, рост ВВП на 0,1%. Между тем, на росте ВВП отрицательно отразилось снижение объемов промышленного производства на 1,6%, внутренней торговли – на 4,9%, информации и связи – на 4,1%.

По причине неблагоприятной макроэкономической ситуации с сокращением реального ВВП в банковском секторе наблюдаются проблемы, связанные с сокращением инвестиций, обесценением национальной валюты и инфляцией, что, в свою очередь, обуславливает сокращение потребительского спроса и реальных доходов населения.[7]

Наблюдается рост ВВП Казахстана в номинальном выражении, нежели реального ВВП. Уровень проникновения финансовых услуг в экономику Казахстана также растет. Согласно оценке специалистов АО «Рейтинговое Агентство РФЦА» за 2015 год активы банковского сектора Казахстана составляли более 57% ВВП страны, за 8 месяцев 2016 – более 60%. При этом в ВВП страны доля ссудного портфеля банков составляет около 38%.

В целях сравнения следует отметить, что в 2015 году в РФ наблюдалось превышение банковских активов ВВП страны, что соответствовало стратегии Центробанка России и обуславливалось более низким уровнем динамики ВВП по сравнению с динамикой банковских активов (-1,6%).

В Белоруссии доля банковского сектора составляет 71% ВВП.

В Казахстане рост банковского сектора в течение последних лет составляет в среднем 11%, при этом в 2015 году – 30%, в 2016 –7-8% (25,5 млрд. тенге).

В 2016 году наблюдалось снижение уровня банковского кредитования на 1,5%., а также ссудного портфеля у крупных банков (напр., Сбербанк (-11,3%), KaspiBank (-8,6%) и Банк ЦентрКредит (-6,7%).

При этом средние и мелкие банки повысили уровень кредитования.

Снижение уровня банковского кредитования обусловлено следующими факторами: увеличение риска неплатежеспособности заемщиков на фоне ухудшения экономической ситуации в стране и девальвации курса тенге, возможность размещения денег на безрисковом и более доходном денежно-кредитном рынке.

При этом в 2016 году также наблюдалось снижение неработающих кредитов до 9,8% посредством нового кредитования и списания кредитов[8].

Вместе с тем, на наш взгляд, необходимо рассмотреть экономический анализ, подготовленный экспертами банковской деятельности, который позволяет раскрыть практическую сторону применения норм действующего законодательства в банковской сфере. Так, согласно мнению экспертов, банковская деятельность за 1-полугодие 2016 года характеризуется[9]:

[5] *Обзор банковского сектора Казахстана 6 месяцев 2016 года. URL: http://kazks.kz/media/ckeditor/1470021223.pdf*

[6] *Прогноз социально-экономического развития Республики Казахстан на 2017-2021 годы. Одобрен на заседании Правительства Республики Казахстан (протокол № 29 от 31 августа 2016 года).*

[7] *Банковский сектор Казахстана: итоги 2016 года. АО «Рейтинговое Агентство РФЦА». URL: http://rfcaratings.kz/wp-content/uploads/2015/11/Bankovskij-sektor-2016-g.pdf.*

[8] *Fitch опубликовало отчет за 3 квартал 2016 года о состоянии банков РК. URL: http://prodengi.kz/lenta/fitch-opublikovalo-otchet-za-3-kvartal-2016-goda-o-sostoyanii-bankov-rk/*

[9] *Обзор банковского сектора Казахстана 6 месяцев 2016 года. URL:http://kazks.kz/media/ckeditor/1470021223_Банковский%20сектор%20Казахстана%20за%206М2016.pdf*

1) низким «аппетитом» к кредитованию, стабильным ростом депозитов;

2) высокой доходностью банковского сектора;

3) отсутствием значительных изменений качества ссудного портфеля.

По результатам рассмотрения Национальным Банком РК и его территориальными филиалами обращений физических и юридических лиц по вопросам предоставления финансовых услуг банками второго уровня[10] в декабре 2015 года в Центральный аппарат Национального Банка РК поступило 619 обращений физических и юридических лиц, в территориальные филиалы – 670 обращений.

Анализ данных обращений показывает, что они обусловлены:

- агрессивной рекламой продуктов;
- недостаточным представлением информации об условиях предоставляемых услуг;
- адекватной оценкой платежеспособности заемщика;
- составлением сложных к восприятию договоров банковского займа;
- дисбалансом полномочий кредитной организации по отношению к потребителям, заведомо находящимся в неравном положении;
- неограниченным перечнем комиссий, связанных с получением и обслуживанием займа;
- непринятием банками своевременных мер по взысканию просроченной задолженности;
- обращением взыскания на деньги, находящиеся на банковских счетах, и списание с них сумм в 100% размере;
- списанием основного долга, вознаграждения или пени по займам неплатежеспособных заемщиков.

Необходимо отметить, что в Казахстане банковское законодательство является сформированным и применяется более двадцати лет.

Закон Республики Казахстан от 31 августа 1995 года №2444 «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» (далее – Закон о банках) является базовым законом, регулирующим общественные отношения, которые связаны с созданием, осуществлением и прекращением деятельности банков второго уровня, а также закрепляющие особенности государственного регулирования, контроля и надзора в данной сфере.

По итогам правового мониторинга Закона о банках выработаны следующие предложения по совершенствованию действующего банковского законодательства Казахстана.

1. Договор займа и кредитный договор

В подпункте 1) пункта 1 статьи 6 Закона о банках предусмотрена запрещающая норма: ни одно лицо, не имеющее соответствующей лицензии уполномоченного органа, не имеет права выполнять банковские операции в качестве основной или дополнительной деятельности. Статья 30 рассматриваемого Закона относит к банковским операциям банковские заемные операции. При этом договор займа, определенный в Гражданском кодексе (далее - ГК), имеют права заключать любые лица независимо от наличия лицензии. Указанное, на первый взгляд, противоречие продиктовано целями защиты интересов заемщиков, исключения из данного рынка недобросовестных кредиторов. Однако полагаем, что договор банковского кредита носит специальный характер и отличается по условиям его заключения от договора займа: условие о субъекте, возможность отказа кредитором в заключение договора.

В этой связи полагаем необходимым включить в ГК нормы о кредитном договоре, которые будут носить специальный характер относительно положений по договору займу.

2. Банковская гарантия

Согласно пункту 1 статьи 329 ГК в силу гарантии гарант обязывается перед кредитором другого лица (должника) отвечать за исполнение обязательства этого лица полностью или частично солидарно с должником, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами.

Статья 336 ГК предусматривает **прекращение гарантии** с прекращением обеспеченного им обязательства, **по истечении срока, на который она дана, указанного в договоре гарантии.**

При этом с прекращением договора связано событие, носящее вероятностный характер (ввиду невозможности определения заранее срока фактического исполнения основного обязательства), в связи с чем в данном случае необходимо применение норм ГК, относящихся к действию договора, в котором сроки не указаны.

Такой нормой является статья 277 ГК, согласно которой при не указании в обязательстве срока его исполнения, а также условий определения такого срока предусмотрена необходимость исполнения обязательства в разумный срок после его возникновения.

Если же обязательство не исполнено в

[10] *Защита прав потребителей финансовых услуг на официальном интернет-ресурсе Национального Банка Республики Казахстан*

разумный срок или в момент востребования, предусмотрена обязанность должника по исполнению в семидневный срок со дня предъявления требования, за исключением случаев предусмотрения законодательством, условиями обязательства, обычаями делового оборота или существом обязательства другого срока.

Специальной нормой является пункт 4 статьи 336 ГК, согласно которому в случае неустановления в обязательстве срока гарантии и поручительства и непредъявления кредитором иска к гаранту или поручителю в течение 1 года со дня наступления срока исполнения обеспеченного гарантией или поручительством обязательства, такие гарантия и поручительство прекращаются. В случае неуказания или невозможности определения срока исполнения основного обязательства прекращение гарантии и поручительства предусматривается при непредъявлении кредитором иска к гаранту или поручителю в течение 2 лет со дня заключения договора гарантии или поручительства [3].

В соответствии с подпунктом 15) пункта 2 статьи 30 Закона о банках одной из банковских операций является выдача банками банковских гарантий, предусматривающих исполнение в денежной форме. Правилами выдачи банками второго уровня банковских гарантий и поручительств, утвержденными постановлением Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 28 апреля 2008 года №55 (далее - Правила), урегулирован порядок выдачи банками второго уровня банковских гарантий.

В Правилах предусмотрена обязательность наличия в договоре банковской гарантии условия о сроке, на который она выдана, либо обстоятельство, при наступлении которого прекращается обязательство банка, выдавшего банковскую гарантию или поручительство, если иное не установлено договором банковской гарантии или поручительства.

В правоприменительной практике гарантию, срок которой определяется событием, именуют бессрочной. В настоящее время выявляется проблема применения бессрочной гарантии, влияющей на состояние банковской системы. Банковские гарантии находят широкое применение, в то же время отсутствует проверка обеспеченности банковских гарантий, проверка банков, не предусмотрены условия выдачи банковских гарантий, влияющие на их надежность.

При выведении банковского сектора из экономического кризиса значительный вклад внесло государство.

Так, в 2008 году принят Закон «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О государственных закупках», согласно которому были предусмотрены ориентированность государственных закупок на казахстанских поставщиков, а также выведение государственных холдингов и национальных компаний из-под действия законодательства в сфере государственных закупок.

Данный фактор обусловил дальнейшее развитие банковской гарантии. Финансовая нестабильность и проблемы ликвидности привели к предпочтению предпринимателей работать с государственным аппаратом.

Вместе с тем такие изменения характеризуются не только преимуществами. На сегодняшний день банками согласно предпочтению их клиентов выдаются бессрочные гарантии, что, тем самым, приводит к значительному повышению их рисков. Часто возникают случаи не осуществления принципалом в срок услуг или поставки по вине самого бенефициара ввиду частого опоздания при поступлении денег из государственного бюджет, что, к примеру, приводит к невозможности клиента сдать объект в срок. В этой связи по требованию государственных органов в гарантиях сроки окончания не указываются [4].

В связи с вышеизложенным полагаем необходимым применять бессрочные банковские гарантии, что соответствует законодательству и обуславливается правоприменительной практикой.

Однако при изучении опыта Российской Федерации наблюдается преобладание императивного метода в регулирования банковских гарантий в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Так, согласно статье 45 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» установлена обязательность включения банков, предусматривающих выдачу банковских гарантий, в специальный перечень банков, которые должны:

1) иметь лицензию на осуществление банковских операций, выданную Центральным банком РФ, и осуществлять банковскую деятельность в течение не менее 5 лет;

2) иметь собственные средства (капитал) в размере не менее 1 млрд. рублей;

3) соблюдать обязательные нормативы, предусмотренные в Федеральном законе от 10.07.2002 г. «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)», на все отчетные даты в течение последних 6 месяцев;

4) не иметь требования от Центрального банка РФ по осуществлению мер, направленных на финансовое оздоровление банка.

Кроме того, указанный Федеральный закон закрепляет требования к самим банковским гарантиям. Так, банковские гарантии должны быть безотзывными и содержать следующие условия:

1) сумму, подлежащую уплате гарантом заказчику;

2) обязательства принципала;

3) обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1 % подлежащей уплате суммы за каждый день просрочки;

4) установления фактического поступления денежных сумм на счет, на котором учитываются операции со средствами, поступающими заказчику, в качестве исполнения обязательств гаранта;

5) срок действия такой гарантии;

6) отлагательное условие, предусматривающее заключение договора предоставления банковской гарантии по обязательствам принципала, возникшим из контракта при его заключении, в случае предоставления банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта;

7) перечень документов, которые должны быть заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты суммы по гарантии.

Таким образом, для защиты интересов кредитора в договоре гарантии, повышения доверия к банковским гарантиям, обеспечения устойчивости банковской системы следует предусмотреть требования к банкам по проведению банковской операции по выдаче банковской гарантии, а также к банковским гарантиям.

3. Коррупциогенный фактор

В статье 9 Закона о банках устанавливается запрет в отношении размещения банками рекламы не соответствующей действительности. Из содержания нормы следует, что уполномоченным органом осуществляется мониторинг рекламы размещаемой банками. Целью мониторинга является защита интересов физических и юридических лиц, которые обладают правом получать достоверную информацию касательно общих условий проведения банком операций. К примеру, указание на низкую ставку вознаграждения по займам, не соответствующую действительности, является рекламным ходом, привлекающим клиентов и способствующим получению банком прибыли, то есть банк заинтересован, чтобы в случае размещения недостоверной информации такая информация как можно дольше не опровергалась в СМИ. Иными словами действующая редакция нормы дает возможность должностному лицу, при наличии материальной или иной заинтересованности, воздержаться от направления требования банку о внесении изменений в рекламу, не соответствующую действительности, ее прекращении или публикации ее опровержения.

Между тем, представляется необходимым закрепить не право, а обязанность уполномоченного органа по требованию от банка внести изменения в рекламу, которая не соответствует действительности, либо ее прекратить или опубликовать ее опровержения.

4. Иные недостатки

1. В пункте 2 статьи 61-1 Закона о банках устанавливается исключение для исламских банков. Так, последние, в соответствии с указанным положением, не могут участвовать в системе гарантирования депозитов.

Между тем, полагаем, что государством должны быть созданы единые правовые основы, позволяющие восстановить нарушенные права всех вкладчиков без исключения, независимо от банка, и гарантирован возврат вкладов в равной степени.

Таким образом, рассматриваемая норма подлежит пересмотру.

2. Юридическая литература и законодательство неоднозначно толкует понятие банковской деятельности. Кроме того, отсутствует единый подход к нормативному регламентированию деятельности банков [5].

Действующее банковское законодательство Казахстана подвергалось многократному реформированию и изменениям, характеризуется динамичностью, вследствие чего на сегодняшний день оно нестабильно. Так, в статью 30 Закона о банках пятью разными законами были внесены изменения и дополнения, однако действующая редакция нормы все еще вызывает теоретические споры и дискуссии.

В первую очередь, это обусловлено сложностью банковского законодательства и использованием для анализа также норм ряда смежных отраслей, таких как теория государства и права, конституционное, административное, гражданское и финансовое право.

Представляется целесообразным рассматривать банки и банковскую деятельность в качестве актов применения права, направленных на закрепление, развитие и совершенствование банковской системы и призванных обеспечить благоприятные для нее условия. В нормативных актах и актах применения права отражаются наиболее специфические признаки, а также сильные и слабые стороны банковской системы, делается акцент на ее проблемы, что представля-

ется оправданным и обоснованным.

Предложения по развитию банковского законодательства Республики Казахстан

Потребительское кредитование

Потребительское кредитование – это одно из направлений деятельности кредитных организаций, развитие которого оказывает положительное влияние на экономику страны. При этом в закрепленных законодательством нормах по кредитованию не учитывается его специфика, а недостаточная четкость формулирования влечет различное их толкования и, соответственно, сложности в правоприменительной практике. Данное обстоятельство не соответствует современной тенденции постоянного роста объема кредитов, предоставляемых физическим лицам[11].

В Казахстане сфера потребительского кредитования не регулируется специальным нормативным правовым актом. Регулирование обеспечивается множеством НПА: Конституцией, ГК, Законом о банках, Законами «О микрофинансовых организациях», «О кредитных бюро и формировании кредитных историй в Республике Казахстан» и др. Следует отметить, что Закон РК «О защите прав потребителей» не распространяется на сферу финансовых услуг. Вопросы защиты в сфере финансовых услуг устанавливаются иными законами РК.

В соответствии с Законом РК «О государственном регулировании, контроле и надзоре финансового рынка и финансовых организаций» под финансовыми услугами понимается деятельность участников страхового рынка, рынка ценных бумаг, добровольного накопительного пенсионного фонда, банковская деятельность, деятельность организаций по проведению отдельных видов банковских операций, осуществляемые на основании лицензий, полученных в соответствии с законодательством РК, а также деятельность единого накопительного пенсионного фонда, центрального депозитария, единого регистратора и обществ взаимного страхования, не подлежащая лицензированию.

В законодательстве зарубежных стран правоотношения в сфере потребительского кредитования, как правило, регулируют специальные акты, учитывающие специфику этой сферы и содержащие нормы по защите прав и законных интересов всех субъектов указанных правоотношений.

Странами, где были приняты первые законодательные акты, посвященные потребительским кредитам, являются США (Закон «О защите потребительского кредита» 1968 г.), Великобритания (Закон «О потребительском кредите» 1974 г.), Франция (Потребительский кодекс Франции 1979 г.).

Так, Закон США «О защите потребительского кредита» характеризуется установлением справедливых правил по предоставлению займов, верхних пределов ставок, правил по продаже товаров в рассрочку и отсрочкой платежей, специальных оговорок в договоре. Данный закон также предусматривает судебную защиту кредиторов, конкретные обстоятельства возможности суда обратить взыскание, провести реализацию обеспечения, накладывать арест на имущество должника.

С 1987 года действует Директива Совета Европы №87/102/ЕЕС, принятая 22 декабря 1986 г., регламентирующая потребительское кредитование и на основе которой многие государства-члены ЕС сформировали соответствующие специальные законы либо поправки в действующее законодательство.

В 1975 году принята резолюция Совета Европы касательно предварительной программы ЕС по защите потребителей и информационной политики. Согласно данной резолюции защита интересов потребителя должна быть основана на принципах:

1) защиты приобретателя товаров и/или услуг от закрепления в договорах положений, которые могут ущемлять их права;

2) недопущения нанесения ущерба интересам потребителей в случае ненадлежащего качества оказываемых услуг;

3) недопустимости презентации и продвижения товаров и/или услуг, в том числе финансовых услуг, в форме, которая может ввести в заблуждение потенциальных потребителей.

В странах ЕС также введены в действие Директивы Европейского парламента и Совета Европы от 23 сентября 2002 года и 28 октября 2004 года касательно унификации законодательства государств-членов ЕС в сфере потребительского кредитования.

Следует отметить, что законодательство всех европейских стран о кредитовании представляет собой элемент общих законодательных норм, направленных на защиту прав потребителей, иначе говоря, в случае неурегулированности отдельных отношений специальным законом предусмотрено применение таких общих норм.

Между тем, по мнению европейских экспертов, рынок потребительских кредитов в регионе характеризуется национальными особенностями, определяемыми кредитной культурой в определенной стране.

[11] *http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1350959*



16 января 2008 года Европарламент принял Закон о потребительском кредитовании, в процессе разработки которого самой дискуссионным стал вопрос по досрочному погашению потребительских кредитов. В результате было утверждено право заемщика на погашение кредита в любой момент при оплате 1 процента оставшейся задолженности банку [6].

В России 21 декабря 2013 года был принят Федеральный закон «О потребительском кредите (займе)», который существенно поменял условия предоставления кредитов физическим лицам и ограничил банки и МФО в использовании сомнительных схем кредитования.

Федеральным законом было введено новое понятие полной стоимости кредита (ПСК). Такую стоимость высчитывают в соответствии со специальной формулой в расчете на год. При этом не допускается превышение ПСК среднерыночного значения более чем на треть. Такое среднерыночное значение будет ежеквартально рассчитываться ЦБ РФ на основании сведений топ-100 банков РФ. Эта мера должна стандартизировать процесс формирования процентных ставок на рынке.

В целях правильного и четкого определения ПСК закон разделяет кредиты на категории (в зависимости от их назначения).

Также законом не допускается закрепление в договорах напечатанных мелким шрифтом или не прописанных в соглашении индивидуальных условий, предусматривается установление стандартных форм договоров с едиными условиями кредитования.

Кроме того, в законе закреплен минимальный пятидневный срок на принятие заемщиком решения о предлагаемом кредите, а также предоставлено заемщику право досрочного возврата кредита без уведомления кредитора в течение четырнадцати календарных дней после его получения с выплатой процентов только за фактическое использование кредита. При этом на возврат целевых кредитов предоставляется тридцать дней.

Далее, закон закрепляет обязанность кредитора по предоставлению заемщику потребительского кредита на условиях аналогичных условиям при самостоятельном страховании заемщиком его жизни, здоровья или потери работы. Таким образом, для заемщика предусматривается право страхования рисков без использования банковских страховых продуктов, навязываемых дискриминирующими условиями.[12]

На основе вышеизложенного, полагаем необходимым принятие в Казахстане отдельного закона о потребительском кредитовании, предусматривающего обеспечение надлежащей защиты экономических интересов заемщика как уязвимой стороны договора потребительского кредитования.

О кодификации банковского законодательства Республики Казахстан

Полагаем необходимым кодифицировать банковское законодательство РК и принять отдельный Банковский кодекс.

Как известно, кодификация законодательства представляет собой коренную переработку действующих НПА в определенной области, предполагающую их упорядочение, обеспечение их согласованности, расчистку пласта НПА и его освобождение от устаревших и неэффективных норм [7].

Д.К. Абжановым в научной статье «О кодификации банковского законодательства Республики Казахстан и необходимости принятия банковского кодекса» подробно указываются объективные предпосылки кодификации банковского законодательства, основными из которых являются [8]:

1) представление банковского законодательства обширной нормативно-правовой базой, регулирующей широкий диапазон банковских правоотношений: от институциональных и контрольно-надзорных отношений до частноправовых;

2) необходимость четкого разграничения правового регламентирования банковских отношений между ГК и специальным законодательным актом о банковской деятельности, а также между этим специальным актом и Кодексом об административных правонарушениях.

Так, в Банковском кодексе представляется возможным установить такое разграничение путем регламентации вопросов банков-

[12] *http://itar-tass.com/ekonomika/1289493*

ско-правовой ответственности.

Кроме того, необходимо четко определить соотношение банковского и налогового законодательства в части осуществления платежей и переводов средств, разграничения банковских операций и банковских сделок;

3) необходимость упорядочить новые институты, правовые механизмы и категории и определить их место в системе банковского законодательства.

Справочно:

Анализ зарубежного опыт свидетельствует о наличии в некоторых странах банковских кодексов (например, в Республике Беларусь (2000), Великобритании (где он, по сути, является кодексом этики банковской деятельности) и др.).

В РФ неоднократно поднимался вопрос о разработке Банковского кодекса, однако на сегодняшний день данный проект все еще не принят.

Полагаем, что принятие Банковского кодекса положительно повлияет на правовое регулирование банковских отношений, в частности:

1) обеспечит четкое упорядочение и структурирование огромного пласта НПА, составляющих банковское законодательство;

2) предоставит возможность перевода максимального количества НПА из уровня подзаконных НПА на уровень закона, что поспособствует стабильности банковского законодательства и снижению одностороннего или неоднозначного толкования его норм;

3) упростит для участников (субъектов) банковских правоотношений весь правоприменительный процесс.

ЛИТЕРАТУРА

1. Гражданско-правовое регулирование банковской деятельности. Учебное пособие / Под. ред. проф. Е.А. Суханова. – М.: ЮрИнфо, 1994.

2. Викулин А.Ю. Системообразующие понятия банковского законодательства Российской Федерации и их роль в деятельности кредитных организаций (финансово-правовой аспект). Дисс. .. канд. юр. наук. М., 1997.

3. Диденко А. Гарантия – как способ обеспечения исполнения контрактов//http://online.prg.kz

4. Серикбаева Ж.Д. Развитие банковской гарантии на фоне финансовой нестабильности банковской системы. Международная академия бизнеса Казахстан, Алматы.

5. Жусупов А.Д. Теоретические вопросы совершенствования финансового законодательства в Республике Казахстан // Вестник КарГУ. 2006.

6. Даниленко С.А., Комиссарова М.В. Банковское потребительское кредитование: учебно-практическое пособие. 2013. – 531 с.

7. Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Проблемы теории государства и права: Учебник. - М.: Изд-во «Эксмо», 2005. - С. 482.

8. Абжанов Д.К. О кодификации банковского законодательства Республики Казахстан и необходимости принятия банковского кодекса // Журнал ЮРИСТ. № 11, 2008.

REFERENCES

1. Grazhdansko-pravovoe regulirovanie bankovskoj deyatel’nosti. Uchebnoe posobie / Pod. red. prof. E.A. Suhanova. – M.: YUrInfoR, 1994. - 345.

2. Vikulin A.YU. Sistemoobrazuyushchie ponyatiya bankovskogo zakonodatel’stva Rossijskoj Federacii i ih rol’ v deyatel’nosti kreditnyh organizacij (finansovo-pravovoj aspekt). Diss. .. kand. yur. nauk. M., 1997.

3. Didenko A. Garantiya – kak sposob obespecheniya ispolneniya kontraktov//http://online.prg.kz

4. Serikbaeva ZH.D. Razvitie bankovskoj garantii na fone finansovoj nestabil’nosti bankovskoj sistemy.

5. ZHusupov A.D. Teoreticheskie voprosy sovershenstvovaniya finansovogo zakonodatel’stva v Respublike Kazahstan // Vestnik KarGU. 2006.

6. S.A. Danilenko, M.V. Komissarova. Bankovskoe potrebitel’skoe kreditovanie: uchebno-prakticheskoe posobie. 2013. – 531 s.

7. Golovistikova A.N., Dmitriev YU.A. Problemy teorii gosudarstva i prava: Uchebnik. - M.: Izd-vo «EHksmo», 2005. - S. 482.

8. Abzhanov D.K. O kodifikacii bankovskogo zakonodatel’stva Respubliki Kazahstan i neobhodimosti prinyatiya bankovskogo kodeksa // ZHurnal YURIST № 11, 2008.

УДК 343

ЕСІРТКІ АЙНАЛЫМЫ САЛАСЫНДАҒЫ МЕМЛЕКЕТТІК САЯСАТТЫҢ ПРОБЛЕМАЛЫҚ АСПЕКТІЛЕРІНЕ (ЗАҢНАМАНЫҢ МОНИТОРИНГІ)

Алмас Қанатұлы Қанатов
Қазақстан Республикасы Заңнама институтының
Құқықтық мониторинг орталығының жетекші ғылыми қызметкері,
з.ғ.к., Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: kahatov_76@mail.ru

Ерлан Кадіржанұлы Ахметов
Қазақстан Республикасы Заңнама институтының
Құқықтық мониторинг орталығының ғылыми қызметкері, құқық магистрі,
Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: e.akhmetov@adilet.gov.kz

Түйін сөздер: *есірткі заттар; психотроптық заттар; Қазақстан Республикасында бақылау жасалуға жататын Есірткі; психотроптық заттар мен прекурсорлар тізімі; қызметті жүзеге асыру туралы шарттар; есірткі, психотроптық заттардың, сол тектестер мен прекурсорлардың заңсыз айналымы; нашақорлық.*

Аннотация. *Осы мақалада 1998 жылы кабылданған және жекелеген ережелері қазіргі уақытта ескі заңды күшіне ие екені ескертілуі тиіс, Қазақстан Республикасы «Есірткі, психотроптық заттар, сол тектестер мен прекурсорлар және олардың заңсыз айналымы мен теріс пайдаланылуына қарсы іс-қимыл шаралары туралы» Заңына пәнді толық талдау (мониторинг) беріледі.*

Қолданыстағы халықаралық және ұлттық заңнаманың, заңи және арнайы әдебиеттің, есірткі аясындағы мемлекеттік саясат саласындағы құқық қолдану тәжірибесінің көп мөлшерін қабылдаудың нәтижелілігі үшін, талдау материал шартты түрде үш бөлімге бөлінеді: 1. Зерттелетін саладағы Қазақстан территориясында қалыптасқан заңнаманың талдауы; 2. Қолданыстағы ҚР «Есірткі, психотроптық заттар, сол тектестер мен прекурсорлар және олардың заңсыз айналымы мен теріс пайдаланылуына қарсы іс-қимыл шаралары туралы» Заңының жекелеген кемшіліктері; 3. Ұлттық заңнаманы жетілдіру бойынша ұсынымдар.

К ПРОБЛЕМНЫМ АСПЕКТАМ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ ОБОРОТА НАРКОТИКОВ (МОНИТОРИНГ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА)

Канатов Алмас Канатович
Ведущий научный сотрудник Центра правового мониторинга
Института законодательства Республики Казахстан,
к.ю.н., г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: kahatov_76@mail.ru.

Ахметов Ерлан Кадиржанович
Научный сотрудник Центра правового мониторинга
Института законодательства Республики Казахстан, магистр права,
г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: e.akhmetov@adilet.gov.kz.

Ключевые слова: *наркотические средства; психотропные вещества; список наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, подлежащих контролю в Республике Казахстан; незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров; токсикомания.*

Аннотация. *В данной статье предметно дается детальный анализ (мониторинг) Закона Республики Казахстан «О наркотических средствах, психотропных веществах, их аналогах и прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими», который был принят еще в 1998 году и, надо отметить, отдельные положения которого, в настоящее время, имеют архаичную юридическую природу.*

Для результативности восприятия большого пласта действующего международного и национального законодательства, юридической и специальной литературы, правоприменительной практики в области государственной политики в наркосфере, аналитический материал условно будет разделен на три части: 1. Анализ сложившегося на территории

Казахстана законодательства в исследуемой области; 2. Отдельные недостатки действующего Закона РК «О наркотических средствах, психотропных веществах, их аналогах и прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими»; 3. Рекомендации по совершенствованию национального законодательства.

PROBLEMATIC ASPECTS OF THE STATE POLICY IN THE SCOPE OF DRUG TRAFFICKING (MONITORING OF LEGISLATION)

Kanatov Almas Kanatovich
Leading researcher at the Center for legal monitoring of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, Candidate of Juridical Sciences, Astana, the Republic of Kazakhstan; e-mail: kahatov_76@mail.ru.

Akhmetov Erlan Kadirzhanovich
Researcher at the Center for legal monitoring of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, master of law, Astana, the Republic of Kazakhstan; e-mail: e.akhmetov@adilet.gov.kz.

Keywords: *drugs, psychotropic substances, list of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors subject to control in the Republic of Kazakhstan, illegal turnover of narcotic drugs, psychotropic substances, their analogs and precursors, drug addiction.*

Abstract. *In this article, given detailed analysis (monitoring) of the Law of the Republic of Kazakhstan «On Narcotic Drugs, Psychotropic Substances, their analogues and precursors and counter measures of their illegal turnover and their abuse» is given in detail, which was adopted 1998 and, which, at present, have an archaic legal nature.*

For the effectiveness of the perception of a large stratum of existing international and national legislation, legal and specialized literature, law enforcement practices in the field of state policy of narcotic drugs, the analytical material will be conditionally divided into three parts: 1. Analysis of the legislation in the territory of Kazakhstan in the research area; 2. Certain limitations of the current Law of the Republic of Kazakhstan «On Narcotic Drugs, Psychotropic Substances, their analogues and precursors and counter measures of their illegal turnover and their abuse»; 3. Recommendations for improving national legislation.

Қазақстанның 2050 жылға дейінгі даму стратегиясында халықтың денсаулығы жүйенің бар болуын және оның жұмыс істеуін қамтамасыз ететін маңызды игіліктерінің бірі деп атап өтілген. «Есірткі, психотроптық заттар, сол тектестер мен прекурсорлар және олардың заңсыз айналымы мен теріс пайдаланылуына қарсы іс-қимыл шаралары туралы» Қазақстан Республикасының Заңы наркологиялық жәрдем берудің және халық денсаулығын, қоғамдық және мемлекеттік қауіпсіздігін қорғаудың кепілі болып табылады. Осы заңнамалық акт мемлекеттің есірткі саясатындағы және одан туындайтын сабақтас оқиғалар мен үдерістердің қатынасын айқындайды.

Бұл зерттеуде жоғарыда көрсетілген, 1998 жылы қабылданған және бүгінгі таңда ескірген заңи сипатқа ие жекелеген ережелері бар Заңның толық талдауы (мониторингі) көрсетілген.

Қолданыстағы халықаралық және ұлттық заңнаманың, заңды және арнайы әдебиеттің, мемлекеттің есірткі саласындағы саясатының құқық қолдану практикасының кең ауқымын нәтижелі қабылдау үшін талдамалы материал шартты түрде үшке бөлінді: 1. Зерттеліп отырған саладағы Қазақстан территориясында қалыптасқан заңнаманы талдау. 2. Қолданыстағы «Есірткі, психотроптық заттар, сол тектестер мен прекурсорлар және олардың заңсыз айналымы мен теріс пайдаланылуына қарсы іс-қимыл шаралары туралы» Қазақстан Республикасы Заңының жекелеген кемшіліктері. 3. Ұлттық заңнаманы жетілдіру жөніндегі ұсынымдар.

Сонымен.

1. Зерттеліп отырған саладағы Қазақстан территориясында қалыптасқан заңнаманың талдауы келесіні көрсетті.

ҚР Президентінің 2009 жылғы 24 тамыздағы № 858 жарлығымен Қазақстан Республикасының 2010 жылдан 2020 жылға дейінгі кезеңге арналған құқықтық саясат тұжырымдамасы бекітілді, ол, өз кезегінде ҚР Конституциясының 1-бабының 40-тармағымен ұштасады. Тұжырымдамада ұлттық қауіпсіздікті қамтамасыз етуге, оның ішінде терроризмнің, нәсілдік және діни экстремизмнің таралуын, заңсыз көші-қонның, **нашақорлық пен есірткі бизнесінің**, адам саудасының, компьютерлік қылмыстардың, атыс қаруын заңсыз жасау мен оның айналымының,

сыбайлас жемқорлық сипаттағы, сондай-ақ ақша жылыстату саласына жататын халықаралық қылмыстардың алдын алуға және болдырмауға бағытталған құқықтық нормаларды уақтылы енгізу және дұрыс қолдану жөніндегі жалғастыру құқық қорғау және сот жүйелерін, құқық қорғау институттарын дамытудың негізгі бағыттардың бірі болып табылады. Сонымен қатар, бас бостандығынан айырылғандарды қоғамдық пайдалы еңбекке және/немесе оқытуға, әлеуметке қосу, оның ішінде есірткіге қарсы, алкогольге қарсы мазмұндағы әлеуметтік бағдарламаларға тарту арқылы не әлеуметтік белсенді қызметтің өзге түрлерімен жұмыспен қамту проблемаларын шешу өзекті болып табылады[1].

Қазақстан Республикасы Президентінің 2010 жылғы 1 ақпандағы № 922 Жарлығымен бекітілген Қазақстан Республикасының 2020 жылға дейінгі Стратегиялық даму жоспарында халықаралық терроризмге, діни экстремизмге, халықаралық есірткі бизнесіне және заңсыз көші-қонға қарсы күрес саласындағы ынтымақтастыққа ерекше назар аударылатын, орта мерзімді перспективаның компоненттері болып табылатын есірткі бизнесіне және нашақорлыққа қарсы күрес Қазақстан Республикасының даму жоспарының басым бағыты болып айқындалды.

Қазақстан Республикасы Президентінің 2016 жылғы 8 желтоқсандағы № 387 Жарлығымен Қазақстан Республикасындағы бас бостандығынан айыру орындарынан босатылған және пробация қызметінде есепте тұрған азаматтарды әлеуметтік оңалтудың 2017-2019 жылдарға арналған кешенді стратегиясы бекітілді. Осы Жарлық **«Ұлт Жоспары – 100 нақты қадамының»** 33-ші қадамын іске асыру мақсатында әзірленді. Кешенді стратегияның мақсаты – бас бостандығынан айыру орындарынан босатылған және пробация қызметінде есепте тұрған адамдарды кешенді әлеуметке қосудың ұлттық жүйесін құру, оны тиімді іске асыру үшін қайталап қылмыс жасау деңгейін азайтуға ықпал ететін жағдайлар жасау болып табылады[2].

Атап айтқанда, бас бостандығынан айыру орындарынан босатылған және пробация қызметінде есепте тұрған адамдарды әлеуметке қосудың процесін жақсарту үшін жағдайларды жасау кезінде қылмыстық-атқару жүйесі мекемелерінен босатылатын науқастарды, әлеуметтік мәні бар немесе өзге де ауыр сырқаттармен (маскүнемдік, **нашақорлық**, туберкулез, қант диабеті, онкологиялық аурулар, АИТВ-жұқпасы, мүгедектігі) ауыратындарды емдеу сабақтастығының тетігін әзірлеу ұсынылады.

Азаматтардың денсаулық сақтау бойынша конституциялық құқығын іске асыру мақсатында денсаулық сақтау саласындағы қоғамдық қатынастарды реттейтін мәселелер «Халық денсаулығы және денсаулық сақтау жүйесі туралы» 2009 жылғы 18 қыркүйектегі №193-IV Қазақстан Республикасының Кодексінде регламенттелген. Кодексте дәрілік заттардың, медициналық мақсаттағы бұйымдардың және медициналық техниканың айналысы саласындағы, сондай-ақ денсаулық сақтау саласындағы есірткі, психотроптық заттар мен прекурсорлар айналымына мемлекеттік бақылауды жүзеге асыру; сот-наркологиялық сараптама жүргізу; медициналық және фармацевтикалық қызметпен айналысу, сондай-ақ денсаулық сақтау саласындағы есірткі, психотроптық заттар мен прекурсорлардың айналымына байланысты қызмет түрлері бойынша Қазақстан Республикасының рұқсаттар және хабарламалар туралы заңнамасының сақталуын бақылауды жүзеге асыру; рецепт бойынша босатылатын, оның ішінде құрамында есірткі, психотроптық заттар мен прекурсорлар бар дәрілік заттардың жарнамасын жасау; маскүнемдікпен, нашақорлықпен және уытқұмарлықпен ауыратын науқастарға медициналық-әлеуметтік көмек көрсету тетіктері нақты белгілендігін атап өткен жөн[3].

Есірткімен заңсыз жұмыс істеу үшін әкімшілік және қылмыстық жауаптылық мәселелері ӘҚБтК және ҚР ҚК-де бекітілген.

Осылайша, талдап отырған Заң жалпы алғанда мемлекеттің стратегиялық мақсаттарына және аралас салалық заңнаманың нысаналы ережелеріне сәйкес келетінін айтуға болады.

Халықаралық құқықтық аланға келетін болсақ, Қазақстан Республикасы бірқатар

---

[1] *«Қазақстан Республикасының 2010 жылдан 2020 жылға дейінгі кезеңге арналған құқықтық саясат тұжырымдамасы туралы» Қазақстан Республикасы Президентінің 2009 жылғы 24 тамыздағы № 858 Жарлығы*

[2] *«Қазақстан Республикасындағы бас бостандығынан айыру орындарынан босатылған және пробация қызметінде есепте тұрған азаматтарды әлеуметтік оңалтудың 2017-2019 жылдарға арналған кешенді стратегиясын бекіту туралы» Қазақстан Республикасы Президентінің 2016 жылғы 8 желтоқсандағы №387 Жарлығы*

[3] *«Халық денсаулығы және денсаулық сақтау жүйесі туралы» 2009 жылғы 18 қыркүйектегі №193-IV Қазақстан Республикасының Кодексі*

Конвенцияларға қосылып, мыналарды:

- Қазақстан Республикасының 1998 жылғы 1 шілдедегі № 257 Заңымен Есірткі құралдары туралы 1961 жылғы бірыңғай конвенцияға 1972 жылғы Түзетулер жөніндегі хаттамаға сәйкес оған енгізілген түзетулермен бірге, есірткі құралдары туралы 1961 жылғы бірыңғай конвенцияны.

- Қазақстан Республикасының 1998 жылғы 29 маусымдағы № 249 Заңымен 1971 жылғы Психотроптық заттар туралы конвенцияны.

- Қазақстан Республикасының 1998 жылғы 29 шілдедегі № 246 Заңымен 1988 жылғы Есірткі құралдары мен психотроптық заттардың заңсыз айналымына қарсы күрес туралы Біріккен Ұлттар Ұйымының конвенциясын ратификациялады.

Осылайша, қосылу және ратификациялау рәсімдерін жүзеге асыра отырып, Қазақстан Республикасы өзі үшін осы аталған 1961, 1971, 1988 жылдардағы Конвенциялардың міндеттілігіне келісім берді және осы саласындағы ұлттық және халықаралық заңнамалар арасында қайшылықтар туындаған жағдайда Конвенциялардың (жоғарыда көрсетілген) нормалары басымды құқыққа ие болады (халықаралық құқықтың басымдылығы).

Заңнаманың ескірген нормаларына келетін болсақ, қазіргі таңда заңнамалық актілердің электрондық каталогын енгізуге байланысты ескірген заңдар автоматты түрде жойылады. Демек, заңда ескірген нормалардың болуы «автоматикамен» азайтылады.

Сонымен қатар, 5-баптың 24-тармақшасында «осы Заңда, Қазақстан Республикасының өзге де заңдарында, Қазақстан Республикасы Президентінің және Қазақстан Республикасы Үкіметінің актілерінде көзделген өзге де өкілеттіктерді»[4] ескі заңды құрылымы бар сөйлем қолданылған, осыған байланысты «Қазақстан Республикасы заңдарымен, сондай-ақ Қазақстан Республикасы Президентінің актілерімен жүктелген өзге өкілеттіктерді жүзеге асыру» жаңа тұжырымды қолданған абзал.

2. Норма шығармашылықтың заңнаманы жүйеге келтірудің, оны бұдан әрі заңнама салалары аясында шоғырландырудың, сондай-ақ заңнамада бар ескірген және қайталанатын нормаларды жоюдың, құқықтық реттеудегі олқылықтарды жоюдың, қолданыстағы құқықтың ішкі қайшылықтарды жоюдың тиімді құралдырынң бірі ретінде **заңдарда бар сілтеме жасайтын нормаларды барынша азайту** және сәйкесінше олар бойынша Конституцияға сәйкес заңнамалық актілердің қабылдануы мүмкін **мәселелер шеңберінде тікелей қолданылатын заңдарды қабылдау практикасын кеңею** болып табылады.

«Есірткі, психотроптық заттар, сол тектестер мен прекурсорлар және олардың заңсыз айналымы мен теріс пайдаланылуына қарсы іс-қимыл шаралары туралы» Қазақстан Республикасының Заңында бланкетті (сілтеме жасайтын) нормалар жеткілікті екенін атап өткен жөн. Біздің ойымызша соңғылардың пайда болуы нәтижесінде сыбайлас жемқорлық құқық бұзушылықтар, адам құқықтары мен бостандықтарына және азаматтардың, ұйымдардың заңды мүдделеріне нұқсан келтіру орын алады.

Бәрімізге мәлім болғандай, «Ібіліс егжей-тегжейде жасырын тұрады». Отандық заң шығарушы БҰҰ қолайлы деп санайтын минималды шарттар сақталуының «кінәмшіл талаптарын» айтарлықтай іскерлікпен жасырды. Егжей-тегжейі заңға тәуелді актілердегі бланкеттік, сілтемелік түсіндіру институты (бұрын айтылған) арқылы анықталды.

Сөз Зерттелетін Заңның курсивпен белгіленген нормалары туралы болып отыр:

1-бап. Негізгі ұғымдар

Осы Заңда келесі негізгі түсініктер қолданылады:

5) есірткі, психотроптық заттармен және прекурсорлармен қамтамасыз ету нормативі (бұдан әрі - қамтамасыз ету нормативі) - Қазақстан Республикасының заңнамасына сәйкес Қазақстан Республикасының аумағында сату үшін заңды тұлғаларға рұқсат етілген белгілі бір есірткі, психотроптық заттар мен прекурсорлар саны;

10) есірткі, психотроптық заттардың, сол тектестер мен прекурсорлардың заңсыз айналымы - Қазақстан Республикасының заңнамасын бұза отырып жүзеге асырылатын есірткі, психотроптық заттар, сол тектестер мен прекурсорлар айналымы;

15) есірткі, психотроптық заттар мен прекурсорларды тұтыну нормативі (бұдан әрі - тұтыну нормативі) - нақты заңды тұлғалардың тұтынуы үшін қажетті, есірткі, психотроптық заттар мен прекурсорлар айналымы саласындағы уәкілетті мемлекеттік органға Қазақстан Республикасының заңнамасына сәйкес мәлімделген белгілі бір есірткі, психотроптық заттар мен прекурсорлар саны;

20) Қазақстан Республикасында бақылау жасалуға жататын Есірткі, психотроптық заттар мен прекурсорлар тізімі (бұдан былай - Тізім) - халықаралық Конвенциялар

[4] *http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z980000279*

негізінде нөмірленген және тиісті кестелер мен тізімге біріктірілген, Қазақстан Республикасында бақылау жасалуға жататын есірткі, психотроптық заттар мен прекурсорлардың тізбесі (1-қосымша);

21) құрамында есірткі заттары бар өсімдіктерді өсіру - апиын көкнәрі мен сораны (каннабисті), халықаралық Конвенцияларға сәйкес Қазақстан Республикасында бақылау жасалуға жататын Есірткі, психотроптық заттар мен прекурсорлар тізіміне енгізілген, құрамында есірткі бар басқа да өсімдіктерді егу және өсіру;

22) құрамында есірткі, психотроптық заттар бар өсімдіктерді жинау - халықаралық Конвенцияларға сәйкес Тізімге енгізілген, құрамында есірткі бар жабайы өсетін немесе егілетін өсімдіктерді жинау;

34) уәкілетті органдар - Қазақстан Республикасының заңнамасына сәйкес, өздеріне берілген құзырет шегінде есірткі, психотроптық заттар, сол тектестер мен прекурсорлар айналымына мемлекеттік бақылауды жүзеге асыратын мемлекеттік органдар;

35) уытқұмарлық – есірткі, психотроптық заттардың, сол тектестердің әсеріне ұқсас психикаға белсенді әсер туғызатын және Қазақстан Республикасының республикалық заңнамалық актілері мен халықаралық конвенциялардың тізімдеріне енбейтін дәрілік препараттар мен табиғаты әртүрлі дәрілік емес заттарды шектен тыс пайдалану.

Мына:

- 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38-баптар да ұқсас құқықтық табиғатты қамтиды.

Негізгі қорытындыда осындай бланкеттік нормалардың **ӘДІСНАМАЛЫҚ** қоғамдық қауіптілігі кейін «немқұрайлы» қабылданған Заңның негізінде қабылданатын нұсқаулы нормалар «нормативті құқықтық актінің» мағынасы мен мазмұнын бұрмалап, тиісінше, **АТҚАРУШЫ БИЛІК ОРГАНДАРЫ ӨЗІНІҢ ФУНКЦИЯСЫНДА ЗАҢНАМАЛЫҚ БИЛІКТІ АЛМАСТЫРАТЫНЫ** көзделеді. Бұл, өз кезегінде, сыбайлас жемқорлық тәуекелдерін арттырады және әдеттегідей азаматтардың сенім деңгейін соттық-құқықтық реформаға ғана емес, сол сияқты заңнамаға да төмендетеді. Біздің жағдайымызда «Есірткі, психотроптық заттар, сол тектестер мен прекурсорлар және олардың заңсыз айналымы мен теріс пайдаланылуына қарсы іс-қимыл шаралары туралы» Қазақстан Республикасының Заңында зерттеліп отырған саладағы жалпы жұрт танығаң заманауи ойлау жетістіктері толық емес көрсетілген.

Ұсыным ретінде курсивпен белгіленген сілтемелі-бланкетті нормаларды жаңартылған және БҰҰ-ның бүкіл Конвенцияларында (жоғарыда айтылған) қолданылатын заманауи халықаралық-құқықтық терминология арқылы айқындау қажет немесе сілтеме жасайтын нормаларды анықтау процесін автоматтандыру арқылы заңға тәуелді нормативтік құқықтық актілерге қолданыстағы құқық жағынан анағұрлым қанағаттанарлық негізгі ұйымдастырушылық-құқықтық элементтерді енгізе отырып, оларды өзектендіру қажет.

3. Есірткіні халықаралық және ұлттық бақылау жүйесі жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттар нарығының екпіндей дамуына дер қоюмен алғаш рет қиындыққа тап болды. Оларға нақты құқықтық мәртебесі бекітілмеуінен бақылау шараларын белгілеу кезінде елеулі проблемалар туындайды, сондай-ақ бұндай заттардың айналымда шексіз мөлшерде және кедергісіз жүруіне алғышарттар қалыптастырылады [1].

Жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттар – бұрын белгісіз болған химиялық әдіспен алынған, синтетикалық каннабиноидтар түрінде болатын есірткілік немесе психикаға белсенді әсер ету қасиеттеріне ие, қандай да бір табиғи есірткі заттың ерекшелігі бар, бірақ одан химиялық құрылыс бойынша өзгешеленетін субстанция.

Бұндай препараттардың тез таралуы жиі шынайы құрамын жасыратын интернет-магазиндер мен сайттардың басқыншылық жарнама саясатына, сондай-ақ адамның жүйке жүйесіне және жалпы алғанда адам ағзасына теріс және құртатын әсер тигізе отырып, осы құрамалардың тыйым салынған заттардың психикаға белсенді әсер ететін ерекшеліктерін қайталайтын немесе кейбір кездерде олардан асатын ерекшеліктердің бар болуына байланысты болады.

Жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттармен қарсы күрестің өзектілігін Біріккен Ұлттар Ұйымының есірткі және қылмыстылық жөніндегі Басқармасы атап өтеді. Мсәелен, 2013 жыл бойынша Есірткі туралы дүниежүзілік баяндамада «ресми» және «дизайнерлік» есірткілер ретінде сатылатын жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттар теңдесі жоқ жылдамдықпен таралып, қоғамдық денсаулық сақтауға және қауіпсіздікке күтпеген проблемаларды тудырады деп көрсетілген.

Есірткіні және нашақорлықты Еуропалық мониторингтеу орталығының деректері бойынша 2000 жылдан бастап 2005 жылға дейінгі кезеңде жыл сайын жаңа синтетикалық психикаға белсенді әсер ететін заттардың анықталуы туралы хабар-

лама орта есеппен бес рет келген болатын. 2013 жылы бұл көрсеткіш 81-ге дейін өсті, ал 2014 жылы – 100-ден асты.

Химиялық құрылымын өзерте отырып, психикаға белсенді әсер ететін заттардың жаңа түрлерін жасау мүмкіндіктері шексіз көптігі нормативтік бекіту рәсімінің ұзақтығына байланысты оларды уақтылы халықаралық бақылауға алуды қиындатады.

Бұл проблеманың өткірлігін ескере отырып, осы мәселелер 2016 жылдың сәуірінде әлемдік есірткі проблемасына арналған БҰҰ Бас Ассамблеясының арнаулы сессиясында қарастырылған.

Жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттардың таралуы Қазақстан Республикасындағы есірткі ахуалына да теріс әсер ететін маңызды факторлардың бірі болып табылады.

Қазақстан территориясында синтетикалық каннабиноидтардың таралуын болдырмау шараларын қабылдау мақсатында 2010 жылы көрсетілген заттардың айналымына тыйым салынды.

Осылайша, 2011 жылы «Есірткі, психотроптық заттар, сол тектестер мен прекурсорлар және олардың заңсыз айналымы мен теріс пайдаланылуына қарсы іс-қимыл шаралары туралы» Заңға (бұдан әрі – Заң) Есірткі және психотропты заттардың тізіміне 27 синтетикалық каннабиноидпен толықтыруды көздейтін өзгерістер енгізілді.

Қабылданған шаралар белгілі бір уақытқа Қазақстанда синтетикалық каннабиноидты және басқа жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттардың таралуына жол бермей, алдын алу әсеріне жетуге мүмкіндік берді.

Сонымен қатар, қабылданған шараларға қарамастан, жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттардың таралуы ары қарай өз дамуын тапты. Бұл ретте есірткі өндірушілер молекулярлық құрамды түрлендіру арқылы белгілі есірткілердің базалық формулаларына негізделе отырып, жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттардың синтезіне бас бұрған.

Қазақстан аумағында жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттар таралуының үрдісі ескеріле отырып, есірткі, психотроптық зат тектестердің айналымы үшін жауаптылық енгізілді [2].

Бұл ретте «тектес» ұғымы Заңда көзделген Есірткі мен психотроптық заттар тізіміне енбеген, заңсыз айналымдағы кез келген психикаға белсенді әсер ететін заттарды қамтитыны көзделген болатын.

Заңсыз айналымда пайда болатын барлық жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттар есірткі, психотроптық зат тектестерге жатқызылған болып көрінеді.

Бұл жаңашылдықтардың ерекшелігі – нақты, толық және заңнамалық актімен бекітілген есірткі, психотроптық зат тектестер тізімінің болмауында. Бұл ретте, сол немесе басқа белгісіз затты есірткі, психотроптық зат текстерге жатқызу туралы шешім сот-сараптамалық зерттеуге





негізделген.

Дегенмен, тектестің химиялық формуласын анықтауымен қатар белгілі есірткі және психотроптық заттармен ұқсастығын, олардың нашақорлық қасиетін анықтау қажеттілігіне байланысты бұндай сараптамаларды жүргізу үшін қиындық туындады.

Сонымен қатар, 2015 жылы ішінде республика аумағында құқық қорғау органдары бірнеше рет бекітілген Есірткі және психотроптық заттар тізіміне енбейтін, сол сияқты сол тектестер болып табылмайтын жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттары тәркіленді.

Бұл кінәлі адамдарды жауаптылыққа тартудың тергеу және сот перспективаларының мүмкіндігін жоққа шығарды.

Осылайша, 2015 жылдың қаңтарында Батыс Қазақстан облысында құрамында AB-PINACA-CHM синтетикалық каннабиноиды бар, салмағы 11 грамм, бекітілген Есірткі және психотроптық заттар тізіміне кірмейтін зат тәркіленді.

2015 жылдың мамырында Алматы қаласында салмағы 7 грамм, Жиынтық кестеге кірмейтін, пировалерон психотроптық заттың тектесі - α-пирролидиновалерофенон тәркіленді. 2016 жылы дәл осындай 7 факт тіркелген. Осылайша, қаңтарда Павлодар қаласында жедел іс-шаралар барысында салмағы 0,28 грамм, пировалерон психотроптық заттың тектесі болып табылатын пирролидиновалерофенон затын Интернет жүйесі арқылы сату фактісінің жолы кесілді[5].

Мәселен, есірткі бизнесінің және оған байланысты трансұлттық ұйымдасқан есірткі қылмысының жаңа толқындары мен қауіптері жағдайында жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттардың таралуы ең қауіпті үрдіс болып шықты. Қазақстан Республикасында есірткіні мемлекеттік бақылауды қамтамасыз етуге бағытталған әдістер ахуалдың даму қаупіне жеткілікті деңгейге сәйкес келмейді [3].

Елде жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттардың үнемі пайда болуы мен таралуын болдырмайтын қажетті алдын алу тетігінің жоқтығын мойындаған жөн.

Жаңа заттарды есірткі және психотроптық зат тектеске жатқызу тәртібі мен тетігін реттеу үшін:

1) Үкіметке жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттардың тізімін жасау мен бекіту бойынша өкілеттіктерді беру қажет.

Ол үшін ұғымдық аппаратты «жаңа психикаға белсенді әсер ететін заттар» анықтамасымен толықтыру, сондай-ақ олардың тізімін қалыптастыру тәртібін бекіту қажет.

2) есірткі, психотроптық зат тектестер тұжырымдамасын мынадай редакцияда жазу қажет:

- «есірткі, психотроптық зат тектестер» – құрылымдық формулалары есірткі, психотроптық заттардың құрылымдық формулаларында бір немесе бірнеше сутегі атомдары, галогендер және (немесе) гидроксильді топтар оның ұқсас заттарына ауыстырумен құрылған, Қазақстан Республикасында бақылауға жататын Есірткі, психотроптық заттар мен прекурсорлар тізіміне енбеген химиялық заттар;

3) жаңа заттарды сол тектес заттарға жатқызу тетігі мен тәртібін реттеу үшін ұғымдық аппаратты сутегі атомдарының орын басушы анықтамасымен толықтыру қажет;

- «сутегі атомдарының, галогендердің және (немесе) гидроксильді топтардың орын басушы» – есірткі, психотроптық заттардың құрылымдық формулаларында сутегі атомдарының, галогендердің, гидроксильді топтардың орын басушылары тізіміне енгізілген бір валентті немесе екі валентті атом немесе атом топтары.

4) ұсынылып отырған анықтамаға сәйкес есірткі, психотроптық заттардың құрылымдық формулаларында сутегі

[5] *Қазақстан Республикасы Ішкі Істер Министрлігінің ресми сайты*

атомдарының, галогендердің және (немесе) гидроксильді топтардың орын басушыларының 48 атаудан тұратын Тізімді (жаңа форматта) бекіту қажет;

5) бақылауға алынған есірткілердің тізімін (жаңа форматта) Біріккен Ұлттар Ұйымының Есірткілерді бақылау жөніндегі Халықаралық Комитеті заңсыз айналымында анағұрлым көп кездесетін ретінде ұсынған синтетикалық есірткілердің негізгі топтарынан 65 қосынды атауымен толықтыру ұсынылады;

6) Есірткі, психотроптық заттарды және прекурсорларды шағын, ірі және аса ірі көлеміне жатқызатын Жиынтық кестені бақылауға алынған барлық заттардың атаулары бойынша саралаушы көлемдермен толықтыру қажет.

Сонымен қатар, қарсы іс-қимыл, мемлекеттік бақылау субъектілері құзыретінің және уәкілетті органдардың үйлестіру және өзге де функцияларының реттелмеуін атап өту қажет. Сәйкесінше, уәкілетті органның біркелкі құзыреттерін айқындау нысанасына зерттеліп отырған Заңның 5-бабын өзектендіру қажеттігі туындайды.

Мемлекеттік есірткі саясатының бағыттарын құқық қолдану практикасына ендіру тетігінің болмауы зерттеліп отырған Заңның кемшіліктерінің бірі болып табылады. Бұрын Қазақстанның құқықтық кеңістігінде: 1. Қазақстан Республикасы Үкіметінің 2016 жылғы 29 маусымдағы №383 қаулысымен күші жойылған Қазақстан Республикасында нашақорлыққа және есірткі бизнесіне қарсы күрестің 2012-2016 жылдарға арналған салалық бағдарламасы; 2. Қазақстан Республикасының денсаулық сақтау саласын дамытудың 2011-2015 жылдарға арналған «Саламатты Қазақстан» мемлекеттік бағдарламасы қолданыста болды.

Қазіргі таңда құқықтық жүйеде ұқсас бағдарламалар (Республиканың белгіленген екі бағдарлама) жоқ. Демек, нашақорлықтың профилактикасы, нашақорлықты емдеу жүйесіндегі проблемаларды кешенді шешу бойынша, есірткіге тәуелді адамдарды оңалту жүйесін дамыту бойынша; есірткінің заңсыз айналымына қарсы күрес тетігін күшейту арқылы есірткінің заңсыз айналымының жолын кесу бойынша; есірткінің заңсыз айналымын және оларды асыра пайдалануды бақылау саласындағы халықаралық ынтымақтастықты нығайту бойынша міндеттер көріністік сипатқа ие және оларды жүзеге асыруға толыққанды ықпал етпейді.

Бұл ретте, азаматтардың денсаулығын сақтау және санитариялық-эпедимиологиялық салауаттылығын қамтамасыз ету, Бірыңғай ұлттық денсаулық сақтау жүйесін дамыту және т.с.с. мәселелері бойынша секторалық және ведомствоаралық өзара іс-қимылды нығайту мәселелері де толық реттелмеген, бұл есірткі, психотроптық заттардың, сол тектестер мен прекурсорлардың айналымына саласындағы мемлекеттік саясатты іске асырудың құқықтық негіздерінің әлсірету тәуекелін күшейтеді және олардың заңсыз айналымына қарсы күрес шараларын белгілейді.

ӘДЕБИЕТ

1. Пермяков М.В. Проблемы квалификации незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ // Мониторинг правоприменения, № 4 (34), 2013. – http://cyberleninka.ru/article/n/problemy-k-valifikatsii-nezakonnogo-oborota-narkoticheskih-sredstv-i-psihotropnyh-veschestv (дата обращения 15.03.2017г.).

2. Исмагулов К.Е., Ахмеджанов Ф.Р. Некоторые вопросы совершенствования антинаркотического законодательства Республики Казахстан // Матер. междунар. научн.-практ. конфер. «Будущее без наркотиков», Астана, 2016г., Стр. 168-174.

3. Кусетов С. Механизмы противодействия наркобизнесу // Информационно-публицистический журнал «Наркопост» 1-2016г., Стр. 19-27.

REFERENCES

1. Permyakov M.V. Problemy kvalifikacii nezakonnogo oborota narkoticheskih sredstv i psyhotropnyh veshestv // Monitoring pravoprimeneniya, № 4 (34), 2013. – http://cyberleninka.ru/article/n/problemy-k-valifikatsii-nezakonnogo-oborota-narkoticheskih-sredstv-i-psihotropnyh-veschestv (data obrashenya 15.03.2017)

2. Ismagulov K.E., Akhmedzhanov F.R. Nekotorye voprosy sovershenstvovaniya antinarkoticheskogo zakonodatelstva Respubliki Kazakhstan // Mater. mejdunar. nauchn.-prakt. konfer. «Budushee bez narkotikov», Str. 168-174.

3. Kusetov S. Mechanizmy protivodeystviya narkobiznesu // Informacionno-publicisticheskii jurnal «Narkopost» 1-2016г., Str. 19-27.

ӘОЖ 346

ҚАЗАҚСТАН РЕСПУБЛИКАСЫНЫҢ АРНАЙЫ ЭКОНОМИКАЛЫҚ АЙМАҚТАР ТУРАЛЫ ЗАҢНАМАСЫНЫҢ ЖЕКЕ НОРМАЛАРЫН БАСҚА ЕЛДЕРДІҢ ЗАҢНАМАСЫМЕН САЛЫСТЫРУ: ҚҰҚЫҚТЫҚ МОНИТОРИНГ ШЕҢБЕРІНДЕГІ ТАЛДАУ

Гүлнара Бауыржанқызы Қысықова
Қазақстан Республикасы Заңнама институтының
Құқықтық мониторинг орталығының жетекші ғылыми қызметкері,
з.ғ.к., Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: gkyssykova@mail.ru

Назгүл Нұрлыбайқызы Омарова
Қазақстан Республикасы Заңнама институтының
Құқықтық мониторинг орталығының ғылыми қызметкері,
Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: na.omarova@adilet.gov.kz

Түйін сөздер: *АЭА құру; АЭА қатысушы; АЭА басқару органы; қызметті жүзеге асыру туралы шарттар; АЭА резидент мәртебесі.*

Аннотация. *Мақалада арнайы құқықтық режимі бар аумақтар қызметін реттейтін Қазақстан Республикасындағы, Ресей Федерациясындағы және Өзбекстан Республикасындағы заңдардың мақалаларына салыстырмалы талдау жүргізіледі. Мақалада бірінші кезекте арнайы экономикалық аймақ құру туралы шешім қабылдайтын субъектісінің түсінігі, экономикалық аймақтарды жүргізу және олардың қызметін бақылаудағы үйлестіру бойынша іс-шараларды жүргізуге уәкілетті алқалы органдардың болуы қарастырылады.*

Екіншіден мақалада экономикалық аймақтың қатысушысы және басқару органы өзара қарым-қатынастарын ұйымдастыру мәселесі қарастырылды. Себебі, шетелдік тәжірибе көрсетіп отырғандай заңнамада белгілі бір арнайы экономикалық аймақтың қатысушыларымен өндіріске қаржы құралдарын салу бойынша міндеттемелер барын көрсетеді. Сонымен қатар, экономикалық аймақ қатысушысы ретінде қызметті жүзеге асыруға өтінімді қарау рәсімінде кейбір айырмашылықтар бар. Атап айтқанда арнайы экономикалық аймақтың қатысушысы мәртебесін алуға өтінімді қараудан бас тарту негіздері бойынша. Сондай-ақ, қатысушымен басқару орган арасындағы шарттық қарым-қатынастарын реттейтін ережелердің сәйкес келмеуі. Ресей Федерациясы және Өзбекстан Республикасының заңнамасынан айырмашылығы Қазақстанда экономикалық аймақ резиденттігінен сот тәртібімен айыру көзделмеген.

СРАВНЕНИЕ ОТДЕЛЬНЫХ НОРМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СПЕЦИАЛЬНЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ЗОНАХ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН С ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ ИНЫХ СТРАН: АНАЛИЗ В РАМКАХ ПРАВОВОГО МОНИТОРИНГА

Кысыкова Гульнара Бауржановна
Ведущий научный сотрудник Центра правового мониторинга
Института законодательства Республики Казахстан,
к.ю.н., г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: gkyssykova@mail.ru.

Омарова Назгуль Нурлыбаевна
Научный сотрудник Центра правового мониторинга
Института законодательства Республики Казахстан,
г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: na.omarova@adilet.gov.kz.

Ключевые слова: *создание СЭЗ; участник СЭЗ; орган управления СЭЗ; договоры об осуществлении деятельности; статус резидента СЭЗ.*

Аннотация. *В данной статье проводится сравнительный анализ законодательства Республики Казахстан, Российской Федерации и Республики Узбекистан, регламентирующих деятельность территорий со специальным правовым режимом. В статье в первую очередь раскрывается понятие субъекта, принимающего решение о создании специальной*

экономической зоны, наличие коллегиальных органов, которые уполномочены на проведение мероприятий по координации функционирования экономических зон и контроля за их деятельностью.

Вторым блоком в статье рассмотрен вопрос организации взаимоотношений участника экономической зоны и органа управления. Так, зарубежный опыт показывает наличие в законодательстве обязательств по вложению участниками специальной экономической зоны определенного количества финансовых средств в производство. Кроме того имеются некоторые отличия и в процедуре рассмотрения заявки на осуществление деятельности в качестве участника экономической зоны. В частности в основаниях отказа в рассмотрении заявки на получение статуса участника специальной экономической зоны. Также нетождественны положения, регламентирующие договорные отношения между участником и органом управления. В отличие от законодательства Российской Федерации и Республики Узбекистан в Казахстане не предусмотрен судебный порядок лишения резидентства экономической зоны.

COMPARISON OF SEPARATE STANDARDS OF THE LEGISLATION ON SPECIAL ECONOMIC ZONES OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN WITH THE LEGISLATION OF OTHER COUNTRIES: THE ANALYSIS WITHIN LEGAL MONITORING

Kyssykova Gulnara Baurzhanovna
Leading researcher at the Center for legal monitoring of the Institute of legislation of the Republic of Kazakhstan, Candidate of Juridical Sciences, Astana, the Republic of Kazakhstan; e-mail: gkyssykova@mail.ru

Omarova Nazgul Nurlubaevna
Researcher at the Center for legal monitoring of the Institute of legislation of the Republic of Kazakhstan, Astana, the Republic of Kazakhstan; e-mail: na.omarova@adilet.gov.kz

Keywords: *creation of SEZ; participant of SEZ; governing body of SEZ; contract on activity implementation; status of the resident of SEZ.*

Abstract. *In this article the comparative analysis of the legislation of the Republic of Kazakhstan, the Russian Federation and the Republic of Uzbekistan, regulating activity of territories with a special legal regime is carried out. In article first of all the subject making the decision on creation of a special economic zone, existence of collegial bodies which are authorized for holding actions for coordination of functioning of economic zones and control of their activity reveals.*

The second block in article considered a question of the organization of relationship of the participant of an economic zone and governing body. So, foreign experience shows existence in the legislation of obligations for an investment by participants of a special economic zone of a certain quantity of financial means in production. Besides there are some differences and in the procedure of consideration of the application for implementation of activity as the participant of an economic zone. In particular in the refusal bases in consideration of the application for obtaining the status of the participant of a special economic zone. Also the provisions regulating the contractual relations between the participant and governing body are not identical. Unlike the legislation of the Russian Federation and the Republic of Uzbekistan in Kazakhstan a legal process of deprivation of residence of an economic zone is not provided.

1. Анықтау

Қазақстан Республикасының аумағында арнайы экономикалық аймақтарды құру, олардың жұмыс істеуі және оларды тарату «Қазақстан Республикасындағы арнайы экономикалық аймақтар туралы» Қазақстан Республикасының Заңымен (бұдан әрі -Заң) реттеледі.

Қазақстан Республикасының Заңына сәйкес арнайы экономикалық аймақ - қызметтің басым түрлерін жүзеге асыру үшін арнайы экономикалық аймақтың арнайы құқықтық режимі қолданылатын, дәл белгіленген шекаралары бар Қазақстан Республикасы аумағының бір бөлігі[1].

2. Құру

Ресей Федерациясы және Өзбекстан Республикасының аймақтарында fDi

[1] *Қазақстан Республикасындағы арнайы экономикалық аймақтар туралы» 2011 жылғы 21 шілдедегі № 469-IV Қазақстан Республикасы Заңының 1-бабы // Қазақстан Республикасы нормативтік құқықтық актілерінің ақпараттық-құқықтық жүйесі «Әділет».- http://adilet.zan.kz*

Intelligence беделді басылымның хабары бойынша әлемдік ең үздік ерекше экономикалық аймақ рейтингіне «Липецк» Ерекше экономикалық аймағы (Липецк облысы), «Алабуга» Ерекше экономикалық аймағы (Татарстан Республикасы), «Навои» Еркін индустриялық-экономикалық аймағы (Өзбекстан Республикасы) кіретінін[2] атап өткеніміз жөн. Осыған байланысты, осы елдердің заңнамасына көңіл аударайық. Сонымен, Өзбекстан Республикасының «Еркін экономикалық аймақтар туралы» Заңының 3-бабы бойынша арнайы экономикалық аймақ Президент шешімімен құрылады, оның шекаралары Министрлердің Кабинетімен анықталады. Сондай-ақ, арнайы экономикалық аймақты жетілдіру бағдарламасы Министрлердің Кабинетімен бекітіледі (10-бап).

Ресей Федерациясы субъектісінің аумағында, немесе Ресей Федерациясы субъектілерінің аумақтарында және муниципалдық құрылым аумағында, немесе муниципалдық құрылым аумақтарында ерекше экономикалық аймақ құру туралы шешімді Ресей Федерациясының Үкіметі қабылдайды[3], Қазақстан Республикасында арнайы экономикалық аймақ құру туралы шешімді Үкіметтің ұсынуы бойынша Президент қабылдайды[4].

Бұдан басқа арнайы экономикалық аймақ туралы Ереже және қызмет ететін оның нысаналы индикаторлары Президентпен бекітіледі. Мысалы «Бурабай» Арнайы экономикалық аймағы Қазақстан Республикасы Президентінің 2008 жылғы 15 қаңтардағы № 512 Жарлығымен, «Павлодар» Арнайы экономикалық аймағы Қазақстан Республикасы Президентінің 2011 жылғы 29 қарашадағы № 186 Жарлығымен, «Ақтау теңіз порты» Арнайы экономикалық аймағы Қазақстан Республикасы Президентінің 2002 жылғы 26 сәуірдегі № 853 Жарлығымен құрылды.

Сонымен қатар, мемлекеттің әлеуметтік-экономикалық саясатының басты бағытын әзірлеу бойынша Үкімет өкілетті (Конституцияның 66-бабы). Сондықтан соңғы конституциялық реформа әлеуметтік-экономикалық саладағы Үкіметтің өкілеттігін кеңейтті. Осыған байланысты арнайы экономикалық аймақ құру және арнайы экономикалық аймақ туралы ережелер бекіту бойынша функцияларын Үкіметке жүктеген дұрыс деп есептейміз.

Бұл ретте Қазақстанда арнайы экономикалық аймақ жиырма бес жылға дейінгі мерзімге, ал Ресей Федерациясында - қырық тоғыз жыл мерзімге құрылады.

Бұл Заң арнайы экономикалық аймақ қызметін мемлекеттік реттеу саласындағы құзыретін Үкіметке, уәкілетті органға, сонымен қатар жергілікті атқарушы органдарға жүктеп отыр. Мемлекеттік органдармен өзара іс-қимыл мәселелерін Біріңғай үйлестіру орталығы іске асырып отыр (Заңның 18-2-бабы).

Демек, арнайы экономикалық аймақ қызметі саласындағы үйлестіру және өзара іс-қимыл ведомстволық бағдары бар екендігін көрсетеді. Мұндай арнайы экономикалық аймақты басқару жүйесі арнайы экономикалық аймақтың үйлестіруіне мемлекеттік емес секторының толыққанды тарту мүмкіндігін жояды.

Бұл ретте шетелдік заңнама алқалық органдарың болуын қарастырады. Мысалы, «Навои» Еркін индустриялық-экономикалық аймағы әкімшілік кеңесі алқалы орган болып табылады[5]. Ресей Федерациясында үйлестіру, бақылау, перспективалық даму жоспарларын бекіту бойынша іс-шаралар өткізетін және басқа да маңызды сұрақтарды шешетін Ерекше экономикалық аймақтарды бақылаушылар кеңесі жұмыс істейді[6].

Қазақстанда арнайы экономикалық аймақ сұрақтары бойынша алқалық орган құрған кезде оның құрамына мемлекеттік органдардың лауазымды тұлғалары ғана емес, Ұлттық кәсіпкерлер палатасының өкілдері, мүдделі қоғамдық ұйымдардың сарапшылары да кіруі тиіс.

Қазіргі таңда, арнайы экономикалық аймақты дамыту және арнайы экономикалық

---

[2] *2016 жылдың 13 қазанында The Financial Times журнал тобының жыл сайынғы әлемдік ерекше экономикалық аймақ рейтингін жариялады*

[3] *Ресей Федерациясындағы ерекше экономикалық аймақтар туралы» 2005 жылғы 22 шілдедегі № 116-ФЗ Федералдық заңның 6-бабы (03.07.2016 жылғы ред.) // «КонсультантПлюс» компаниясының ресми сайты. -http://www.consultant.ru*

[4] *«Қазақстан Республикасындағы арнайы экономикалық аймақтар туралы» 2011 жылғы 21 шілдедегі № 469-IV Қазақстан Республикасы Заңының 7-бабы 8-тармағы // Қазақстан Республикасы нормативтік құқықтық актілерінің ақпараттық-құқықтық жүйесі «Әділет».- http://adilet.zan.kz*

[5] *«Науаи» еркін индустриялық-экономикалық аймағы қызметін ұйымдастыру жөніндегі шаралар туралы» Өзбекстан Республикасы Министрлер Кабинетінің қаулысы (Өзбекстан Республикасы заңнама жинағы, 2009 ж., № 5, 40-бап) // Өзбекстан Республикасы Өзбекстан Республикасы заңнамасының Ұлттық құқықтық жүйесі. - http://www.lex.uz*

[6] *Ресей Федерациясындағы ерекше экономикалық аймақтар туралы» 2005 жылғы 22 шілдедегі № 116-ФЗ Федералдық заңның 7-бабының 4-тармағы (03.07.2016 жылғы ред.) // «КонсультантПлюс» компаниясының ресми сайты. -http://www.consultant.ru*

аймақ қатысушыларының өзара іс-қимылына бағытталған үлкен функцияларының бір бөлігі арнайы экономикалық аймақты қадағалайтын басқару органдарына жүктеліп отыр.

Аталған іс-шара арасында инвестицияларды тарту, инфрақұрылым объектілерінің құрылысы, арнайы экономикалық аймақты жетілдіру және маркетингтік стратегия жоспарын әзірлеу сияқты функциялар бар. Бұдан басқа басқару органдары арнайы экономикалық аймақтың әлеуетті қатысушыларын ақпараттық сүйемелдеуді қамтамасыз етуге жауапты (Заңның 18-бабы).

Арнайы экономикалық аймақтың басқару органы - акционерлік қоғам нысанында басқарушы компания немесе астананың жергілікті атқарушы органының мемлекеттік мекемесі немесе дербес кластерлік қор ретінде ұсынылуы мүмкін (Заңдағы 1-баптың 2-тармақшасы).

Мысалы, Қазақстан Республикасы Үкіметінің 2012 жылғы 4 желтоқсандағы № 1531 Қаулысымен Жарғылық капиталына мемлекеттің жүз пайыз қатысуымен «Инновациялық технологиялар паркі» арнайы экономикалық аймағының басқарушы компаниясы» акционерлік қоғамы құрылды. Сол уақытта арнайы экономикалық аймақты басқару органы «Астана - жаңа қала» Астана қаласының әкімдігі болып табылады. Бұл үлкен бөлігі басқарушы компаниялардың акциялары мемлекет меншігінде екендігін атап айтуға болады.

Арнайы экономикалық аймақтың резиденттік қабылдау шешіміне әсер ететін аса тартымды факторлар салықтық және кедендік преференциялар емес ал дайын және ыңғайлы инфрақұрылым болып табылады. Арнайы экономикалық аймақтың екінші тартымдылық факторы – «достық» және мүдделі бірлескен жұмысты әкімшілендіру.

Арнайы экономикалық аймақты басқаруға жеке меншік секторын тарту осы міндеттердің жоғары нәтижелілігін қамтамасыз етеді деп ойлаймыз. Өйткені тікелей тиімділікке әсер ететін негізгі фактор арнайы экономикалық аймақты дамыту және кірістілігіне бағытталған компанияның пайдасы оның жұмыс нәтижелеріне байланысты.

Мемлекет Басшысының Жолдауында «Қазақстанның Үшінші жаңғыруы: жаһандық бәсекеге қабілеттілік» (31 қаңтар 2017 ж.) «Жеке сектор жүзеге асыра алатын нәрсенің барлығы бизнеске берілуі қажет» деп көрсетілгенін айта кету керек[7].

Осылайша, арнайы экономикалық аймақты басқарудың қазақстандық жүйесіне белгілі бір үкіметтік емес құрылымның құрамына Ұлттық кәсіпкерлер палатасының және мамандандырылған қауымдастықтар өкілдерін міндетті түрде тарта отырып енгізуді орынды деп санаймыз.

3. Мақсаты

Заңнамадағы ерекшеліктер тек қана экономикалық аймақтарды басқаруды ұйымдастыруда ғана емес, аймақтарды құру мақсаттарын тұжырымдауда екендігін атап айтқан жөн. Еркін экономикалық аймақты құру мақсаты елдің әлеуметтік-экономикалық даму жағдайына байланысты. Нарықтық экономикасы дамыған елдерде осындай аймақтар, әдетте, депрессиялық, жұмыссыздық деңгейі жоғары және дамыған инфрақұрылымы жеткіліксіз өңірлерде құрылады. Осындай аумақтарға ерекше аймақтар мәртебесін бере отырып, үкімет шетелдік инвестицияларды тартуды қарастырмайды, ішкі нарыққа кіріктірілген қолданыстағы өндірістерді дамытуды, сондай-ақ жаңа жұмыс орындарын құруды барынша ынталандыратын жағдай жасауға тырысады [1].

Әлемдік тәжірибеде арнайы экономикалық аймақ құрудың екі тәсілі қалыптасқан: аумақтық және функционалдық. Бірінші тәсілі Қазақстанда жүзеге асырылды. Арнайы экономикалық аймақ қызметтің басым түрлерін жүзеге асыру үшін арнайы экономикалық аймақтың арнайы құқықтық режимі қолданылатын, дәл белгіленген шекаралары бар аумағының бір бөлігі (Заңның 1-бабы).

Аумақтық тәсілге сәйкес жеңілдік режимін оқшауланған аумақта орналасқан кәсіпорындар пайдаланады. Екінші функционалдық тәсілге сәйкес, оларды орналастыру жеріне қарамастан преференциялар белгілі бір кәсіпкерлік қызмет түрлеріне қолданылады. Аумақтық тәсіл көбінесе қандай да бір аймақты дамыту проблемаларын шешу, ал функционалды — ірі экономика құрылымын қайта құру кезінде қолданылады. Функционалдық тәсіл неғұрлым ыңғайлы, өйткені «нүктелі аймақ» деп аталатын жеке кәсіпорындармен ұсынылған аймақтарды құруға мүмкіндік береді. Осыған байланысты ол инвесторлар үшін неғұрлым ыңғайлы, себебі олардың орналасқан жерін шектемелмейді[8].

[7] *http://www.akorda.kz/ru/speeches/internal_political_affairs/in_statements_and_congratulations/zayavlenie-glavy-gosudarstva-po-ezhegodnomu-poslaniyu-narodu-kazahstana*

[8] *http://center-yf.ru/data/economy/Specialnye-ekonomicheskie-zony-v-Rossii.php қаржы басқару орталығы интернет-порталы*

Қазақстан Республикасының Заңына сәйкес арнайы экономикалық аймақты құру қазіргі заманғы өнімділігі жоғары, бәсекеге қабілетті өндірістерді жедел дамыту, экономика салаларына және өңірлерге инвестициялар, жаңа технологиялар тарту, сондай-ақ халықты жұмыспен қамтуды арттыру мақсатында құрылады[9].

Алайда арнайы экономикалық аймақ құрудың мақсаты туристік-рекреациялық базаны қалыптастыру болуы да мүмкін. Бұл ретте арнайы экономикалық аймақ міндеті – туризм, атап айтқанда, туристік қызмет саласында емдік-сауықтыру санаторийлерін дамыту, ауруларды емдеу және оның алдын алу бойынша қызмет көрсету.

Осыған орай «Бурабай» арнайы экономикалық аймағының құрылғанын атап өткен жөн. Қазақстан Республикасы Президентінің 2008 жылғы 15 қаңтардағы № 512 Жарлығымен 2017 жылғы 1 желтоқсанға дейінгі кезеңге «Бурабай» арнайы экономикалық аймағы құрылды.

Оның мақсаттары:

1) келетін қазақстандық және шетелдік туристердің қажеттілігін қамтамасыз етуге және қанағаттандыруға тиімділігі жоғары, бәсекеге қабілетті туристік инфрақұрылымды дамыту; экологиялық таза көлікті, оның ішінде демалудың барлық объектілеріне қол жетімділікті қамтамасыз ету мақсатында шағын авиацияны пайдалану үшін базаны құру; туристерге қызмет көрсету үшін бірыңғай ақпараттық база құру;

2) қолайлы инвестициялық ахуал құру, инвестициялық жобаларды іске асыру үшін отандық және шетелдік инвестицияларды тарту, сондай-ақ әлеуметтік проблемаларды шешу болып табылады[10].

Арнайы экономикалық аймақ мақсаттарын айқындау маңыздылығы ғылыми негізде көрсетілген:

«Еркін экономикалық аймақтарды құру кезінде мақсаттар айқын белгілену қажет, өйткені олар шаруашылық қызмет субъектілеріне берілетін жеңілдіктер жүйесін таңдауды айқындайды» [2].

Қазақстан Республикасының Заңына қарағанда, Федералдық заңның 3-бабына сәйкес ерекше экономикалық аймақты құру мақсаты туризмді дамыту ретінде белгіленген: «Ерекше экономикалық аймақтар экономиканың өңдеуші салаларын, экономиканың жоғары технологиялық салаларын дамыту, туризмді, санаториялық-курорттық саланы, кемежай және көлік инфрақұрылымын, технологиялар шығару және олардың нәтижелерін коммерцияландыру, өнімнің жаңа түрлерін өндіруді дамыту мақсатында құрылады»[11].

Баяндалғанның негізінде, Қазақстан Республикасының Заңында арнайы экономикалық аймақтарды құру мақсаттарын кеңейту қажеттілігін байқауға болады.

Бұдан әрі арнайы экономикалық аймақ қатысушыларының өзара қарым-қатынастарын ұйымдастыру және басқару органының мәселесін қарастырайық. Сонымен, арнайы экономикалық аймақтың қатысушысы ретінде техникалық-экономикалық негіздемеге сәйкес келетін мөлшерде қаржылық қамтылымы болуға тиіс (Заңның 9-бабы).

Сонымен бірге, шетелдік тәжірибе арнайы экономикалық аймақ қатысушыларымен кәсіпорынға белгілі бір қаржы құралдарын салу бойынша міндеттемелердің заңнамада қарастырылғанын көрсетеді. «Алабуга» Ерекше экономикалық аймақ резиденті болу үшін компания ерекше экономикалық аймақта орналасқан өз өндірістік қорларына кемінде 10 млн. еуро, оның ішінде бірінші жылы дамып келе жатқан кезінде 1 млн. еуродан кем емес инвестициялардыру қажет[12].

Польша ерекше экономикалық аймақ аумағында кәсіпкерлер қолданыстағы салықтық жеңілдіктермен ең төменгі шегін инвестицияларынан (350 мың теңгеден 2 млн. евро) немесе ең төменгі жұмыспен қамту (40-тан 100 адамға дейін) деңгейінен асқан жағдайда қолданады. Мысалы, «Катовицкая»[13] ерекше экономикалық аймағын салықтан босату, 2 000 мың еуро инвестициялардан астам, немесе жұмыспен қамтамасыз ету үшін 100-ден астам адам

---

[9] *«Қазақстан Республикасындағы арнайы экономикалық аймақтар туралы» 2011 жылғы 21 шілдедегі № 469-IV Қазақстан Республикасы Заңының 3-бабы // Қазақстан Республикасы нормативтік құқықтық актілерінің ақпараттық-құқықтық жүйесі «Әділет».- http://adilet.zan.kz*

[10] *«Бурабай» арнайы экономикалық аймағын құру туралы» Қазақстан Республикасы Президентінің 2008 жылғы 15 қаңтардағы № 512 Жарлығы // Қазақстан Республикасы нормативтік құқықтық актілерінің ақпараттық-құқықтық жүйесі «Әділет».- http://adilet.zan.kz*

[11] *«Ресей Федерациясындағы ерекше экономикалық аймақтар туралы» 2005 жылғы 22 шілдедегі № 116-ФЗ Федералдық заңның 3-бабы (03.07.2016 жылғы ред.) // «КонсультантПлюс» компаниясының ресми сайты. -http://www.consultant.ru*

[12] *http://www.rosez.ru/rosez/oez-alabuga-respublika-tatarstan/investoru-oez-alabuga/123-registraciya-rezidentov-v-oez-alabuga.html*

[13] *2016 жылдың 13 қазанында The Financial Times журнал тобының жыл сайынғы әлемдік ерекше экономикалық аймақ рейтингін жариялады*

болғанда мүмкін[14].

«Навои» Еркін индустриялық-экономикалық аймағында салық жеңілдіктері енгізілген тікелей инвестициялар көлемі болған жағдайда беріледі:

3 млн еуродан-10 млн еуроға дейін – 7 жыл мерзімге;

10 млн еуродан 30 млн еуроға дейін – 10 жыл мерзімге;

30 млн еуродан астам – 15 жыл мерзімге[15].

Осылайша, барлық экономикалық аймақтар қатысушылары үшін преференциялар беру бірдей емес.

Жеңілдетілген режимінің сарапануы инвестициялардың мерзімі мен көлеміне, сондай-ақ экономика үшін шаруашылық жүргізуші субъектісі жүзеге асыратын жобаның басымдылығына байланысты. Шетелдік тәжірибені негізге ала отырып, преференциялар беру туралы мәселені арнайы экономикалық аймақ қатысушыларының инвестициялау сомасына қарай қарауды ұсынамыз.

Шетелдік заңнама арнайы экономикалық аймақ қатысушыларын жер және кедендік салықты пайдаға салынатын салықты ғана емес көлік салықтарын төлеуден де босататынына назар аударамыз. Мәселен, «Навои» Еркін индустриялық-экономикалық аймағы резиденттеріне қатысты **Республикалық жол қоры** міндетті аударымдарды төлеуден босату режимі қолданылады[16]. Сондай-ақ «Алабуга» Ерекше экономикалық аймағы шаруашылық субъектілері үшін **0% көлік салығы қарастырылған**[17]. «Липецк» Ерекше экономикалық аймағы аумағында - көлік құралын тіркеген сәттен бастап 10 жыл мерзімге **көлік салығы 0 рубльді құрайды**[18]. Осыған байланысты арнайы экономикалық аймақ қатысушыларын көлік салығын төлеуден босату бойынша мәселесін қазақстандық арнайы экономикалық аймақ режимінің шеңберінде қарастыру ұсынылады.

4. Тіркеуден бас тарту негіздері

Сонымен қатар экономикалық аймақ қатысушысы ретінде рәсімін қызметті жүзеге асыруға берілген өтінімді қарау.

Федералдық заңның 13-бабы 7-тармағына сәйкес қызметті жүзеге асыру туралы келісім жасауға өтінімді қараудан мынадай:

1) тұлға баптың 1 және 2-бөліктерінде көрсетілген құжаттарды ұсынбаған;

2) ерекше экономикалық аймақ шекарасында өтініш берушінің иелігіне және (немесе) пайдалануына берілуі және өтінімнің шарттарына сәйкес келуі мүмкін мемлекеттік және (немесе) муниципалдық мүлік болмаған;

3) ерекше экономикалық аймақ шекарасында өтінімде көрсетілген шарттарға сәйкес келетін еркін жер учаскесі болмаған;

4) өтініш берушінің болжамды қызметінің ерекше экономикалық аймақта рұқсат етілген қызметті жүзеге асыру түрлеріне сәйкес келмеген;

5) болжанатын капитал салымының көлемі Федералдық заңның 12-бабы 3 және 4-бөліктерінде белгіленген талаптарға сәйкес келмеген жағдайларда бас тартуға жол беріледі[19].

Федералдық заңда айқындалған бас тарту негіздерін ескере отырып, Қазақстан Республикасының Заңының 11-бабы 2-тармағында бас тарту негіздері толық қамтылмаған деген қорытынды шығаруға болады: «Арнайы экономикалық аймақты басқару органы мәлімделген қызмет түрі қызметтің басым түрлеріне, өтініш берушілердің жобалары іріктеу өлшемшарттарына және (немесе) ұсынылған құжаттар осы Заңның 10-бабы 2 және 3-тармақтарында белгіленген талаптарға сәйкес келмеген жағдайда өтініш берушіге қызметті жүзеге асыру туралы шарт жасаудан бас тартады.».

Мысалы, өтініш беруші шарт жасау үшін құжаттардың толық топтамасын ұсынбаған жағдай болуы мүмкін. Заңның 10-бабында өтініммен бірге ұсынылуға тиіс құжаттардың он бір түрі атап көрсетілген. Сондықтан, Қазақстан Республикасының Заңында ресейлік Заңға ұқсас шарт жасау үшін өтінімнен бас тартатын негіздердің

---

[14] *http://www.poland.allbusiness.ru/content/document_r_F9F131C0-1116-4C30-A995-BDA33C4D4756.html дамытудың өңіраралық және халықаралық іскерлік қызметтесу порталы*

[15] *«Узинфоинвест» ақпараттық қамтамасыз ету және шетелдік инвестицияларға жәрдемдесу бойынша Агенттігінің Интернет-ресурсы http://www.uzinfoinvest.uz/rus/investiionniy_putevoditel/biznes_rasxodi/nalogi_obyazatelnie_plateji/svobodnaya_industrialno_ekonomicheskaya_zona_navoi/*

[16] *«Узинфоинвест» ақпараттық қамтамасыз ету және шетелдік инвестицияларға жәрдемдесу бойынша Агенттігінің Интернет- ресурсыhttp://www.uzinfoinvest.uz/rus/investiionniy_putevoditel/biznes_rasxodi/nalogi_obyazatelnie_plateji/svobodnaya_industrialno_ekonomicheskaya_zona_navoi/*

[17] *http://alabuga.ru/ru/investors/*

[18] *http://admlip.ru/economy/*

[19] *«Ресей Федерациясындағы ерекше экономикалық аймақтар туралы» 2005 жылғы 22 шілдедегі № 116-ФЗ Федералдық заңның 13-бабы (03.07.2016 жылғы ред.) // «КонсультантПлюс» компаниясының ресми сайты. -http://www.consultant.ru*

толық тізімін бекіту қажет.

5. Келісім шартты өзгерту

Әрі қарай Федералдық заңның 18-бабы 1-тармағының ережелеріне назар аудару қажет, онда қызметті жүзеге асыру туралы келісім талаптарын өзгерту рәсімдері регламенттеледі:

«1. Егер ерекше экономикалық аймақ резиденті бизнес-жоспарының өзгеруіне байланысты қызметті жүзеге асыру туралы келісімнің талаптарын өзгертуге ниет білдірсе, ол Ресей Федерациясының Үкіметі уәкілеттік берген атқарушылық биліктің федералдық органына не осы Федералдық заңның 8-бабы 1-бөлігінің 5.1-тармағында көзделген өкілеттіктер берілген жағдайда Ресей Федерациясы субъектісінің атқарушылық билік органына өтінішті, сондай-ақ «нысаны» Ресей Федерациясының Үкіметі уәкілеттік берген атқарушылық биліктің федералдық органы белгілейтін бизнес-жоспарды ұсынады.».

Қазақстан Республикасының заңнамасына сәйкес арнайы экономикалық аймаққа қатысушы ретінде қызметті жүзеге асыру туралы шарт жасау қатысушы қызметінің қызметтің басым түрлеріне сәйкес келуіне байланысты. Демек, тұлғаның қызметті өзгертуі шартты қайта қарауға әкеп соғуға тиіс.

Мысалы, Жобаларды іріктеу қағидаларының 5-тармағына сәйкес[20] негізгі өлшемшарттарға сәйкестік қызметті жүзеге асыру туралы шарт жасасудың қажетті шарты болып табылады. Одан басқа, Жобаларды іріктеу қағидаларының 6-тармағында: «Ұсынылған қызмет түрінің қызметтің басым түрлеріне, өтініш берушілердің жобаларын іріктеу өлшемшарттарына сай келген жағдайда арнайы экономикалық аймақтың басқару органы он жұмыс күні ішінде қызметті жүзеге асыру туралы шартты жасасады.».

Шартқа өзгерістер мен толықтырулар туралы ережелер үлгілік шарттардың 43-тармағында белгіленгенін атап өтеміз[21]: «Осы Шартқа өзгерістер және (немесе) толықтырулар Тараптардың өзара жазбаша келісімі бойынша кез келген уақытта енгізіледі және қосымша келісім түрінде жазбаша ресімделеді, ол осы Шарттың ажырамас бөлігі болып табылады. Арнайы экономикалық аймаққа қатысушылардың тізілімін жүргізуге байланысты осы Шартқа өзгерістер және (немесе) толықтырулар туралы Басқару органы өзгерістер мен толықтыруларды енгізген күннен бастап 2 (екі) жұмыс күні ішінде уәкілетті органына хабарлайды.».

43-тармақ арнайы экономикалық аймаққа қатысушыны шартқа өзгерістер енгізуге бастама жасауға міндеттемейді және өзгерістерді бастама жасауға негіздерді айқындамайды. Сонымен қатар, практикада шартқа өзгерістер қажет болатын жағдайлар туындайды, сондықтан реттеудегі кемшіліктерді жою үшін, өзгерістер енгізу негіздері мен талаптарын заңнамалы түрде анықтаған орынды.

6. Құқықтық мирасқорлық

Беларусь Республикасында да еркін экономикалық аймақтар туралы заң қолданылады[22], оның 21-бабында: «Еркін экономикалық аймақ резиденті ретінде тіркелген заңды тұлға қайта ұйымдастырылған кезде еркін экономикалық аймақ резидентінің мәртебесін сақтауға немесе ауыстыруға ол бір немесе бірнеше заңды тұлғаларға қосылу не оның құрамынан бөлініп шығу нысанында қайта ұйымдастырылған кезде жол беріледі.

Еркін экономикалық аймақ резиденті ретінде тіркелген заңды тұлға бір немесе бірнеше заңды тұлғаларға қосылу не оның құрамынан бөлініп шығу нысанында қайта ұйымдастырылған кезде еркін экономикалық аймақ резидентінің мәртебесі қайта ұйымдастырылған заңды тұлғада сақталады.

Еркін экономикалық аймақ резиденті ретінде тіркелген заңды тұлға қайта құру нысанында қайта ұйымдастырылған кезде еркін экономикалық аймақ резидентінің мәртебесі жаңадан пайда болған заңды тұлға мемлекеттік тіркелген кезден бастап жаңа пайда болған заңды тұлғаға ауысады.».

Ал Қазақстан Республикасының Заңында арнайы экономикалық аймаққа қатысушылар қайта ұйымдастырылған кезде олардың құқықтық мирасқорлығы

---

[20] *«Жобаларды іріктеу қағидалары мен өлшемшарттарын бекіту туралы» Қазақстан Республикасы Инвестициялар және даму министрінің м.а. 2015 жылғы 31 желтоқсандағы № 1293 бұйрығы // Қазақстан Республикасы нормативтік құқықтық актілерінің ақпараттық-құқықтық жүйесі «Әділет».- http://adilet.zan.kz*

[21] *«Арнайы экономикалық аймақтың қатысушысы ретінде қызметті жүзеге асыру туралы үлгілік шарттарды бекіту туралы» Қазақстан Республикасы Инвестициялар және даму министрінің 2015 жылғы 27 ақпандағы № 223 бұйрығы // Қазақстан Республикасы нормативтік құқықтық актілерінің ақпараттық-құқықтық жүйесі «Әділет».- http://adilet.zan.kz*

[22] *«Еркін экономикалық аймақтар туралы» 1998 жылғы 7 желтоқсандағы № 213-З Беларусь Республикасының Заңының 21-бабы // Беларусь Республикасының Ұлттық құқықтық интернет-порталы. -http://pravo.by/document*

мәселелері көрсетілмеген.

Қазақстан Республикасы Азаматтық кодексінің 45-бабы 1-тармағына сәйкес заңды тұлғаны қайта ұйымдастыру (біріктіру, қосу, бөлу, бөліп шығару, қайта құру) оның мүлкінің меншік иесінің немесе меншік иесі уәкілеттік берген органның, құрылтайшылардың (қатысушылардың), сондай-ақ заңды тұлғаның құрылтай құжаттарында уәкілеттік берілген органның шешімі бойынша не Қазақстан Республикасының заңнамалық актілерінде көзделген жағдайларда сот органдарының шешімі бойынша жүргізіледі. Қазақстан Республикасының заңнамасында қайта ұйымдастырудың басқа да нысандары көзделуі мүмкін екенін атап өтеміз.



Қорытындылай келе, арнайы экономикалық аймақтың басқару органы арнайы экономикалық аймақтың қатысушысы қызметті жүзеге асыру туралы шартта айқындалған міндеттемелерді орындамаған жағдайда, қызметті жүзеге асыру туралы шартты біржақты түрде бұзуға құқылы екенін ескертеміз (Заңның 11-1-бабы).

Өз кезегінде, арнайы экономикалық аймақ қатысушысымен шартты бұзу мәселелері сот тәртібімен жүргізілген орынды. Сот тәртібі шаруашылық жүргізуші ұйымдарға олардың құқықтық қорғауға қосымша кепілдік береді. Ресей заңнамасында арнайы экономикалық аймақ резиденттерінің қызметін тоқтату басқару органының сотқа жүгіну арқылы қарастылырған. Мәселен, Федералдық заңның 9-бабындағы 8-тармағына сәйкес, тұлғаның ерекше экономикалық аймақ резидентінің мәртебесінен айыру сот тәртібімен ғана рұқсат етіледі. Осыған ұқсас Өзбекстан Республикасы Заңының 25-бабы заңды немесе жеке тұлғаның қызметін тоқтату туралы сотқа жүгіну арнайы экономикалық аймақ дирекциясының құқығы екенін көрсетеді.

Осыған байланысты, Қазақстан Республикасының Заңында басқару органы арнайы экономикалық аймақтың қатысушысымен шартты біржақты түрде бұзу құқығын жою мәселесін қарастырған орынды.

Қорытынды ретінде, біз қараған елдерде арнайы экономикалық аймақты құру және басқару модельдерінің жалпы және ерекше белгілері бар екенін атап өтеміз. Бұл ретте, әрбір мемлекеттің заңнамасында арнайы экономикалық аймақ туралы отандық заңнамада іске асыруды қажет ететін белгілі бір оң ерекшеліктер бар.

ӘДЕБИЕТ

1. Неучева М.Е. Всемирная торговая организация и особые экономические зоны // Проблемы современной экономики, № 2 (34), 2010. –http://www.m-economy.ru/art.php?nArtId=3091 интернет-ресурсы

2. Рапиев А.А., Кравчук В.И. СЭЗ в Казахстане как фактор развития интеграционных процессов в ТС // Электронный научный журнал «Управление экономическими системами» / журнал ЖАК тізбесіне енгізілген/ 23.07.15 жылғы жарияланым.

REFERENCES

1. Neucheva M.E. Vsemirnaya torgovaya organizaciya i osobye ehkonomicheskie zony // Problemy sovremennoj ehkonomiki, № 2 (34), 2010. –http://www.m-economy.ru/art.php?nArtId=3091 internet-resursy

2. Rapiev A.A., Kravchuk V.I. SEHZ v Kazahstane kak faktor razvitiya integracionnyh processov v TS // EHlektronnyj nauchnyj zhurnal «Upravlenie ehkonomicheskimi sistemami» / zhurnal ZHAK tizbesine engizilgen/ 23.07.15 zhylғy zhariyalanym.

ӘОЖ 81` 25:005.336.3

ЗАҢНАМА ТЕРМИНІ: НАҚТЫЛЫҚ ЖӘНЕ ҮЙЛЕСІМДІЛІК

Мәди Айтбенбетұлы Айымбетов
Қазақстан Республикасының Заңнама институты Лингвистика орталығының НҚА және халықаралық шарттар жобаларына ғылыми лингвистикалық сараптама секторының жетекші ғылыми қызметкері,
Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: m.aiymbetov@adilet.gov.kz

Түйін сөздер: *терминнің лексикалық нақтылығы мен үйлесімділігі; заң терминологиясын біріздендіру; заң тілінің стилистикасы; заңнамалық лингвистика.*

Аннотация. *Мақалада заңнама терминологиясындағы өзекті мәселенің бірі терминдердің құқықтық сипаты мен мағынасы тұрғысынан мемлекеттік тілде қолданылу ерекшеліктері туралы мәселелер қарастырылған. Автор терминдердің заң лексикасындағы нақтылығы мен мағыналық үйлесімділігінің лингвистикалық аспектілерінің сипатын нақты қолданыстағы кейбір заңнамалардан келтірілген мысалдармен ашып көрсетеді.*

Термин нақтылығы деген ұғым аталған мақалада белгілі бір құқықтық қатынастың мән-мағынасын бұлжытпай ашатын, ұғымдық үйлесім мен тұрақтылықты біріздендіретін заң терминологиясының негізгі ұстанымы ретінде айқындалған. Заң термині мағыналық сапасының жақсы болуы заң мәтіндерінде осы ұстанымның қаншалықты деңгейде сақталуымен тікелей байланысты екендігі тұжырымдалады.

Қорытындыда құқықтық норманың нақтылығы мен лексикалық, мағыналық үйлесімнің болуы - заң терминін өз мәнінде сапалы қолданудың бірден-бір шарты болып табылатыны дәйектелеп, ұлттық заңнаманың негізінде заң терминдері қорын қалыптастыру – бүгінгі таңдағы өзекті мәселе екендігі айтылады. Бұл мәселе - заңнама лингвистикасы саласындағы мемлекеттік тілдің өрісін ашатын, оған басымдық беретін арнасы болып табылады.

Тіл білімінде әлі толықтай зерттелмеген, тілтану ғылымының жаңа бағыты болып табылатын заңнама лингвистикасы тіл мен құқықтық норманың өзіндік үйлесімді арақатынасынан туындайтын сала болса, оның негізі өзегі - заң терминологиясы, заң тілінің өзіндік стилі. Демек, заңнама терминдерінің мәселесі заңнама лингвистикасының қолданбалы ғылым ретінде қалыптасуы мен орныгуымен тікелей байланысты. Осы реттен келгенде мақаладағы заң терминдерінің құқықтық тұрғыдағы нақтылығы мен мағыналық үйлесімділігіне қатысты проблема заңнамалық лингвистиканың тұтастай ауқымында емес, қолданбалылық сипатымен ғана байланыстырып қарастырылды.

ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЙ ТЕРМИН: КОНКРЕТНОСТЬ И ГАРМОНИЧНОСТЬ

Айымбетов Мәди Айтбенбетұлы
Ведущий научный сотрудник сектора научно-лингвистической экспертизы проектов НПА и международных договоров Центра лингвистики Института законодательства Республики Казахстан,
г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: m.aiymbetov@adilet.gov.kz

Ключевые слова: *смысловая гармоничность и конкретность терминов; унифицирование законодательной терминологии; стиль языка законов; законодательная лингвистика.*

Аннотация. *В данной статье рассматривается один из актуальных вопросов законодательной терминологии - правовая и смысловая особенность использования терминов в нормотворческой деятельности. Автор на примере отдельных законодательных текстов на государственном языке раскрывает лингвистические и правовые аспекты конкретности изложения терминов и его смысловую гармонию в контексте закона.*

Понятие смысловая гармоничность и конкретность терминов определено как основной принцип унифицирования законодательной терминологии, четко раскрывающий нормотворческую суть определенных правовых отношений. В статье рассуждается вопрос о том, насколько и как соблюдается эта концептуальная позиция по юридическим терминам в национальном законодательстве.

В заключении излагается актуальный вопрос о расширении терминологического фонда, который всемерно способствовал бы развитию национальной законодательной лингвистики и установлению качественно конкретизированных и гармонированных правовых норм.

И это является одним из основополагающих направлений, открывающие приоритетные возможности государственного языка в законодательной лингвистике.

Законодательная терминология и стиль языка законов – основной стержень законодательной лингвистики, которая является новым направлением в языкознании, и она, по сути, требует фундаментально научного подхода в лингвистическом изложении им основных вопросов правового характера. Отсюда и вывод: некоторые актуальные вопросы о законодательных терминах, затронутые в статье, логически и непосредственно связаны с формированием и становлением законодательной лингвистики. И соответственно проблемы конкретности и гармоничности правовых терминов рассмотрено автором только в рамке фундаментальной возможности законодательной лингвистики.

TERMS OF THE LAW: CONCRETENESS AND HARMONY

Aiymbetov Madi
Leading researcher of the sector of research linguistic expertise of legal acts andinternational agreements of Linguistic center of Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, Astana, Republic of Kazakhstan, e-mail: m.aiymbetov@adilet.gov.kz

Keywords: *semantic harmony and specificity of terms, unification of legislative terminology, style of language of laws, legislative linguistics*

Abstract. *This article considers one of the topical issues of legislative terminology, which is a legal and semantic feature of the use of terms in rule-making activity. The author discloses linguistic and legal aspects of terms and their semantic harmony in the context of the law based on the example of separate legislative texts in the state language.*

The concepts of the semantic harmony and the specificity of terms are defined as the basic principles of unification of legislative terminology which accurately reveal the rule-making essence of certain legal relations. The article discusses the extent of compliance with this conceptual position within legal terms in the national legislation

The conclusion expounds the topical issue of the expansion of terminological fund which in every possible way would promote the development of national legislative linguistics and establishment of qualitatively specified and harmonized legal norms. And it is one of the fundamental directions, which provides the priority opportunities to the state language in legislative linguistics.

Legislative terminology and style of language of laws are the main core of legislative linguistics, which is the new direction in linguistics statement of the main legal questions. Thus the conclusion is that some topical issues of legislative terms raised in the article are logically connected with the formation of legislative linguistics.

Therefore the issue of specificity and harmony of legal terms is considered by the author only within the frame of a fundamental possibility of legislative linguistics.

Заңнама термині қорының толығу үрдісі – қоғамдық өмірдің әртүрлі саласы бойынша жаңа мәселелер мен қатынастардың туындауымен тікелей байланысты екендігі даусыз ақиқат. Құқықтық сипаты мен мағынасы тұрғысынан келгенде терминдердің мемлекеттік тілде қолданылу ерекшелігі - заңнама терминологиясындағы өзекті мәселенің бірі. Ал бұл мәселе терминдердің заң лексикасындағы нақтылығы мен мағыналық үйлесімділігі неде деген сұрақты алға тартады.

Заң лексикасы нормасының басты шарты оның нақтылығында, екіұдайылық пен жалпыламалықтан таза болуында десек, заң терминіне қойылатын басты принцип те осы пайымнан туындайды. Осы тұрғыдан келгенде термин нақтылығы деген ұғым - қарастырылып отырған құқықтық қатынастың мән-мағынасын бұлжытпай ашатын, ұғымдық үйлесім мен тұрақтылықты біріздендіретін заң термимнологиясының негізгі ұстанымы. Заң термині мағыналық сапасының жақсы болуы заң мәтіндерінде осы ұстанымның қаншалықты деңгейде сақталуымен тікелей байланысты. Егер құқықтық норманы нақты бере алатын балама болса, әрине құба-құп. Бірақ тіліміздің шұбарламауымыз керек деген ниеттің түрғысынан көп ретте халықаралық қолданыстағы заң терминдерінің дұрыс нормалық мағынасын бұзып жататын жағдайлар да жоқ емес. Бұл ретте әлем елдерінің заң лексикасындағы терминдердің түп негізін (латын, грек, парсы, ағылшын, неміс, француз, т.б.) бұзбай қолдану практикасына назар аудару қажет, ал бұған мысалдар жетіп артылады.

Заң терминдерін саралау мен жүйелеуде жаңа терминдердің пайда болуы әлемдік деңгейдегі әртүрлі құқықтық мәселелердің туындауымен де байланысты болып жатады. Мәселен, таяуда ресми терминологияға «киберқылмыс» («киберпреступность»), киберқалқан (киберщит) деген жаңа терминдер қосылды [1]. Ал бұл дегеніңіз ақпараттық технологияны пайдаланатын адамдардардың қылмыстық мақсаттар үшін жүзеге асыратын заңсыз әрекеттерін сипаттайтын термин. Киберқылмыстың негізгі түрлерінің қатарына Интернет арқылы зиян келтіруші бағдарламаларды таратуды, паролдерді бұзуды, кредиттік карточкалардың нөмірлерін ұрлауды, сондай-ақ заңға қайшы ақпараттарды (жала жабуды, порнографияны) таратуды жатқызуға болады.

Жалпы мемлекеттік тілдегі құқықтық термин қоры XXI ғасырдың соңғы бес-он жылының көлемінде біраз жаңа ұғымдық атаулармен толықты (мысалы, айыпақы - неустойка, аккредиттеу - аккредитация, актуарийлік есептеулер - актуарные расчеты, ақпараттандыру - информатизация, талап қою - иск, аралық келісім - третейское соглашение, әлеуметтік патронаж - социальный патронаж, базистік мөлшерлеме - базисная ставка, бейімделу-адаптация, бейінді маман-профильный специалист, биоотын - биотопливо, букмекер кеңсесі - букмекерская контора, бітімгершілік келісім - мировое соглашение, виртуалды жады - виртуальная память, гендерлік саясат - гендерная политика, геномдық ақпарат - геномная информация, ғарышнама - космогония, дәрумен - витамин, депониттеу - депонирование, идентификаттау - идентификация, инфрақұрылым - инфраструктура, көзқаман - нигилист, мүдделік қолдау - лоббирование, өлшемшарт - критерий, шолғын - дозор және т.б.) Мұның бәрі сайып келгенде әлеуметтік-экономикалық, технологиялық-инновациялық, мәдени-ақпараттық, саяси және халықаралық қатынастардың кең өрістеуімен тікелей байланысты екендігін атап айту қажет. Осы орайда осы жаңа терминдік атаулардың құқықтық нақтылығы мен заң стиліне үйлесімділігі мемлекеттік тілдегі заңнаманың сыр-сипатына мағыналық тың өзгерістерімен айрықша ықпалын тигізуде.

Заң мәтіндерінде ала-құла қолданылып жүрген, нормалық мағынаның талаптарына жауап бермейтін терминдердің орын алуы біріншіден және ең бастысы мемлекеттік тілдің толымды мүмкіндігін пайдаланудағы кемшіліктерге саятын болса, екіншіден, терминдерді халықаралық қолданыстағы ерекшеліктері мен принциптік дәлдігін сақтамай, жаппай баламалық аудармашылық үрдісіне - пуризмге ден қоюшылыққа келіп саяды.

Заң лексикасының мәтіндік өзіндік ерекшелігі ескеріліп жасалған терминдердің өміршеңдігі оның нормалық дәлдігімен айқындалады.Түбірі шет тілінде алынып жүрген көптеген атаулардың қазақша жаңа баламасын жасау тәжірибесі заңнамалық актілердің мәтіндерін орыс тілінен аудару барысында жүзеге асырылды. Ал ресми құжат аудармасының тілі, яғни заңнама тілі мағыналық нақтылықты қажет етеді. Жекелеген сөз қолданыстарын, атауларды көркем аудармадағы сияқты әдеби төл лексикамыздың табиғи еркіндігінің аясында қарастырып, қолдануға болмайды. Сол себептен де заңнаманың мемлекеттік тілдегі нұсқасын әзірлеп жасау кезінде де, оған кейіннен лингвистикалық сараптама жасау барысында да терминдік қолданыстың екіұдайлығы, бірізді болмауы сияқты мәселелердің төңірегінде пікір алуандығы туындап жатады. Бұл солай болуға тиісті де. Өйткені тіл- жанды құбылыс. Оған заңгердің, тіл маманының, әдебиетшінің саясаткердің пайымымен қарап, сан алуан түсіндірме беруге болады. Мәселен, Мемлекеттік терминология комиссиясы 2009 жылы 18 қарашада бекіткен «қағидат» терминін орысшадағы «принцип» терминінің өз тіліміздегі түбегейлі баламасы ретінде ғана қарастырсақ, мағыналық дәлдікті сақтай аламыз ба деген сұрақ туындайды. Латыннан алынған, о бастан «principium» - «негіз», «бастапқы» мағынасында қолданылатын бұл атаудың гуманитарлық саладағы, айталық саясат, тіл, өнер, экономика, т.б. мәселелердегі мәні - «қағидат» болса, нақты ғылымдар мен техникада «принцип» болып қала беруге тиісті деп ойлаймыз. Мысалы, «белгілі бір тетіктің (механизмнің) жұмыс істеу қағидаты» деп айтуға немесе заң мәтінінде жазуға бола ма?! Сол сияқты қоғамдық саяси мәндегі «үдеріс» атауының да техника саласындағы лексикасы - «процесс» (лат. processus). «Эксплуатация» (фр. explotation) терминінің де «қанау» және «пайдалану» деген екі тұрғыдағы мағынасын

заңның мәтіндік қолданысына қарай пайдалану қажет [2, 3-б.].

Заң терминінің нақтылығы деген мәселені оның мәтіндік қолданылу ерекшелігін ескере отырып қарастырған жөн. Айталық, латыннан енген«функция» термині негізінен көп ретте «атқарылым, қызмет, міндет» деген ұғымдардың баламасы түрінде қолданылғанмен, бұл баламалар басқа салалардағы оның мағынасын толық мәнінде ашып бере алмайды, мәселен, медицинада - белгілібір органның жұмыс істеу қасиетін, математикада – белгілі бір

шамалардың арақатынасын, физикада - физикалық құбылыстың

өзгерісін ұғымдайды. Ал лингвистикада бұл ұғым тіл құрылымының рөлі

немесе мағынасы дегенді білдіресе, информатикада бұл - кіші бағдарламалардың бір түрі. Терминнің заң лексикасындағы қолданылуының осындай ерекшелігін ескеру – өте принципті мәселе, құқық терминдерінің нақтылығын да, оның түпмәтіндік үйлесімін де осы тұрғыдан пайымдаған жөн.

Заң мәтіндерінде кездесетін олқылықтардың бірі - терминдердің бірізді қолданылмауы десек, бұл кемшілік терминнің лексикалық нақтылығы мен үйлесімділігі туралы мәселені айқындау барысында – ерекше назар аударатын жайт. Мысалға жүгінсек, мемлекеттік тілдегі заңнамада жерге, жайылымға, экологияға байланысты қолданылатын «деградация» (латынша degradatio - төмендеу, азаю) термині бірде - «жұтаңдану» бірде «тозу» деп екі түрлі алынады. Қазақстан Республикасының Экологиялық кодексіндегі (2007 жылғы 9 қаңтар) «табиғи ресурстардың жұтаңдануы мен сарқылуын немесе тірі организмдердің қырылуын туындатқан немесе туындататындай етіп қоршаған ортаны ластау немесе табиғи ресурстарды белгіленген нормативтерден артық алу» деп берілсе, Қазақстан Республикасының кейбір заңнамалық актілеріне жайылымдарды пайдалану мәселелері бойынша өзгерістер мен толықтырулар енгізу туралы Қазақстан Республикасының Заңында (2017 жылғы 20 ақпан) – «жайылымдардың тозуымен және шөлейттенуімен күрес жөніндегі іс-шараларды жүргізу» деп алынады. Түбірлік негізі латынша «деградация» терминнің анықтамасы жерді пайдалану жұмыстарының салдарынан егістіктер пен жайылымдардың биологиялық өнімділігінің төмендеуі немесе жоғалуы дегенді білдіреді, демек, Экологиялық кодекстегі «жұтаңдану» термині өз мәнінде қолданылған, яғни жер ресурстары сапасының төмендеуі айқындалған. Ал соңғы жағдайдағы «тозу» термині «деградацияның» мағыналық нақтылығын беріп тұрған жоқ. Сөйтіп, термин бірізділігінің сақталмауынан, түрліше алынуынан оның қолданыстық нақтылығына нұқсан келіп тұр, бұл өз кезегінде салалық терминдерінің заң мәтіндерінде дұрыс үйлесімделіп, сарапануына нұқсанын тигізеді.

Құқықтық норманың нақтылығы мен лексикалық, мағыналық үйлесімнің болуы - заң терминін өз мәнінде сапалы қолданудың бірден-бір шарты. Заңнамалық-лингвистикалық аспектілер тұрғысынан келіп, ұлттық заңнаманың негізінде заң терминдері қорын қалыптастыру – бүгінгі таңдағы өзекті мәселе. Бұл мәселе - заңнама лингвистикасы саласындағы мемлекеттік тілдің өрісін ашатын, оған басымдық берудің арнасы. Тіл білімінде әлі толықтай зерттелмеген, тілтану ғылымының жаңа бағыты болып табылатын заңнама лингвистикасы тіл мен құқықтық норманың өзіндік үйлесімді арақатынасынан туындайтын сала болса, оның негізгі өзегі - заң терминологиясы, заң тілінің өзіндік стилі. Демек, заңнама терминдерінің мәселесі заңнама лингвистикасының қолданбалы ғылым ретінде қалыптасуы мен орнығуымен тікелей байланысты. Осы реттен келгенде мақаламыздағы заңнама терминдерінің құқықтық тұрғыдағы нақтылығы мен мағыналық үйлесімділігі қатысты проблема заңнамалық лингвистиканың бір ауқымында, оның қолданбалылық сипатымен ғана байланыстырып қарастырылды.

ӘДЕБИЕТ

1. Мемлекет басшысы Н. Назарбаевтың «Қазақстанның үшінші жаңғыруы: жаһандық бәсекеге қабілеттілік» атты Қазақстан халқына жолдауы. 2017 жылғы 31 қаңтар. http://www.akorda.kz/kz/

2. Заңнама терминдерінің қазақша-орысша, орысша- қазақша сөздігі / Құраст.және жалпы ред. М. Айымбетов. - Астана, 2017. – 649 б.

REFERENCES

1. Memleket basshysy N. Nazarbaevtyn «Qazaqstannyn үshinshi zhangyruy: zhahandyq bәsekege qabilettilik » atty Qazaqstan halqyna zholdauy. 2017 zhylgy 31 qantar. http://www.akorda.kz/kz/

2. Zannama terminderinin qazaqsha-oryssha, oryssha-qazaqsha sozdigi / Qұrast.zhane zhalpy red. M. Aiymbetov. - Astana, 2017. – 649 b.

ӘОЖ 81’1’42

ҚР АЗАМАТТЫҚ КОДЕКСІНІҢ МЕМЛЕКЕТТІК ТІЛДЕГІ МӘТІНІН СТИЛИСТИКАЛЫҚ ТҰРҒЫДАН ЗЕРДЕЛЕУ

Дүйсенкүл Мұқамбетжанқызы Шыңғысбаева
Қазақстан Республикасы Заңнама институты Лингвистика орталығы аударма секторының аға ғылыми қызметкері;
Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: d.shyngysbaeva@adilet.gov.kz

Нұргүл Айтмұханқызы Байкәрімова
Қазақстан Республикасы Заңнама институты Лингвистика орталығы НҚА және халықаралық шарттар жобаларына ғылыми лингвистикалық сараптама секторының аға ғылыми қызметкері;
Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: n.baikarimova@adilet.gov.kz

Түйін сөздер: *Азаматтық кодекс; мемлекеттік тіл; теңтүпнұсқалылық.*

Аннотация. *Аталған мақалада Азаматтық кодекстің аудармасындағы заң тілінің синтаксистік оралымдарын, синтаксистік сипаттарын ескеру мәселелеріне назар аударылған. Сондай-ақ автор аударма қызметінде тілдік білімнің орны ерекше екендігін атап өтеді. Сонымен бірге заңнамалық актілерге аударма жасауда қазақ тілінің табиғи заңдылықтарын, яғни нормаларды сақтаудың қажеттілігіне мән бере кетеді. Одан басқа, мақалада заң тілінің сөз жасамдық және морфологиялық сипаттарын ескеру мәселелеріне жіті назар аударылған. Заң тіліндегі сөз оралымдарын дұрыс құру, шұбалаңқылықтан қашу, калька аудармадан арылуға ден қою қажеттілігіне, тіл тазалығы арқылы ойды өркендете алатындығымызға, ой арқылы норманы дұрыс беретінімізге, ақпаратты дұрыс жеткізе алатынымызға баса мән берілген.*

Тәуелсіз Қазақстанның әлемдегі өзіндік бірегей орнының нығаюы, яғни аударма ісіне де тәуелді. Елдер мен халықтар арасындағы саяси-экономикалық, рухани, мәдени байланыстар ауқымының ұлғаюы аударма ісінің білікті мамандарын ғана даярлауды қажет етіп қоймай, сонымен қатар аударма теориясына қатысты мәселені де күн тәртібіне қойып отыр.

Дегенмен де осы тақырыпты кеңірек ашу мақсатында мақалада тілдің практикалық мәселелерімен қатар теориялық мәселелерін де кеңінен қарастырылды.

Азаматтық кодексті стилистикалық тұрғыдан жетілдіру- бүгінгі күннің кезек күттірмейтін мәселесі болып тұр. Қазақстанның әлем алдындағы деңгейінің өсуі, жаңғыруға қосар үлесі заңымыздың өз тілімізде сауатты, көпшілікке түсінікті, халыққа қызмет ететін заңдарды дайындап шығаруы болып табылады.

ИЗУЧЕНИЕ СТИЛИСТИКИ ТЕКСТА ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РК НА ГОСУДАРСТВЕННОМ ЯЗЫКЕ

Шынгысбаева Дуйсенкуль Мухамбетжановна
Старший научный сотрудник сектора перевода Центра лингвистики Института законодательства Республики Казахстан;
г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: d.shyngysbaeva@adilet.gov.kz

Байкаримова Нургуль Айтмухановна
Старший научный сотрудник сектора научно-лингвистической экспертизы проектов НПА и международных договоров Центра лингвистики Института законодательства Республики Казахстан;
г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: n.baikarimova@adilet.gov.kz

Ключевые слова: *Гражданский кодекс; государственный язык; аутентичность.*

Аннотация. *В настоящей статье указаны вопросы применения синтаксического оборота, синтаксических свойств юридического языка в переводе Гражданского кодекса. Также автор отмечает особую роль языкознания в переводческой деятельности. К тому же, отмечается необходимость соблюдения естественной закономерности, то есть норм казахского языка при переводе законодательных актов. В статье затронуты вопросы учета особенностей словообразования и морфологических свойств юридического языка. Особое внимание уделено необходимости правильного составления словосочетаний, исключения*

лишних слов и прямого перевода, а также тому, что с помощью ясности языка можно правильно передать смысл нормы.

Укрепление позиции независимого Казахстана на мировой арене также зависит от переводческого дела. Расширение политическо-экономического, духовного, культурного сотрудничества между странами и народами требует не только подготовки квалифицированных специалистов в сфере переводческого дела, но и вместе с тем ставит во главу угла вопрос теории перевода.

При этом, в целях полного раскрытия этой темы в статье наряду с практическими вопросами языка, было бы правильным детально рассмотреть и теоретические вопросы. Так, в статье рассмотрены обсуждение важных мнений касательно вопросов перевода, изучены синтаксические моменты, а также особо отмечены лингвистические вопросы перевода, касающиеся развития юридического языка. Кроме того, изучены некоторые предложения текста Гражданского кодекса на казахском языке, которые составлены без соблюдения правил пунктуации, соответственно, непонятные для обывателя, а также предложены пути их редакционного улучшения.

STUDYING OF STYLISTICS OF THE TEXT OF THE CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN IN A STATE LANGUAGE

Shyngysbayeya Duissenkul
Senior researcher of the sector of translation of Linguistic center of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, Astana, Republic of Kazakhstan; e-mail: d.shyngysbaeva@adilet.gov.kz

Nurgul Baikarimova
Senior researcher of the sector of research linguistic expertise of legal acts and international agreements of Linguistic center of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, Astana, Republic of Kazakhstan; e-mail: n.baikarimova@adilet.gov.kz

Keywords: *Civil code, state language, authenticity.*

Abstract. *Mentioned paper focuses on issues associatedwiththe syntactic phrases and the syntactic natures of the Civil Code translation. Author also mentions that in translation process the knowledge of language plays a significant role. Moreover, author considers an importance of following the rules of the Kazakh language in the translation of legal acts. Furthermore, the paper pays a close attention to issues related to taking into account the word divided and the morphological character of the legal language. The word formation in the legal language, avoiding ambiguity and literal translation of words, the possibility of developing an idea through the purity of language, the ability to express ideas or transmit information precisely through ideas are examined by author.*

The development of independent Kazakhstan also depends on translation. Enlarging of social-economic, spiritual, cultural communications between countries and nations requires not only training skilled experts; also it necessitates putting on agenda issues related to the theory of translation.

Yet it would be efficient if author considers the theoretical aspect of the language alongside with its practical issues. Nevertheless, the fact that the paper covers issues associated withcritical problems of translation, syntactic and linguistic side of translation related to the development of the language worth a high esteem. Likewise, the paper discusses ambiguous translation of some sentences of the Civil Code and offers approaches to improve them.

Заң мәтінін стилистикалық тұрғыдан зерделеу заңның басты идеясын, негізгі ойды терең түсіне білуге үйретуді көздейді. Стилистикалық жағынан жетілген, ойды дұрыс жеткізген заң мәтіндері ғана көпшілікке ұғынықты болып, халыққа қызмет етеді. Ал шұбалаңқы, екі ұшты, калька боп берілген заң мәтіндері тек сәтсіз аударма болып қала береді.

Заң нормаларындағы ережелер мен талаптарды дұрыс түсініп, оны орындау заң тілінің жеткізілуіне байланысты. Құқық талабын тек қана қазіргі нормашығармашылық технологияның кешенді жоғары деңгейімен қамтамасыз еткенде ғана, нақты білдіруге болады. Заңның мәтіні жақсарған сайын оны жүзеге асыру оңайға түседі. Сондықтан тіл стилі - заң шығармашылығының негізі.

Құрмалас сөйлемдер күрделі мағыналық және грамматикалық қарым-қатынасты

беруге бейім болып келеді, бұл әсіресе ғылыми стильге тән. Ғылыми стильде күрделі ой логикалық жағынан жүйелі баяндалатындықтан, дәлелдеуді, белгілі бір құбылыс, заттың мәнді белгісін көрсетуді, ғылыми негіздеуді көздейтіндіктен, сөйлем құрылысы күрделі сабақтас құрмалас сөйлемдер арқылы жасалады, ол құрмаластың бірінші жай сөйлемінің (бағыныңқының) баяндауышы көбінесе шартты рай тұлғасында келіп, екінші сөйлемі ойды тиянақтап, дәлелдеп, тұжырымдап тұрады. Мысалы, орысша нұсқасы:*«В случае смерти члена производственного кооператива его наследники могут быть приняты в члены кооператива, если иное не предусмотрено уставом кооператива. При отказе наследника умершего члена кооператива от вступления в кооператив либо отказе кооператива от приема наследника ему выплачивается доля в имуществе, пропорциональная паю умершего члена кооператива, а также причитающиеся умершему часть чистого дохода кооператива и вознаграждение за личное трудовое участие в деятельности кооператива». Қазақша нұсқасы: «Өндірістік кооперативтің мүшесі қайтыс болған жағдайда оның мұрагерлері, егер кооперативтің жарғысында өзгеше көзделмесе, кооператив мүшесі етіп қабылдануы мүмкін. Кооперативтің қайтыс болған мүшесінің мұрагері кооперативке кіруден бас тартқанда немесе кооператив мұрагерді қабылдаудан бас тартқанда оған кооперативтің қайтыс болған мүшесінің мүліктегі пайына бара-бар үлес, сондай-ақ кооперативтің таза табысының қайтыс болған адамға тиесілі бөлігі және кооператив қызметіне қосқан жеке еңбегі үшін сыйақы төленеді».*[1] деп аударманы стильдік жағынан әрлендіре түскен дұрыс болар еді.

Әр түрлі синтаксистік оралым бірліктерімен келген (басыңқы сөйлемдер, оқшауланған оралымдар, сөйлемнің бірінғай мүшелері) айрықша ұзақ сөйлемдерді түсіну қиын:

а) құрмалас сөйлем компоненттерінің арасында логикалық-грамматикалық байланыстың болмауы;

ә) құрмалас сөйлем компоненттерінің тым шұбалаңқы болуы.

Заң мәтіндеріндегі кездесетін шұбалаңқы сөйлемдер стилистикалық қатеге саналады. Мұндай ұзақ сөйлемдерді мағынасын тұжырымдау және қабылдауға жеңіл болу үшін бірнеше сөйлемге бөліп беруге болатын сияқты. Мысалы, *«Аралық тарату балансын жасаған кезде таратылатын заңды тұлға мүлкінің құрамына арнайы қаржы компаниясының жобалық қаржыландыру кезіндегі міндеттемелері бойынша, Қазақстан Республикасының жобалық қаржыландыру және секьюритилендіру туралы заңнамасына сәйкес шығарылған арнайы қаржы компаниясының секьюритилендіру кезіндегі облигациялары бойынша қамтамасыз ету болып табылатын бөлінген активтер және ипотекалық облигациялар бойынша: ипотекалық тұрғын үй қарызы шарттары бойынша талап ету құқықтары (ипотекалық куәліктерді қоса алғанда), сондай-ақ көрсетілген облигацияларды ұстаушыларда меншік құқығы мәмілелер бойынша не Қазақстан Республикасының заңнамалық актілерінде көзделген өзге де негіздер бойынша туындаған немесе оларға ауысқан жағдайларда Қазақстан Республикасының мемлекеттік бағалы қағаздары қамтамасыз ету болып табылатын кепіл мүлкі енгізілмейді»*,- деп берілген.[2] Осы сөйлемді былайша бөліктерге бөліп алған жағдайда да мәтіннің нормалық жүгі өзгермейді әрі түсінікті болады. Мысалы. *«Аралық тарату балансын жасаған кезде таратылатын заңды тұлға мүлкінің құрамына:*

а) арнайы қаржы компаниясының жобалық қаржыландыру кезіндегі міндеттемелері бойынша;

ә) Қазақстан Республикасының жобалық қаржыландыру және секьюритилендіру туралы заңнамасына сәйкес шығарылған арнайы қаржы компаниясының секьюритилендіру кезіндегі облигациялары бойынша қамтамасыз ету болып табылатын бөлінген активтер және ипотекалық облигациялар бойынша;

б) ипотекалық тұрғын үй қарызы шарттары бойынша талап ету құқықтары (ипотекалық куәліктерді қоса алғанда), сондай-ақ көрсетілген облигацияларды ұстаушыларда меншік құқығы мәмілелер бойынша;

в) не Қазақстан Республикасының заңнамалық актілерінде көзделген өзге де негіздер бойынша туындаған немесе оларға ауысқан жағдайларда Қазақстан Республикасының мемлекеттік бағалы қағаздары қамтамасыз ету болып табылатын кепіл мүлкі енгізілмейді».[3]

Осы сияқты Кодекстің қазақша нұсқасында синтаксистік қателер де көзге ұрып тұрады.

[1] *ҚР Азаматтық кодексінің 100-бабының 4-тармағы*
[2] *ҚР Азаматтық кодексінің 50-бабы 4-тармағының үшінші абзацы*
[3] *ҚР Азаматтық кодексінің 50-бабы 4-тармағының үшінші абзацы*

Мысалы, *«Әрекет қабілеттілігі жоқ адам сауығып кеткен немесе денсаулығы едәуір жақсарған жағдайда сот оны әрекет қабілеттілігі бар деп таниды, бұдан кейін одан қорғаншылық алынады».*[4] Орысша нұсқасы: *«В случае выздоровления или значительного улучшения здоровья недееспособного, суд признает его дееспособным, после чего с него снимается опека».* Бұл жерде «одан қорғаншылық алып тасталады» деп жазылуы керек. *«Қорғаншылық алынады»* деген сөздің мағынасын түсіну қиын. Сонымен қатар осы сөйлемдегі «әрекет қабілеттілігі жоқ», «әрекет қабілеттілігі бар» деген сөздер тиісінше «әрекетке қабілетсіз», «әрекетке қабілетті» деп қолданған жөн.

«Өз қызметінің негізгі мақсаты ретінде табысын келтіруді көздейтін (коммерциялық ұйым) не мұндай мақсат ретінде пайда келтіре алмайтын және алынған таза табысын қатысушыларына үлестірмейтін (коммерциялық емес ұйым) ұйым заңды тұлға бола алады».[5] Орысша нұсқасы: *«Юридическим лицом может быть организация, преследующая извлечение дохода в качестве основной цели своей деятельности (коммерческая организация) либо не имеющая извлечение дохода в качестве такой цели и не распределяющая полученный чистый доход между участниками (некоммерческая организация)».* Мұнда «табысын келтіруді», «таза табысын қатысушыларына үлестірмейтін» деген сөздер «кіріс келтіруді көздейтін», «таза кірісін қатысушылар арасында үлестірмейтін» деп жазылуға тиіс.

«Бұл ретте осы Кодексте көзделген жағдайларды қоспағанда, кооперативтің басқа мүшелері мұндай пайды (оның бір бөлігін) сатып алуды басым құқықты пайдаланады».[6] Орысша нұсқасы: *«В этом случае другие члены кооператива пользуются преимущественным правом покупки такого пая (его части), за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом».* Мұнда «сатып алудың басым құқығын пайдаланады» деп жазылуға тиіс. Сөйлем таза калька болып шыққан.

«Туынды қаржы құралдары - болашақта осы шарт бойынша есеп айырысуды жүргізуді көздейтін, құны шарттың базалық активінің шамасына (шамасының ауытқуын қоса алғанда) тәуелді шарт.»[7] Орысша нұсқасы: *«Производный финансовый инструмент - договор, стоимость которого зависит от величины (включая колебании величины) базового актива договора, предусматривающий осуществление расчета по данному договору в будущем.»* Мұнда «есеп айырысу жүргізуді көздейтін» деп табыс септігінің бірінің жалғауын түсіріп қолдану қажет.

«Егер азаматтың немесе заңды тұлғаның ар-намысына, қадір-қасиетіне және іскерлік беделіне кір келтіретін мағлұматтарды таратушыны анықтау мүмкін болмаса, өзі жөнінде осындай мағлұматтар тараған адам таратылған мағлұматтарды шындыққа сай келмейді деп тану туралы сотқа жолдануға құқылы».[8] Орысша нұсқасы: *«Если установить лицо, распространившее сведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию гражданина или юридического лица, невозможно, лицо, в отношении которого такие сведения распространены, вправе обратиться в суд с заявлением о признании распространенных сведений не соответствующими действительности».* Мұнда «жолдануға» емес, «жүгінуге» деп жазылуға тиіс.

ҚР Азаматтық кодексінің 152-бабы 1-тармағының 2) тармақшасы:

«2) мәмілелерді жасау кезінің өзінде орындалатындарынан басқа, жүз есептік көрсеткіш жоғары сомаға;»[9] Орысша нұсқасы: 2) на сумму свыше ста расчетных показателей, за исключением сделок, исполняемых при самом их совершении.». Мұнда «жүз есептік көрсеткіштен жоғары» деп жазылуға тиіс («көрсеткіш» деген сөзге шығыс септігінің жалғауы жалғанады).

«Өңдеуді жүзеге асырған адамның ықылассыз әрекеттерінің нәтижесінде материалынан айрылған меншік иесі жаңа затты өз меншігіне беруді және өзіне келтірілген залалдардың орнын толтыруды талап етуге құқылы.».[10] Орысша нұсқасы: *«Собственник материалов, утративший их в результате недобросовестных действий лица, осуществившего переработку, вправе требовать передачи новой вещи в его собственность и возмещения причиненных ему убытков».* Мұнда «ықылассыз» деген сөз «недобросовестных» деген сөздің мағынасын ашып тұрған жоқ, бұл жерде мысалы, «ынтасыз», «ниетсіз», «пейілсіз», «құлықсыз» т.с.с. сөздермен ауыстыруды ойластыруға болады.

[4] *ҚР Азаматтық кодексінің 26-бабының 3-тармағы*
[5] *ҚР Азаматтық кодексінің 34-бабының 1-тармағы*
[6] *ҚР Азаматтық кодексінің 100-бабы 3-тармағының екінші абзацы*
[7] *ҚР Азаматтық кодексінің 128-бабының 1-тармағы*
[8] *ҚР Азаматтық кодексінің 143-бабының 7-тармағы*
[9] *ҚР Азаматтық кодексінің 152-бабы 1-тармағының 2) тармақшасы*
[10] *ҚР Азаматтық кодексінің 237-бабының 3-тармағы*



«Меншік иесі өзгенің заңсыз иеленген өз мүлкін талап етуге құқылы.».[11]. Орысша нұсқасы: «Собственник вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения». Мұнда сөйлем дұрыс аударылмаған, дұрыс құрылмаған. Қазақша түсінікті етіп құрсақ, былайша болар еді: «Меншік иесі өз мүлкін бөтен заңсыз иеліктен талап етуге құқылы».

«Егер міндеттемеге бірнеше несие беруші немесе бірнеше борышқор қатысса (адамдар көп болған міндеттеме), несие берушілердің әрқайсысы міндеттемені орындауды талап етуге құқылы, ал борышқорлардың әрқайсысы заңдардан немесе міндеттеме шарттарынан өзгеше туындамайтындықтан, басқалармен тең үлесті орындауға міндетті (үлесті міндеттеме)».[12] Орысша нұсқасы: *«Если в обязательстве участвуют несколько кредиторов или несколько должников (обязательство со множественностью лиц), то каждый из кредиторов имеет право требовать исполнения, а каждый из должников обязан исполнить обязательство в равной доле с другими, поскольку из законодательства или условий обязательства не вытекает иное (долевое обязательство)»*. Мұнда «міндеттемені орындауды талап етуге» деген сөздердің орнына «міндеттеменің орындалуын талап етуге» деп жазылуға тиіс.

«Несие берушілердің әрқайсысы міндеттемені толық атқаруды талап етуге құқылы, ал борышқорлардың әрқайсысы орындауға міндетті болуына сәйкес көп жақтар қатысатын міндеттеме ортақтасқан міндеттеме деп танылады.».[13] Орысша нұсқасы: 1. Обязательство со множественностью лиц, в силу которого каждый кредитор вправе требовать, а каждый должник обязан исполнять обязательство полностью, признается солидарным обязательством». Мұнда *«міндеттемені толық атқаруды талап етуге құқылы»* деген сөздердің орнына *«міндеттеменің толық атқарылуын талап етуге құқылы»* деп алған дұрыс. Мұнда іс-әрекет басқа біреу арқылы істелетіндіктен, «атқар» етістігіне *«ыл»* деген ырықсыз етіс жұрнағы жалғанады. Сонымен бірге, *«несие берушілер»* деген сөздер *«кредиторлар»* деп алынуға тиіс, себебі бұл сөз аударылмайды.

Қорыта айтқанда, Кодекс аудармасының біршама тұстарын қайта қарауға, стильдік жағынан әрлендіре түсуге себептер баршылық.

Тәуелсіз Қазақстанның әлемдегі өзіндік бірегей орнының нығаюы аударма ісіне де тәуелді. Елдер мен халықтар арасындағы саяси-экономикалық, рухани, мәдени байланыстар ауқымының ұлғаюы аударма ісінің білікті мамандарын ғана даярлауды қажет етіп қоймай, сонымен қатар, аударма теориясына қатысты мәселені де күн тәртібіне қойып отыр.

Ендеше, аударманы зерделеу – оны өз еншісіне айналдырған тілтанудың, әдебиеттанудың ғана жеке ісі емес, Қазақстандағы іскер тілге айналдыруға талпынған баршаның да ортақ ісі болмақ.

[11] *ҚР Азаматтық кодексінің 260-бабы*
[12] *ҚР Азаматтық кодексінің 286-бабы*
[13] *ҚР Азаматтық кодексінің 287-бабының 1-тармағы*

УДК 343.161.1

О МЕРАХ ПО РАСШИРЕНИЮ ПРЕДЕЛОВ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ В ДОСУДЕБНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

Ахмеджанов Фарух Раушанулы
Младший научный сотрудник отдела уголовного, уголовно-процессуального, уголовно-исполнительного законодательства и судебной экспертизы Института законодательства Республики Казахстан;
Республика Казахстан, г. Астана, E-mail: farukh.akhmejanov@mail.ru

Ключевые слова: *судебный контроль; принципы; досудебное производство; полномочия; международные стандарты.*

Аннотация. *В статье предлагается к рассмотрению актуальный в теории и на практике вопрос совершенствования судебного контроля на досудебных стадиях уголовного процесса. Обозначается приоритетность указанного направления с учетом основных программных документов, таких как Концепция правовой политики и План нации «100 конкретных шагов».*

В статье проанализированы соответствующие положения уголовно-процессуального законодательства, выявлены недостатки и предложены пути их устранения. В частности, предлагается подчеркнуть важность института судебного контроля путем его включения в УПК в качестве принципа. Данная мера послужит отправной точкой для всех последующих реформ в данной сфере. Кроме того, требует пересмотра в сторону расширения объем полномочий, предоставленных следственному судье, что поспособствует приведению института следственного судьи в соответствии с лучшими мировыми практиками.

Вместе с тем, в работе рассмотрены международные стандарты в области осуществления судебного контроля над досудебным производством, выявлены позитивные элементы, которые могут быть отражены в казахстанском уголовно-процессуальном законодательстве. Отмечается важность совершенствования национального законодательства на основе детального изучения международно-правовых стандартов в виду неразвитости отечественного института судебного контроля и необходимости пересмотра концептуальных основ данного обеспечительного правового явления.

В завершении работы приводится позиция о целесообразности в перспективе поэтапного отказа от института прокурорского надзора в рамках досудебного производства в целях исключения дублирования полномочий суда и в связи с более высокой эффективностью последнего в вопросах обеспечения соблюдения прав и законных интересов личности.

СОТҚА ДЕЙІНГІ ІС ЖҮРГІЗУДЕ СОТ БАҚЫЛАУЫНЫҢ ШЕКТЕРІН КЕҢЕЙТУ БОЙЫНША ШАРАЛАР ТУРАЛЫ

Фарух Раушанұлы Ахмеджанов
Қазақстан Республикасы Заңнама институтының қылмыстық, қылмыстық іс-жүргізу, қылмыстық атқару және сот сапартамасы бөлімінің кіші ғылыми қызметкері;
Қазақстан Республикасы, Астана қ.; E-mail: farukh.akhmejanov@mail.ru

Түйін сөздер: *сот бақылауы, қағидалар, сотқа дейінгі терген-тексеру, өкілеттіліктер, халықаралық стандарттар.*

Аннотация. *Мақалада теория мен практикада өзекті болып табылатын қылмыстық процестің сотқа дейінгі сатыларындағы сот бақылауын жетілдіру мәселесін қарастыру ұсынылған. Құқықтық саясат концепциясы және «100 нақты қадам» атты Ұлт жоспары секілді негізгі бағдарламалық құжаттарды есепке ала отырып берілген бағыттың маңыздылығы белгіленген.*

Мақалада қылмыстық-процестік заңнаманың сәйкес ережелеріне талдау жасалынған, кемшіліктер анықталып, оларды жою жолдары ұсынылған. Жеке тоқталар болсақ, сот бақылауы институтының маңыздылығына оны Қылмыстық-процестік кодексте жеке қағида ретінде қосу арқылы ерекше көңіл аудару ұсынылған. Аталған шара бұл саладағы барлық келесі реформалар үшін алғышарт болады. Одан бөлек, тергеу судьясына берілген өкілеттіліктердің көлемін кеңейту мән беру қажет, бұл тергеу судьясы институтын ең мықты әлемдік практикаларға сәйкестендіруге септігін тигізеді.

Сонымен бірге, жұмыста сотқа дейінгі өндіріске сот бақылауын жүзеге асырудың халықаралық стандарттары қарастырылған, оның ішінде қазақстандық қылмыстық-іс-жүргізушілік заңнамада көрініс табуы мүмкін позитивті элементтері анықталған. Ұлттық заңнаманы халықаралық-құқықтық стандарттарды егжей-тегжейлі зерттеу негізінде жетілдіру маңыздылығына ерекше көңіл бөлінеді, себебі сот бақылауының отандық институты дұрыс жетілмеген және бұл қамтамасыз етуші құқықтық құбылыстың тұжырымдамалық негіздерін қайта қарастыру қажет.

Жұмыс соңында сот өкілеттіліктерін дубляждаудың алдын алу мақсатында және оның тұлғаның құқықтары мен заңды мүдделерін қамтамасыз ету мәселелеріндегі жоғары тиімділігіне байланысты сотқа дейінгі өндіріс кезіндегі прокурорлық қадағалау институтынан кезең-кезеңмен бас тарту қажеттілігі туралы көзқарас айтылған.

THE MEASURES FOR EXPANDING SCOPE OF JUDICIAL CONTROL IN PRE-TRIAL PROCEEDINGS

Farukh R. Akhmejanov
Junior research fellow, Department of Criminal, Criminal Procedure, Criminal Executive Legislation and Judicial Expertise, Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan; Astana, Republic of Kazakhstan;
E-mail: farukh.akhmejanov@mail.ru

Keywords: *judicial control, principles, pre-trial proceedings, authorities, international standards.*

Abstract. *The article proposes to consider the issue of improving judicial control at the pre-trial stages of the criminal process, which is topical from the theoretical perspective and in practice. This direction is regarded as foreground taking into account the main program documents, such as the Concept of Legal Policy and the Plan of the Nation «100 concrete steps».*

The article analyzes the relevant provisions of the criminal procedural legislation, identifies shortcomings and suggests ways of their elimination. In particular, it is proposed to emphasize the importance of the institute of judicial control by including it as a principle in the Criminal Procedure Code. This measure will serve as a starting point for all subsequent reforms in this field. Besides, the scope of authority granted to the investigating judge requires a revision in the direction of expansion, which will contribute to bringing the institute of the investigating judge in accordance with the best world practices.

At the same time, the work examines international standards in the area of exercising judicial control over pre-trial proceedings, and identifies positive elements that may be reflected in Kazakhstan's criminal procedural legislation. The article emphasizes the importance of improving national legislation on the basis of a detailed study of international legal standards in view of the underdevelopment of the domestic institute of judicial control and the need to revise the conceptual foundations of this legal phenomenon.

The work concludes with a position on the need for a phased withdrawal from the institute of prosecutor's supervision in the framework of pre-trial proceedings in order to avoid duplication of the court's authorities and due to its higher effectiveness in ensuring respect for rights and legitimate interests of the individual.

В целях улучшения качества казахстанского правосудия дальнейшее совершенствование уголовного процесса должно предполагать расширение пределов судебного контроля на стадии досудебного расследования.

Пунктом 3.2 Концепции правовой политики Республики Казахстан отмечается, что «перспективы развития судебной системы также связаны с возможностью поэтапного расширения пределов судебного контроля в досудебном производстве».

Действующий Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан (далее – УПК РК) посредством введения института следственного судьи заложил основу для формирования эффективного механизма судебного контроля. В соответствии с частью 3 статьи 54 УПК к полномочиям следственного судьи относится осуществление судебного контроля за соблюдением прав, свобод и законных интересов лиц в уголовном судопроизводстве. Вместе с тем, предоставленные следственному судье полномочия (статья 55 УПК) не в полном объеме отражают его основное назначение – защита прав и свобод участников уголовного процесса от незаконных действий органов уголовного преследования. Иными словами, имеющиеся полномочия носят половинчатый характер, что создает необходимость скорейшего

наделения следственного судьи дополнительными полномочиями, обеспечивающими гарантии соблюдения законности при применении норм УПК.

Относительно судебного контроля справедливо отмечает С.А. Шейфер, указывая, что «судебный контроль позволяет устранить субъективизм при принятии процессуальных решений и служит гарантией прав личности в уголовном судопроизводстве» [1, с. 183]. Кроме того, «суды должны максимально четко и ограничительно описывать пределы действий правоохранительных органов, устанавливая сроки действия выданной им санкции, круг лиц, на которых они распространяются и т.д.» [2, с. 298].

Нельзя не отметить успешный опыт некоторых зарубежных стран. В частности, полезным с точки зрения имплементации отдельных положений считаем опыт США, Великобритании, Франции и ФРГ.

Примечательно, что в английском праве отсутствует четкое понятие судебного контроля над предварительным расследованием. При этом данное определение применительно к Великобритании является условным, так как вся деятельность суда в английском уголовном процессе рассматривается в качестве неотъемлемой части предварительного производства. В сравнении с отечественной практикой полномочия английского суда намного больше наполнены властным содержанием, которое выражается в возможности не только изменить либо отменить решение лиц, ведущих досудебное производство, но и самостоятельно принимать решения, определяющие будущую судьбу всего уголовного дела.

Судебный контроль в США американскими авторами и исследователями права определяется как надзорная деятельность. Данный институт непосредственно связан с идеями конституционализма и составляет важную часть всей системы «сдержек и противовесов» в реализации принципа разделения властей. Судебным органам отводится ключевая роль в применении норм права и разрешении конфликтов и споров. Как и в Великобритании, судебный контроль в США составляет общую систему судебно-надзорной деятельности в рамках процесса расследования.

Во Франции судебный контроль не представляет собой специфического вида уголовно-процессуальной деятельности. Для его осуществления требуется жалоба заинтересованного лица. Вместе с тем, данная практика компенсируется за счет широких возможностей прокурорского надзора, предоставляющих право требования осуществления процедуры судебного контроля в интересах любого участника процесса. Кроме того, следственный судья наделен достаточным набором полномочий, необходимых для эффективного контроля.

Уголовное судопроизводство ФРГ имеет важную особенность, которая заключается в наличии у следственного судьи полномочий по обжалованию практически всех видов применяемых мер принуждения, включая ситуации несогласия с видом или способом их осуществления [3].

Проведенные в связи с принятием нового УПК в 2014 году реформы также были ориентированы на привлечение лучшего зарубежного опыта, но вместе с тем не в полной мере были изучены вопросы его соотносимости с отечественными условиями.

Осуществляемые в данном направлении преобразования не могут быть успешными без концептуальных изменений, способных ориентировать казахстанское уголовно-процессуальное законодательство на истинный путь развития института судебного контроля. В этой связи полагаем необходимым закрепить на уровне УПК РК в качестве принципа уголовного процесса осуществление судебного контроля над ходом досудебного расследования.

В соответствии с частью 1 статьи 9 УПК РК «принципами являются фундаментальные начала уголовного процесса, определяющие систему и содержание его стадий, институтов и норм, обеспечивающих общие условия реализации прав и обязанностей участников уголовного процесса и решение стоящих перед ним задач». Исходя из данного определения, можно утверждать, что судебный контроль как институт уголовного процесса обладает всеми необходимыми признаками для его полноправного признания в качестве принципа. Так, основной целью судебного контроля выступает защита прав и законных интересов участников процесса от нарушений со стороны органов расследования и прокурора, а также устранение встречающихся в практике расследования нарушений. Данная задача обеспечивает условия реализации прав и обязанностей участников уголовного процесса, а также способствует решению стоящих перед ними задач.

Таким образом, предлагаем дополнить главу 2 УПК РК статьей 15-1 «Осуществление судебного контроля при производстве по уголовным делам». В связи с тем, что действующая редакция статьи 15 УПК РК «Охрана прав и свобод граждан при производстве по уголовным делам» в полной мере согласуется с целями и задачами судебного контроля, предлагается поместить вводимый принцип именно в такой последова-

тельности.

Вводимая статья-принцип должна регламентировать общие начала осуществления судебного контроля, его формы и пределы, а также вопросы соотношения контрольной функции суда с функцией расследования уголовного дела и прокурорским надзором за ходом этого расследования. В этом случае будет значительно повышена роль института судебного контроля, подчеркнута его чрезвычайная важность, а также обозначено направление для дальнейших преобразований уголовно-процессуального закона.

Далее отмечаем, что эффективный судебный контроль предполагает возможность непосредственного обращения с жалобой в суд на действия (бездействие) должностных лиц органов уголовного преследования или прокурора. Между тем действующий УПК не регламентирует подобный механизм. Так, согласно части 1 статьи 105 УПК «жалобы на действия (бездействие) и решения лиц, осуществляющих досудебное расследование, подаются прокурору». Вместе с тем, «жалобы на действия (бездействие) и решения прокурора подаются вышестоящему прокурору».

Таким образом, участники уголовного процесса не имеют реальной возможности на защиту своих прав и законных интересов непосредственно в суде, что ограничивает конституционное право каждого на судебную защиту и не соответствует общепризнанным принципам уголовного процесса.

В соответствии с частью 6 статьи 106 УПК жалоба на действия (бездействие) и решение прокурора, органов уголовного преследования рассматривается следственным судьей единолично, либо при необходимости «в закрытом судебной заседании с участием соответствующих лиц и прокурора, неявка которых не препятствует рассмотрению жалобы». При этом часть 5 данной статьи содержит оговорку «…, либо в этот же срок после получения уведомления прокурора об отказе в удовлетворении жалобы, поданной на его имя, или со дня истечения пятнадцати суток после подачи жалобы прокурору, если не был получен на нее ответ».

Вышеуказанное свидетельствует о наличии необоснованных требований относительно очередности рассмотрения жалобы, что не способствует скорейшему восстановлению прав лица, подавшего жалобу. В этой связи предлагается предусмотреть в УПК РК возможность непосредственного обращения с жалобой в суд на любые незаконные действия (бездействия) должностных лиц, минуя подачу и рассмотрение жалобы прокурором. В частности, подпункт 1) части 3 статьи 53 УПК РК изложить в следующей редакции:

«1) непосредственно рассматривает жалобы на решения и действия (бездействие) органа уголовного преследования, прокурора;»

Немаловажным с точки зрения обеспечения справедливого уголовного процесса является установление эффективных гарантий деятельности адвокатов по защите прав и законных интересов подозреваемых (обвиняемых, подсудимых). Представляется, что судебный контроль в соотношении с деятельностью адвокатов должен выражаться в возможности последних непосредственно обращаться в суд для рассмотрения и приобщения материалов к делу. Действующий УПК РК не содержит подобного механизма, что затрудняет работу адвоката по сбору фактических данных в пользу невиновности своего подзащитного. Статья 70 УПК нуждается в коренном пересмотре полномочий защитника в направлении уменьшения процессуальной зависимости адвоката от следователя и закрепления прав адвокатов по заявлению любых ходатайств непосредственно перед судом минуя следователя и прокурора.

К примеру, согласно подпункта 3) части 3 статьи 70 УПК адвокат вправе «ходатайствовать перед следственным судьей о назначении экспертизы, если органом уголовного преследования в удовлетворении такого ходатайства было необоснованно отказано либо по нему не принято решение в течение трех суток». Данная норма является ярким подтверждением зависимого процессуального положения адвоката, что влечет нарушение принципа состязательности и препятствует созданию равных условий для сторон обвинения и защиты в уголовном процессе.

Полагаем целесообразным отказаться от подобных положений, расширив возможности судебного контроля в обеспечении равных условий для сторон. Для этого предлагается исключить механизм обращения адвокатов с любыми ходатайствами к следователям, оставив полномочие по их рассмотрению исключительно за следственным судьей. Следовательно, все вопросы органа, ведущего досудебное расследование, связанные с разрешением ходатайств адвокатов, должны быть регламентированы в статье 55 УПК РК.

В этом случае стороны уголовного процесса будут иметь равные возможности для приобщения необходимых материалов к делу, вызова и допроса свидетелей, назначения и производства экспертиз и др.

Следует также обратить внимание на другую важную проблему, которая может

возникать в связи с осуществлением расширенного судебного контроля. При осуществлении контрольных действий у судьи подсознательно вырабатывается внутреннее убеждение относительно тех фактических обстоятельств дела, которые были предметом его рассмотрения и в существовании которых он убедился, разрешая, например, проведение определенного следственного действия». Данное обстоятельство выступает существенным препятствием для последующей работы судьи с этим же уголовным делом, так как ставится под сомнение его беспристрастность.

Решение указанной проблемы видится в расширении контрольных полномочий суда через наделение такими полномочиями следственного судью. Так, наряду с обеспечением судебного контроля за процессом расследования будет в полной мере сохранена объективность судьи, ведущего судебное разбирательство.

Вместе с тем необходимо отметить, что судебный контроль не должен выступать в качестве формальной проверки действий (бездействий) и решений органов досудебного расследования и прокурора, которые в итоге не удовлетворяют интересам законности и объективности в уголовном процессе. В качестве решения данного вопроса предлагается проводить дальнейшую работу по укреплению гарантий процессуальной независимости суда, его реальной самостоятельности при принятии решений. Осуществляя судебный контроль, суд не должен поглощать функции органа уголовного преследования или надзора, а должен выступать беспристрастным арбитром, находящимся лишь на стороне закона.

В заключение укажем, что в грядущей перспективе должен быть поставлен вопрос не только расширения пределов судебного контроля в досудебном производстве, но и полного отказа от прокурорского надзора в данной сфере. Данная позиция подтверждается тем, что судебный контроль имеет ряд преимуществ в контексте гарантирования прав личности перед прокурорским надзором. Суды независимы, не связаны ведомственными интересами, и, что очень важно, не несут ответственности за показатели раскрытия преступлений.

Как отмечают исследователи, «в деятельности суда наиболее полно реализуются принципы уголовного судопроизводства, которые создают наиболее благоприятные условия для выяснения действительных обстоятельств дела и установления истины» [4, с. 302].

Вместе с тем, в обоснование предложенного тезиса отметим, что при наличии действенного и эффективного механизма судебного контроля представляется нецелесообразным дополнительный «заслон» от нарушений, ошибок и злоупотреблений в лице прокурорского надзора, который может лишь усложнить без того громоздкий уголовный процесс. Кроме того, переход к данной модели позитивно скажется на повышении процессуальной самостоятельности и независимости следователей. При этом степень защищенности прав и законных интересов участников уголовного процесса, полагаем, значительно повысится.

ЛИТЕРАТУРА

1. Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение / Научное издание. – Самара: изд. «Самарский университет», 2004. – 225 с.

2. Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / Колл. авторов под ред. д.ю.н. Т.Г. Морщаковой. – Москва: изд. Мысль, 2012. – 584 с.

3. Никитина О.В. Международные стандарты применения мер уголовно-процессуального принуждения и зарубежный опыт судебного контроля / Сайт «superinf.ru» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://superinf.ru/view_helpstud.php?id=588 (дата обращения: 07.04.2017)

4. Химичева Г.П. Досудебное производство по уголовным делам (Концепция совершенствования уголовно-процессуальной деятельности) / Москва: изд. «Экзамен», 2003. – 302 с.

REFERENCES

1. Shejfer S.A. Sledstvennye dejstvija. Osnovanija, processual'nyj porjadok i dokazatel'stvennoe znachenie / Nauchnoe izdanie. – Samara: izd. «Samarskij universitet», 2004. – 225 s.

2. Standarty spravedlivogo pravosudija (mezhdunarodnye i nacional'nye praktiki) / Koll. avtorov pod red. d.ju.n. T.G. Morshhakovoj. – Moskva: izd. Mysl', 2012. – 584 s.

3. Nikitina O.V. Mezhdunarodnye standarty primenenija mer ugolovno-processual'nogo prinuzhdenija i zarubezhnyj opyt sudebnogo kontrolja / Sajt «superinf.ru» [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: https://superinf.ru/view_helpstud.php?id=588 (data obrashhenija: 07.04.2017).

4. Himicheva G.P. Dosudebnoe proizvodstvo po ugolovnym delam (Koncepcija sovershenstvovanija ugolovno-processual'noj dejatel'nosti) / Moskva: izd. «Jekzamen», 2003. – 302 s.

УДК 347.918

О НЕОБХОДИМОСТИ ЕДИНОГО ПОДХОДА В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ОТДЕЛЬНЫХ АЛЬТЕРНАТИВНЫХ СПОСОБОВ РАЗРЕШЕНИЯ КОНФЛИКТОВ

Сабиров Камал Канаткалиевич
Научный сотрудник отдела гражданского, гражданско-процессуального и исполнительного производства Института законодательства Республики Казахстан, магистр юридических наук, г. Астана, Республика Казахстан; e-mail: sabirov.k@gmail.com

Ключевые слова: *медиация; арбитраж; альтернативные способы разрешения конфликтов; третейский суд; судебный процесс; единый подход; гражданское право; правовое регулирование конфликтов.*

Аннотация. *В статье рассматривается необходимость применения в казахстанском законодательстве единого подхода к правовому регулированию альтернативных способов разрешения конфликтов.*

В настоящее время все большую популярность в мире приобретают альтернативные способы разрешения конфликтов. Помимо традиционных медиации, арбитражного разбирательства, третейских судов распространение получают и смешанные формы разрешения конфликтов. Например, процедура медиации, в случае не достижения сторонами удовлетворительного решения, может быть продолжена как арбитражное разбирательство и т.п.

Данная тенденция прослеживается и в национальных законодательствах других стран. Поэтому в статье используется метод сравнительно-правового анализа и делается вывод о возможности применения единого подхода в Республике Казахстан.

В статье отмечается, что на сегодняшний день в Республике Казахстан имеется положительный опыт регулирования альтернативных способов разрешения конфликтов. Тем не менее, многие прогрессивные направления в реализации процедур альтернативных способов разрешения конфликтов в Республике Казахстан, так и не были законодательно закреплены. В статье делается вывод о том, что сегодня существуют все предпосылки позволяющие говорить о том, что единый подход предполагает будущее развитие альтернативных способов разрешения споров.

Выводы, сделанные в статье, позволят оценить перспективы и возможности внедрения единого подхода в правовом регулировании альтернативных способов разрешения конфликтов. Статья предназначена для ученых-практиков, юристов, которые интересуются правовым регулирование конфликтов и развитием альтернативных способов разрешения конфликтов в Республике Казахстан.

ЖАНЖАЛДЫ ШЕШДІҢ БАЛАМАЛЫ ТӘСІЛДЕРІН ҚҰҚЫҚТЫҚ РЕТТЕУДЕ БІРІҢҒАЙ ТӘСІЛ ҚАЖЕТТІЛІГІ ТУРАЛЫ

Қамал Қанаткалиұлы Сабиров
Қазақстан Республикасының Заңнама институты Азаматтық, азаматтық іс жүргізу заңнамасы және атқарушылық іс жүргізу бөлімінің ғылыми қызметкері, заң ғылымдарының магистрі; Астана қ., Қазақстан Республикасы; e-mail: sabirov.k@gmail.com

Түйін сөздер: *медиация; арбитраж; дау-шарды шешудің баламалы тәсілдері; аралық сот; сот процесі; бірыңғай көзқарас; азаматтық құқық; құқықтық реттеу қақтығыстар.*

Аннотация. *Мақалада дау-шарды шешудегі баламалы тәсілдердің құқықтық реттеудегі біріңғай амалдарын қазақстандық заңнамда қолданылу қажеттілігі қарастырылады.*

Қазіргі кезде дау-шарды шешудегі баламалы тәсілдер әлемде үлкен әйгілікке ие болып жатыр. Ұлттық медиация, төрелік талқылау, аралық соттардан басқа дау-шарды шешулердің қызықты түрлері таралып жатыр. Мысалы, медиация рәсімінде, егер тараптар қанағаттандыратын шешімге жете алмаса, ол төрелік талқылау ретінде жалғасуы

мүмкін және де т.б.

Аталған үрдіс өзге де елдердің ұлттық заңнамаларында бақыланып жүр. Сондықтан да мақалада салыстырмалы-құқықтық талдау тәсілдері қолданылады және Қазақстан Республикасында біріңғай амалдардың қолданылу мүмкіндігі туралы қорытынды жасалады.

Мақалада, бүгінгі таңдағы Қазақстан Республикасында дау-шарды шешудегі баламалы тәсілдерді реттеудің оң тәжірибесі бары екендігі белгіленеді. Алайда, Қазақстан Республикасында дау-шарды шешудегі баламалы тәсілдер рәсімін жүзеге асырудағы көптеген озық бағыттар заңнамада бекітілген жоқ. Мақалада, қазіргі кездегі жағдайдың бар болуы, біріңғай амалдардың болашақта дауларды шешудің баламалы тәсілдерін жетілдіретініне болжам жасауға мүмкіндік береді деген қорытынды жасалады.

Мақалада жасалған қорытындылар, дау-шарды шешудегі баламалы тәсілдерді құқықтық реттеудегі біріңғай амалдардың енгізілу мүмкіндігіне және болашағын бағалауға жағдай туғызады. Мақала Қазақстан Республикасындағы дау-шарды шешудегі баламалы тәсілдерді жетілдірумен және дау-шарды құқықтық реттеумен қызығушылығын білдіретін тәжірбиелі ғалымдар мен заңгерлерге арналған.

THE NECESSITY OF A SINGLE APPROACH IN LEGAL REGULATION OF CERTAIN ALTERNATIVE METHODS OF CONFLICT RESOLUTION

Sabirov, Kamal K.
Researcher of civil, civil procedural legislation and executive proceedings department of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, Master of legal sciences; Astana, Republic of Kazakhstan; e-mail: sabirov.k@gmail.com

Keywords: *mediation; arbitration; alternative methods of conflict resolution; arbitration court; litigation; single approach; civil law; legal regulation of conflicts.*

Abstract. *The article considers the need of applying a single approach in legal regulation of alternative methods of conflict resolution in the legislation system of the Republic of Kazakhstan.*

At present, alternative methods of conflict resolution are gaining popularity in the world. In addition to traditional mediation, arbitration, arbitration courts, mixed forms of conflict resolution are spread. For example, if the parties fail to reach a satisfactory solution the mediation procedure can be continued as arbitration proceedings and etc.

This trend can be traced in the national legislation of other countries. Therefore, the article uses the method of comparative legal analysis and concludes that it is possible to apply a single approach in the Republic of Kazakhstan.

The article notes that today in the Republic of Kazakhstan there is a positive experience in regulating alternative methods of conflict resolution. Nevertheless, many progressive directions in the implementation of procedures for alternative methods of conflict resolution in the Republic of Kazakhstan haven't been legislated. The article concludes that today there are all the prerequisites to say that a single approach presupposes the future development of alternative methods of conflict resolution.

The conclusions made in the article assess the prospects and opportunities for introducing a single approach in the legal regulation of alternative methods of conflict resolution. The article is intended for practicing scientists, lawyers who are interested in the legal regulation of conflicts and the development of alternative methods of conflict resolution in the Republic of Kazakhstan.

В настоящее время, с принятием в Республике Казахстан 8 апреля 2016 года закона «Об арбитраже», актуальным является вопрос эффективного регулирования арбитражного судопроизводства и возможность применения примирительных процедур в арбитражном процессе.

Идея единого подхода в правовом регулировании процедур альтернативных способов разрешения конфликтов нередко поднимается в трудах ученых-юристов. Так, к примеру, статьей Л.Н. Бардина предлагается рассмотреть возможность принятия комплексного нормативного акта, включающего и третейские суды, и медиацию, и прочие альтернативные способы разрешения конфликтов [1, с.13].

Данный подход может существенно удешевить и ускорить рассмотрение спора, особенно, если дело не окажется сложным. Стороны могут разрешить спор уже на стадии медиации или консилиации (переговоров с участием посредника), если найдут приемлемое для себя решение. Если это не прои-

зойдет, они могут продолжить арбитражное разбирательство.

Опыт казахстанского законодательства, включившего в закон РК «Об арбитраже» положения прежних законов РК «О третейских судах» и «О международном арбитраже», позволяет судить об эффективности единого подхода в правовом регулировании процедур альтернативных способов разрешения конфликтов. Для сравнения закон РФ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» от 29.12.2015 не включил в себя нормы регулирующие деятельность международного коммерческого арбитража, который все еще урегулирован отдельным законом от 1993 года.

При этом на сегодняшний день актуальность и важность регулирования арбитражей и третейских судов не вызывает сомнений, а ведь при их изначальном введении существовали и взгляды отрицавшие необходимость их существования [2, с.53].

Аналогичные сомнения на сегодняшний день высказываются и в отношении единого подхода, хотя через какое-то время можно будет судить о целесообразности его внедрения. Ведь уже сегодня существуют все предпосылки позволяющие говорить о том, что единый подход предполагает будущее развитие альтернативных способов разрешения споров.

Статья 46 закона РК «Об арбитраже» устанавливает возможность разрешения спора начатого в порядке арбитражного разбирательства путем медиации. Пункт 2 статьи 135 Арбитражного процессуального кодекса включает в себя нормы *о том, что при подготовке дела к судебному разбирательству судья разъясняет сторонам их право обратиться на любой стадии арбитражного процесса в целях урегулирования спора за содействием к посреднику, в том числе к медиатору, а также принимает меры для заключения сторонами мирового соглашения*[1].

Стоит отметить, что тенденция сближения арбитража и иных альтернативных способов разрешения конфликтов в сфере предпринимательской деятельности, не является новшеством. Идея сближения является одним из актуальных вопросов, рассматриваемых на международных конференциях, конгрессах и семинарах, посвященных разрешению международных споров. Так, проведенная в 1995 г. в Женеве Конференция о Правилах арбитража и медиации для постоянно действующих учреждений рассматривала как проблематику международного коммерческого арбитража, так и проблематику рассмотрения международных коммерческих споров посредством медиации и консилиации [3, с.10].

В мае 2002 года в Лондоне состоялся 16-й конгресс Международного совета по коммерческому арбитражу. Одной из основных тем его была «Существует ли необходимость принятия типового закона о примирении» [3, с.10].

Данная тенденция прослеживается и в национальных законодательствах других стран. Так, еще в 2001 году в Бельгии был принят «Регламент арбитража», который предусмотрел возможность сторон обратиться в процессе арбитражного разбирательства к медиации или консилиации [4].

В Индии с 1996 года действует закон «Об арбитраже и консолиации», который закрепил тенденцию к взаимному сближению арбитража и иных способов альтернативного разрешения конфликтов. Подобные явления четко демонстрируют тенденцию к упрощению международного коммерческого арбитража.

Эти процессы в целом отражены в законодательствах, как Казахстана, так и Российской Федерации. К примеру, ГПК РФ (п.5 ст. 150), АПК РФ (п. 2 ст. 135), федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (п. 2 ст. 7) содержат указание на то, что процедура медиации может быть применена, в том числе по предложению судьи или третейского судьи. С другой стороны указанная норма зачастую носит формальный характер и на практике сводится к тому, что судьи должны разъяснять сторонам возможность проведения ими процедуры медиации, что происходит далеко не всегда.

В праве существует и точка зрения, по которой альтернативные способы разрешения конфликтов противопоставляются как судебному, так и арбитражному разбирательству и охватывает только консенсуальные процедуры [5].

Главным аргументом этой точки зрения является тот факт, что процедура разрешения споров в арбитраже довольно схожа с процедурой в судах общей юрисдикции, оба этих вида существенно отличаются от альтернативных способов разрешения споров. Хотя этот факт можно оспорить тем, что в настоящее время популярной формой альтернативных способов разрешения споров является процедура мед-арб (med-arb), которая получила широкое распространение за рубежом и применяется крупными третей-

[1] *»Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» от 24 июля 2002 N 95-ФЗ (ред. от 22.04.2013) // «Российская газета», N 137, 27.07.2002. – 148 с.*

скими организациями.

Данная процедура предусматривает наличие посредника-арбитра, который при невозможности заключения сторонами соглашения, продолжает рассмотрение спора в порядке арбитража [6].

В настоящее время посредники-арбитры получают все большее распространение, нежели традиционные медиаторы. В классической модели мед-арб, независимый посредник-арбитр проводит стандартную процедуру примирения сторон, в рамках которой он способствует достижению сторонам заключения примирительного соглашения. В случае если в рамках определенного срока урегулировать спор не удается, медиатор завершает медиацию и открывает третейское разбирательство по имеющемуся спору. Вместе с этим меняется и его роль. Он становится третейским судьей и приступает к разрешению спора в рамках обычного третейского разбирательства [7].

Таким образом, процедура med-arb удачно совмещает медиацию и арбитраж и позволяет применить более гибкий подход в разрешении споров между сторонами, оставляя при этом возможность выбора между различными способами альтернативного разрешения конфликта.

Med-arb является лишь одним из возможных вариантов применения единого подхода. Другой удачной практикой можно считать модель параллельной процедуры, предусматривающей проведение медиации и третейского разбирательства параллельно друг с другом (med-arb simultanes). В настоящее время данный формат применяется, к примеру, Парижским центром арбитража и медиации (CMAP) [7].

Однако в процедурах med-arb существуют и определенные проблемы, которые на первый взгляд не всегда очевидны. Так, к примеру, зарубежный опыт показал, что выполнение медиатором функций арбитра может негативно сказаться на проведении процедуры примирения. Ведь стороны, зная, что при неблагоприятном исходе процесс может быть продолжен в рамках арбитражного разбирательства, менее охотно и достоверно делились информацией [8, с.128].

Поэтому в настоящее время, в зарубежных государствах появилась новая форма процесса, которая позволят избежать указанных недостатков. Речь идет об избрании сторонами сразу двух нейтральных лиц, один из которых действует как посредник, а другой присутствует только при совместных заседаниях, и если стороны не придут к единому решению, действует как арбитр [8, с.129].

В настоящее время отечественное законодательство в сфере медиации обладает рядом проблемных моментов, которые так и не были урегулированы, несмотря на то, что соответствующий закон был принят еще в 2011 году. А если принять во внимание, что еще в 2002 году Президентом Казахстана был издан Указ «О Концепции правовой политики Республики Казахстан», в котором отмечалась необходимость «широкого внедрения института примирения», непростительным выглядит, по прошествии пятнадцати лет, не проработанность отдельных вопросов примирительных процедур.

Так, медиация в Казахстане, несмотря на широкое освещение в СМИ и законодательное закрепление, до сих пор не получила широкого распространения.

К тому же, до сих пор, профессия медиатора не была включена в Государственный классификатор занятий Республики Казахстан[2]. Это один из наиболее серьезных пробелов внедрения альтернативных процедур урегулирования конфликтов в нашей стране. О каком развитии и поддержке медиации может идти речь, если эта профессия даже не классифицирована официально?

Впрочем в Российской Федерации ситуация с применением медиации также весьма плачевна. С момента введения закона РФ о медиации в действие прошло уже шесть лет, однако статистика указывает на то, что медиация остается невостребованной обществом. Так в 2014 году в РФ с помощью медиации было урегулировано 1329 дел (0,01% от числа рассмотренных). А в 2015 г. и того меньше, - путем проведения медиации было урегулировано 1 115 дел (0,007% от числа рассмотренных)[3].

Но имеется и позитивный опыт соседних государств, например КНР, где до 30% всех гражданских споров решается во внесудебном порядке [9]. При этом в КНР упор сделан на некоммерческую - «народную» медиацию. В нашем законодательстве, несмотря на разграничение профессиональных и непрофессиональных медиаторов, большее значение уделено коммерческим организациям медиаторов. Следует признать, что на сегодняшний день этот подход не оправдал возложенных на него ожиданий.

Возможным выходом стало бы внедре-

[2] *ГК РК 01-2005 (ГК РК 01-99) «Классификатор занятий» (с изменениями на 01.01.2006 г.)*

[3] *Справка о практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» за 2015 год» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22 июня 2016 г.). URL: http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71329664/*

ние института медиаторов-арбитров или иных посредников, которые могли бы совмещать функции примирителей в разных видах альтернативных способах разрешения споров.

Сама по себе медиация была разработана в США в 60-70ых годах прошлого века на основе института посредничества, как структурированного процесса разрешения конфликтов [10, с.82]. То есть страны СНГ не являются новаторами в данном направлении, но копируют существующий опыт применения альтернативных способов урегулирования споров, учитывая национальные реалии. В настоящее время развитие данного института в зарубежных государствах связано с применением единого подхода, поэтому вполне оправданным видится движение в авангарде данного процесса.

Например, в Швейцарии большинство регламентов институционных арбитражей предусматривают возможность применения медиации до арбитражного разбирательства или параллельно с ним. Так, в Швейцарских правилах медиации Швейцарской торгово-промышленной палаты относительно медиации в ходе арбитражного разбирательства установлено следующее: *«Во всех арбитражных разбирательствах, находящихся на рассмотрении палат, где можно было бы применить медиацию, Камеры или арбитры могут предложить сторонам разрешить свой спор, в целом либо частично, мирным путем, прибегая к услугам медиатора»* [11, с.75].

В целом многие прогрессивные направления в реализации процедур альтернативных способов разрешения конфликтов, так и не были применены в Республике Казахстан. К примеру, так и не получила широкого распространения практика совмещения функций медиатора и нотариуса. Как отмечает Идрышева С.К. нотариальное сообщество Казахстана на данном этапе не готово к осуществлению медиации, и говорить о конкретных проблемах нотариальной медиации в Казахстане, пока еще нет оснований [12].

Несмотря на существующую международную тенденцию сближения арбитража и других способов альтернативного разрешения споров в коммерческой деятельности, данный вопрос не получил широкого распространения в юридической среде Казахстана.

Возвращаясь к идее, рассмотренной в начале статьи, отметим, что в настоящее в Республике Казахстан нет необходимости в принятии единого закона включающего третейские суды, медиацию, и прочие альтернативные способы разрешения конфликтов. Однако необходимо учитывать международные тенденции сближения альтернативных способов разрешения конфликтов и применять единый подход в законотворческой работе.

К тому же, необходимо устранить существующие пробелы в действующих механизмах негосударственных процедур урегулирования конфликтов. В частности необходимо:

1. Внести профессию медиатора в Государственный классификатор занятий Республики Казахстан. А также разработать государственный образовательный стандарт по специальности «медиация» для подготовки медиаторов в вузах;

2. Рассмотреть возможность законодательного закрепления функций медиаторов-арбитров, которые могли бы проводить примирительные процедуры, с возможностью их дальнейшего урегулирования в арбитражном процессе;

3. Внести изменения в Закон РК «О медиации» в части расширения функций медиаторов осуществляющих свою деятельность на непрофессиональной основе, а также уточнения законодательства в вопросах проведения медиации членами местного сообщества;

4. При дальнейшем совершенствовании арбитражного законодательства в Республике Казахстан, необходимо способствовать сближению арбитража и иных способов альтернативного разрешения конфликтов;

5. На сегодняшний день в Республике Казахстан значительное внимание в законодательстве уделено развитию арбитражных процедур и процедур медиации, необходимо способствовать развитию и других альтернативных способов разрешения конфликтов.

В настоящее время в Казахстане внедряется самый передовой международный опыт в сфере альтернативных способов разрешения конфликтов, так, к примеру, в 2015 году в ГПК РК была включена судебная медиация и партисипативные процедуры. Учитывая прогрессивность нашего законодательства, необходимо поддерживать широкую дискуссию касательно единого подхода, в юридическом сообществе.

ЛИТЕРАТУРА

1. Бардин Л. Н. Некоторые проблемы применения альтернативных способов разрешения конфликтов в предпринимательской деятельности. Юрист. 2016. № 21. С. 13-16.

2. Каудыров Т.Е. О путях развития законодательства Республики Казахстан, о третейском суде и арбитраже // Вестник института законодательства, - №2(26), - 2012, - с.53-55.

3. Комаров А.С. Международный коммерческий арбитраж - современные проблемы (О работе 16-го Конгресса Международного Совета по коммерческому арбитражу - ICCA 12-15 мая 2002 г., Лондон) [Текст] / А. С. Комаров, М. П. Бардина, О. Н. Зименкова // Международное публичное и частное право. - 2002. - N 4(8). - С. 3-11.

4. Наринян, В.В. Международный коммерческий арбитраж: современные тенденции правового регулирования: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Москва, 2004. - 173 с.

5. Сулейменов М.К. Развитие медиации как альтернативного способа разрешения споров // ИС «Параграф» <http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31644604> (Дата обращения: 27.02.2017)

6. Oghigian H. The Mediation/Arbitration Hybrid. Journal of International Arbitration. Vol. 20. 2003. Nr. 1. P. 75.

7. Аболонин В.О. Судебная медиация: теория - практика – перспективы. Книга 6 / В.О. Аболонин/ - М., 2014. – 408 с.

8. Конусова В.Т. Негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров: вопросы теории и практики. Учебно-научное пособие: - Астана, 2012. – 326 с.

9. Сабиров К.К. Анализ опыта реализации закона КНР «О народной медиации» и возможностей имплементации его норм в казахстанское законодательство в сфере медиации // ИПС «Параграф» <http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33970646> (Дата обращения: 27.02.2017)

10. Конусова В.Т. Медиация как эффективная процедура урегулирования гражданско-правовых споров // Зангер. 2011. №11 (124), - с.82

11. Конусова В.Т., Бекен А.Т. Развитие института медиации в Казахстане в контексте зарубежного опыта // Право и государство, №1 (70), 2016. - с.74-80.

12. Идрышева С.К. Медиация в сфере нотариальной деятельности // «Состояние и перспективы развития института медиации в условиях социальной модернизации Казахстана»: материалы международной научно-практической конференции 19 октября 2012 года – Астана: ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан», 2012. – С.149

REFERENCES

1. Bardin L. N. Nekotorye problemy primenenija al'ternativnyh sposobov razreshenija konfliktov v predprinimatel'skoj dejatel'nosti. Jurist. 2016. № 21. S. 13-16.

2. Kaudyrov T.E. O putjah razvitija zakonodatel'stva Respubliki Kazahstan, o tretejskom sude i arbitrazhe // Vestnik instituta zakonodatel'stva, - №2(26), - 2012, - s.53-55.

3. Komarov A.S. Mezhdunarodnyj kommercheskij arbitrazh - sovremennye problemy (O rabote 16-go Kongressa Mezhdunarodnogo Soveta po kommercheskomu arbitrazhu - ICCA 12-15 maja 2002 g., London) [Tekst] / A. S. Komarov, M. P. Bardina, O. N. Zimenkova // Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo. - 2002. - N 4(8). - S. 3-11.

4. Narinjan, V.V. Mezhdunarodnyj kommercheskij arbitrazh: sovremennye tendencii pravovogo regulirovanija : Dis. ... kand. jurid. nauk : 12.00.03 Moskva, 2004. - 173 s.

5. Sulejmenov M.K. Razvitie mediacii kak al'ternativnogo sposoba razreshenija sporov // IS «Paragraf» <http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31644604> (Data obrashhenija: 27.02.2017)

6. Oghigian H. The Mediation/Arbitration Hybrid. Journal of International Arbitration. Vol. 20. 2003. Nr. 1. P. 75.

7. Abolonin V.O. Sudebnaja mediacija: teorija - praktika – perspektivy. Kniga 6 / V.O. Abolonin/ - M., 2014. – 408 s.

8. Konusova V.T. Negosudarstvennye procedury uregulirovanija grazhdansko-pravovyh sporov: voprosy teorii i praktiki. Uchebno-nauchnoe posobie: - Astana, 2012. – 326 s.

9. Sabirov K.K. Analiz opyta realizacii zakona KNR «O narodnoj mediacii» i vozmozhnostej implementacii ego norm v kazahstanskoe zakonodatel'stvo v sfere mediacii // IPS «Paragraf» <http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33970646> (Data obrashhenija: 27.02.2017)

10. Konusova V.T. Mediacija kak jeffektivnaja procedura uregulirovanija grazhdansko-pravovyh sporov // Zanger. 2011. №11 (124), - s.82

11. Konusova V.T., Beken A.T. Razvitie instituta mediacii v Kazahstane v kontekste zarubezhnogo opyta // Pravo i gosudarstvo, №1 (70), 2016. - s.74-80.

12. Idrysheva S.K. Mediacija v sfere notarial'noj dejatel'nosti // «Sostojanie i perspektivy razvitija instituta mediacii v uslovijah social'noj modernizacii Kazahstana»: materialy mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii 19 oktjabrja 2012 goda – Astana: GU «Institut zakonodatel'stva Respubliki Kazahstan», 2012. – S.149.



2017 жылғы 16 наурызда Астана қ. Н.А. Шәйкеновтің 70 жылдығына арналған «Құқықтық мемлекет құру процесінде жеке адам құқықтарын қамтамасыз ету» тақырыбында өткен халықаралық ғылыми-практикалық конференция туралы АҚПАРАТТЫҚ ХАБАРЛАМА

2017 жылғы 16 наурызда Қазақстан Республикасы Әділет министрлігі Қазақстан Республикасының Заңнама институтымен бірлесе отырып, Астана қаласындағы ЕҚЫҰ бағдарламалары офисінің қолдауымен «Құқықтық мемлекет құру процесінде жеке адам құқықтарын қамтамасыз ету» тақырыбындағы халықаралық ғылыми-практикалық конференция өткізді.

«Шәйкенов оқулары» жыл сайынғы айналуда, бұл оның жеке басына мызғымас қызығушылығын растайды. Осы жылы Нағашыбай Аманғалиұлы 70 жасқа толар еді, сондықтан іс-шараның форматы мерейтой болып табылады. Өткізілетін конференцияның жоғары маңыздылығы Н.А. Шәйкеновтің туған-туыстары, достары, серіктестері, сондай-ақ, сүйікті оқушылары үшін ерекше.

Н.А. Шәйкенов ҚР Президентінің кеңесшісі, әділет министрі, Премьер-министрінің орынбасары бола тұра «Құқықтық мемлекет құру процесінде жеке адам құқықтарын қамтамасыз ету» тақырыбында тек өзінің іргелі еңбегін, докторлық диссертациясын ғана емес, ғылыми және кәсіби қызметтінің көп бөлігін арнады.

Конференцияда айтылған баяндамалар ұлы ғалымның өмірімен және қызметімен байланысты болды. Сонымен, Ресей Федерациясының Орал мемлекеттік заң университетінің Президенті, з.ғ.д., профессоры Виктор Дмитриевич Перевалов, баяндамада құқықтық нормаларда бекітілген кепілдіктерді, сондай-ақ, адам құқықтары мен бостандықтарын жүзеге асыруға бағытталған мемлекет жасаған жағдайларды қарастырды.

Н.А. Шәйкеновтің жан досы, Башқұртстан Республикасының еңбек сіңірген заңгері Зуфар Нуруллинович Сафин ерекше жан толғандыратын баяндама жасады. Баяндама жақын досы туралы естеліктерден, сондай-ақ Нағашыбай Аманғалиұлының өмірінің қызықты сәттерінен тұрды.

Кездесуге қатысушылар осындай іс-шаралар еліміздің құқықтық жүйесінің маңызды бағыттарының дамуын Нағашыбай Аманғалиұлы қалдырған идеялар тұрғысынан талқылауға және талдауға мүмкіндік беретінін бірауыздан атап өтті

Сонымен қатар, бірқатар отандық ғалымдар сөз сөйледі:

Кабдулсамих Кошекұлы Айтхожин, Д.А. Қонаев атындағы Еуразиялық заң академиясының Конституциялық, халықаралық құқық және кеден ісі кафедрасының меңгерушісі, з.ғ.д., профессоры. Өз сөзінде ол қолданыстағы құқық нормаларын түсіндіру тұрғысынан адам құқықтары мағынасына ерекше назар аударды. Айжан Калисқызы Мұхтарова, Каспий университетінің «Әділет» Жоғары құқық мектебінің профессоры, з.ғ.к., доцент, өз баяндамасында адам құқықтары жөніндегі ақпараттық және оқу орталығының құру қажеттігі туралы мәселені қозғады, оның базасында зерттеулер өткізуге, оқытушылардың біліктілігін арттыруға, адам құқықтары жөніндегі материалдарды әзірлеуді жүзеге асыруға, жинауға, аударуға және таратуға, конференциялар, семинарлар және курстар ұйымдастыру болар еді.

Сара Башуевна Идрисова, «Юридическое агентство «Кредо» ЖШС-нің бас директоры, з.ғ.к., доцент, Нағашыбай Шәйкенов туралы естеліктердің бірі, ол оның есінде өте жақсы сақталып қалған және ол оны әлі күнге дейін таңқалдыратын студенттердің өзінің мұғаліміне естелік өлеңдер шығармасын атап өтті. «Мен де оқытушы болдым, мен білемін бұл қаншалықты өте бағалы сенің студенттеріңнің саған осындай құрметпен

қарауы..... Н.А. Шәйкенов туралы естелік әрқашан біздің жүрегімізде.....» - деді ол. Жаннетта Гайсовна Калишева, Қазақ гуманитарлық заң университетінің профессоры, з.ғ.к., доцент «Қазақстан Республикасының Конституциясына өзгерістер мен толықтырулар енгізу туралы» ҚР Заңында Адам құқықтары жөніндегі Уәкіл институтын бекіту бұл жеке тұлға мәртебесін, адам және азамат құқықтары мен бостандықтарын іске асыру кепілдіктерін одан әрі нығайтуға бағытталған демократиялық процестерді дамытуда кезекті маңызды қадам болғанын атап өтті.

Гүлшат Омірсерікқызы Такишева, Н.А. Шәйкеновтің шәкірті, өз сөзінде жалпы білім беретін мектеп бағдарламасына 5-6 сынып оқушылары үшін «Құқық әліппесі» және 7-8 сынып оқушылары үшін «Барлығына арналған құқық» құқықтық білім беру пәндерін қосуды ұсынды. Қазақстан Республикасында құқықтық жаппай оқуды ұйымдастыру және өткізу қажеттілігі туралы Н.А. Шәйкенов әлі 1990 – шы жылдары айтқан.

Жыл сайынғы «Шәйкенов оқулары» жеке адам құқығын қамтамасыз ету процесіне ерекше үлес енгізеді, Нағашыбай Амангалиұлы Шәйкенов оның шынайы жақтаушысы болды. Конференция қорытындысы бойынша конструктивті ұсыныстар әзірленді, оларды іске асыру үшін мемлекеттік органдар мен ҮЕҰ жолданатын болады.

К.Ж. Әміржан,
ҚР Заңнама институтының конституциялық, әкімшілік заңнама және мемлекеттік басқару бөлімінің аға ғылыми қызметкері, заң ғылымдарының магистрі

ИНФОРМАЦИОННОЕ СООБЩЕНИЕ
о международной научно-практической конференция на тему «Обеспечение прав личности в процессе формирования правового государства», посвященной 70-летию Шайкенова Н.А. (Шайкеновские чтения)
16 марта 2017 года, г. Астана

16 марта 2017 года Министерством юстиции Республики Казахстан совместно с Институтом законодательства Республики Казахстан при поддержке Офиса программ ОБСЕ в Астане проведена международная научно-практическая конференция на тему: «Обеспечение прав личности в процессе формирования правового государства».

«Шайкеновские чтения» становятся ежегодными, что подтверждает непоколебимый интерес к его личности. В этом году Нагашбаю Амангалеевичу исполнилось бы 70 лет, именно поэтому формат мероприятия является юбилейным. Высокая значимость проводимой конференции особенна для родных, друзей, соратников, а также любимых учеников Н.А. Шайкенова.

Теме «Обеспечение прав личности в процессе формирования правового государства» Н.А. Шайкенов посвятил не только свой фундаментальный труд, докторскую диссертацию, но и большую часть своей научной и профессиональной деятельности, будучи советником Президента РК, министром юстиции, заместителем Премьер-министра.

Доклады, озвученные на конференции, были связаны с жизнью и деятельностью велико-





го ученого. Так, Президент Уральского государственного юридического университета Российской Федерации, д.ю.н., профессор, Перевалов Виктор Дмитриевич, в докладе рассматривал гарантии, закрепленные в правовых нормах, а также созданные государством условия, направленные на обеспечение прав и свобод человека.

Особенно проникновенным был доклад, близкого друга Н.А. Шайкенова, заслуженного юриста Республики Башкортостан, Сафина Зуфара Нуруллиновича. Доклад состоял из воспоминаний о близком друге, а также об интересных моментах жизни Нагашбая Амангалеевича.

Участники встречи единогласно отметили, что подобные мероприятия позволяют обсудить и проанализировать важнейшие направления развития правовой системы страны в свете идей, оставленных Н.А. Шайкеновым.

Вместе с тем, из ряда отечественных ученых выступили:

Айтхожин Кабдулсамих Кошекович, заведущий кафедрой конституционного, международного права и таможенного дела Евразийской юридической академии имени Д.А. Кунаева, д.ю.н., профессор, В своем выступлении он акцентировал особое внимание на значении прав человека в контексте толкования норм действующего права. Мухтарова Айжан Калисовна, профессор ВШП «Адилет» Каспийского университета, к.ю.н., доцент, в своем докладе затронула вопрос о необходимости создания информационного и учебного центра по правам человека, на базе которого можно было бы проводить исследования, повышать квалификацию обучающих, осуществлять подготовку, сбор, перевод и распространение материалов по правам человека, организовывать конференции, семинары и курсы.

Идрисова Сара Башуевна, генеральный директор ТОО «Юридическое агентство «Кредо» к.ю.н., доцент, отметила, что одним из воспоминаний о Нагашбае Шайкенове, которое ей очень хорошо запомнилось и которым она восхищается по сегодняшний день – сочинение студентами памятных стихов своему учителю. «Я, тоже была преподавателем, и я знаю насколько это неоценимо, когда твои студенты с таким уважением относятся к тебе… Память о Н.А. Шайкенове всегда будет в наших сердцах…» сказала она. Калишева Жаннетта Гайсовна, профессор Университета КазГЮУ, к.ю.н., доцент, отметила, что закрепление института Уполномоченного по правам человека в Законе РК «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» стало очередным важным шагом в развитии демократических процессов, направленных на дальнейшее укрепление статуса личности, гарантий реализации прав и свобод человека и гражданина.

Ученица Н.А. Шайкенова, Такишева Гульшат Омирсериковна, в своем выступлении предложила включить в общеобразовательную школьную программу предметы правового образования «Азбука права» для учащихся 5-6 классов и «Право для всех» для учащихся 7-8 классов средней школы. О необходимости организации и проведения правового всеобуча в Республике Казахстан Н.А. Шайкенов говорил еще в 1990 –х годах.

Ежегодные «Шайкеновские чтения» вносят особый вклад в процесс обеспечения прав личности, истинным приверженцем которого являлся Нагашбай Амангалеевич Шайкенов. По итогам конференции были выработаны конструктивные рекомендации, которые направлены в государственные органы и НПО для их реализации.

К.Ж. Амиржан,
старший научный сотрудник отдела конституционного, административного законодательства и государственного управления Института законодательства РК, магистр юридических наук

INFORMATION NOTE
about the International scientific and practical conference on «Ensuring the rights of the individual in the process of the formation of the rule-of-law state», dedicated to the 70th anniversary of N.A. Shaykenov («Shaykenov Readings»)
March 16, 2017, Astana

On March 16, 2017, the Ministry of Justice of the Republic of Kazakhstan jointly with the Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan, with the support of the Office of OSCE Programs in Astana, conducted an international scientific and practical conference on the topic of: «Ensuring the rights of the individual in the process of formation of the rule-of-law state» dedicated to the 70 th anniversary of N. A. Shaykenov.

«Shaikenov readings» become annual which confirms a steady interest in his personality. This year Nagashbay Amangaleevich would have turned 70 years old and based on this the format of the event is jubilee. The high importance of the conference is special for relatives, friends, associates and students of N.A. Shaikenov.

N.A. Shaykenov devoted to this topic not only his fundamental work, his doctoral dissertation, but also most of his scientific and professional work, being an adviser to the President of the Republic of Kazakhstan, the Minister of Justice, and the Deputy Prime Minister.

The reports at the conference were related to the life and work of

N.A. Shaikenov. President of the Ural State Law University of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor, Perevalov Viktor Dmitrievich, the report examined the guarantees enshrined in legal norms, as well as the conditions created by the state aimed at ensuring human rights and freedoms.

Particularly heartfelt was N.A. Shaikenov's close friend Safin Zufar Nurullinovich's report, Honored Lawyer of the Republic of Bashkortostan. His report consisted of memories and interesting moments in Nagashbay Amangaleevich's life.

The participants of the meeting unanimously noted that such events allow discussing and analyzing the most important directions for the development of the country's legal system in the light of the ideas left by Nagashbay Amangaleyevich.

Along with that, a number of domestic scholars delivered speeches:

Aitkhozhin Kabdulsamih Koshekovych, head of Department of Constitutional, International Law and Customs Affairs of the Eurasian Law Academy named after D.A. Kunaev, Doctor of Law, Professor, and the topic of the speech «The aim of human rights is to provide the primary preconditions for a person's enjoyment of decent existence» In his speech, he focused on the importance of human rights in the context of the interpretation of the norms of the law in force. Mukhtarova Ayzhan Kalisovna, Professor of the «Adilet» Law School of the Caspian University, Ph.D., Associate Professor, in her report addressed the need to create an information and training center for human rights on the basis of which it would be possible to carry out research, improve the qualifications of trainers, to prepare, collect, translate and disseminate materials on human rights, organize conferences, seminars and courses.

Idrisova Sarah Bashuyevna, General Director of «Credo» Legal Agency LLP, Ph.D., Associate Professor, noted that one of the memories of Nagashbay Shaikenov, which she very well remembered and admires to this day, is the composition of memorable verses of his students to their teacher. «I was a teacher too, and I know how invaluable it is when your students treat you with such respect .... N.A. Shaikenov will always be in our hearts ...» she said. Kalisheva Zhannetta Gaisovna, Professor of KazGUU University, Ph.D., Associate Professor, noted that the establishment of the institution of the Commissioner for Human Rights in the Law of the Republic of Kazakhstan





«On Amendments and Additions to the Constitution of the Republic of Kazakhstan» was another important step in the development of democratic processes aimed to the further strengthening of the status of the individual, guarantees for the realization of the rights and freedoms of a human and citizen.

Student of N.A. Shaikenov, Takisheva Gulshat Omirserikovna, in her speech, proposed to include in the general school curriculum «ABC of Law» legal educational subjects for pupils of grades 5-6 and «Law for All» for pupils of grades 7-8 of secondary school. On the need to organize and conduct legal education in the Republic of Kazakhstan N.A. Shaykenov spoke back in the 1990 s.

The annual «Shaikenov readings» make a special contribution to ensuring human rights, whose true adherent was Nagashbai Amangaleevich Shaikenov. As a result of the conference, constructive recommendations were developed, which were sent to state bodies and NGOs for their implementation.

K.Zh. Amirzhan,
Senior Researcher of Department of constitutional, administrative legislation and public administration of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan, Master of Laws

2017 жылғы 11 сәуірде Алматы қ. Ғылым күніне арналған «Қазақстан ғылымы Жаңғырту:3.0 жағдайында» Тақырыбындағы өткен форум туралы АҚПАРАТТЫҚ ХАБАРЛАМА

2017 жылғы 11 сәуірде Алматы қаласында «Ұлттық мемлекеттік ғылыми-техникалық сараптама орталығы» АҚ ұйымдастыруымен Ғылым күніне арналған «Қазақстан ғылымы Жаңғырту: 3.0 жағдайында» тақырыбында Форум өткізілді. Оның шеңберіндегі екі сессияның біріншісі – ғылыми журналдардың халықаралық стандарт сапасын арттыруды талқылауға, екіншісі Ұлттық ғылыми кеңестер (ҰҒК) және мемлекеттік ғылыми техникалық сараптама (МҒТС) қызметінің өзекті мәселелеріне арналды.

Сессия жұмысына ҚР БҒМ Ғылым комитетінің төрағасы Б. Әбдірасылов, ҚР БҒМ Білім және ғылым саласындағы бақылау комитетінің өкілі К. Сәкенова, Clarivate Analytics және Springer Nature халықаралық ұйымдарының өкілдері, қазақстандық ғалымдар қатысты. ҚР Заңнама институтының атынан баспа қызметі бөлімінің бастығы, «ҚР Заңнама институтының жаршысы» журналының редакторы Г.Б. Колтубаева қатысты.

Б. Әбдірасылов өзінің құттықтау сөзінде Мемлекет басшысы ағылшын тіліндегі мақалалардың үлесі жарияланымдардың жалпы санынан кемінде 50 пайыз болу керек деп қойған міндеттерге сәйкес, қазақстандық ғылымда ғылыми журналдар қызметін



жандандыру тренді байқалады деп атап өтті.

«ҰМҒТСО» АҚ президенті А. Ибраев өзінің ғылыми мерзімді басылымдардың қазақстандық жүйесін дамыту мәселелеріне арналған баяндамасында ғылыми басылымдардың сапасын арттыру үшін бірнеше нақты ұсыныстар берді. Бұл, ең алдымен, ғылыми редакторлар мен баспагерлердің қазақстандық қауымдастығын құру. Мақалаларды кәсіби түрде аудару (редакциялау) үшін оқу-кеңес беру орталықтары мен агенттіктерді ұйымдастыру, қазақстандық ғылыми журналдардың аударма нұсқаларын шығаруды қамтамасыз ету. Қазақстандық ғылыми журналдарға арналған бірыңғай веб-платформаны әзірлеу, «Рецензент» бірыңғай базасы мен «Антиплагиат» жүйесін құру. Ғылыми жарияланымдар әдебі қағидаларын ережелерін әзірлеу және енгізу.

Одан басқа халықаралық стандарттар бойынша шығарылатын журналдар баспасына қойылатын мен ұлттық талаптардың арақатынасын регламенттеу. Сонымен бірге журналдарды дамыту және халықаралық ақпараттық жүйелерге шығару бағдарламаларын мемлекеттік қолдау бойынша республикалық конкурс ұйымдастыру ұсынылды. Импакт-факторы жоғары халықаралық ғылыми журналдарда мақалалары жарияланатын және дәйексөз алу көрсеткіштері жақсы зерттеушілерді сыйлықақы, шәкіртақы, ғылыми тағылымдама берумен ынталандыруды көздеу қажет.

Clarivate Analytics білім беру бағдарламалары бөлімінің бастығы В. Богоров қатысушылардың назарын бұрын Thomson Reuters-ке тиесілі Web of science танымал платформасы бар компания 2016 жылдың соңынан бастап дербес мәртебе алғанына аударды. Сондай-ақ компания библиометриялық деректер қоры болып табылатынын, жарияланымдар дәйексөзін алу бойынша толық есеп жүргізетінін және баспа қызметімен айналыспайтынын атап өтті. Оның пікірінше, әрбір 2 жыл сайын ғылыми-техникалық ақпарат екі есе ұлғаятын ақпараттық дүмпу кезеңінде авторлар ең танымал басылымдарға, бүгінгі таңда 18 мыңнан астам журналға көңіл аударуы қажет. Одан кейін іріктеудің негізгі критерийлері – журнал шығару уақытын сақтау, халықаралық баспа конвенцияларын сақтау, ағылшын тілінде библиографиялық ақпарат ұсыну және рецензиялау процесі бойынша ақпарат ұсынылды.

Егер Web of science Core Collection әлемдегі ғылыми журналдардың сүзгісі болса, онда Springer Nature – біздің авторларымыз өз жұмыстарын тікелей бере алатын әлемдегі ең ірі баспалардың бірі болып табылады. Бұл баспа жылына ағылшын тілінде 2900-ден астам журнал шығарады. Орталық Азия елдері бойынша өңірлік өкіл И. Александрова жарияланымдар үшін басымдықтар және оларға қойылатын талаптар туралы баяндама жасады. Жыл сайын қазақстандық авторлар осы баспада 330-дан астам мақала жариялайды, бұл шет елде жарияланатын мақалалардың жалпы санының 15% пайызын құрайды.

ҚР БҒМ БҒСБК өкілі Қ. Сәкенова және ҚР ҰҒА өкілі С. Досаева ғылыми журналдардың жағдайы және оларды дамыту перспективалары туралы ақпаратпен таныстырды.

Пленарлық секцияға қатысушылар қазақстандық ғылыми басылымдардың сапасын одан әрі арттыру және оларды халықаралық ғылыми кеңістікке тиімді жылжыту шеңберінде ұсынымдарды пысықтады.

Г. Колтубаева,
ҚР Заңнама институтының
Баспа қызметі бөлімінің бастығы

ИНФОРМАЦИОННОЕ СООБЩЕНИЕ о форуме «Наука Казахстана в условиях Модернизации: 3.0», посвященном Дню науки, 11 апреля 2017 года, г. Алматы

11 апреля 2017 г. в г. Алматы прошел Форум «Наука Казахстана в условиях Модернизации: 3.0», посвященный Дню науки, организованный АО «Национальный центр государственной научно-технической экспертизы», в рамках которого состоялись две сессии: первая - по обсуждению международных стандартов качества научных журналов, вторая была посвящена актуальным вопросам деятельности государственной научной экспертизы (ГНТЭ) и Национальных научных советов (ННС).

В работе сессии приняли участие председатель Комитета науки МОН РК Б. Абдрасилов, представители Комитета по контролю в сфере образования и науки МОН РК К. Сакенова, международных организаций Clarivate Analytics и Springer Nature, казахстанские ученые. От лица Института законодательства РК принимала участие начальник отдела издательской деятельности, редактор журнала «Вестник Института законодательства РК» Колтубаева Г.Б.

В приветственной речи Б. Абдрасилов отметил, что в казахстанской науке намечается трендактивизация деятельности научных журналов, в которых доля статей на английском языке, в соответствии с задачей, поставленной Главой государства, должна составлять не менее 50% от общего числа публикаций.

В своем выступлении, посвященном вопросам развития казахстанской системы научных периодических изданий, А. Ибраев, президент АО «НЦГНТЭ», внес ряд конкретных предложений для повышения качества научных изданий. Это прежде всего, создание казахстанской ассоциации научных редакторов и издателей. Организация учебно-консультационного центра и агентства для профессионального перевода (редактирования) статей, обеспечение выпуска переводных версий казахстанских научных журналов. Разработка единой веб-платформы для казахстанских научных журналов, формирование единой базы «Рецензент» и системы «Антиплагиат». Разработка и внедрение Правил этики научных публикаций.

Кроме того, регламентация соотношения национальных требований к издательству журналов с международными стандартами. Также предложено организовать республиканский конкурс по господдержке программ развития и продвижения журналов в международные информационные системы. Предусмотреть стимулирование исследователей, которые публикуются в международных научных журналах с высоким импакт-фактором и имеют хорошие показатели цитирования, премированием, стипендиями, научными стажировками.

Начальник отдела образовательных программ Clarivate Analytics В. Богоров обратил внимание присутствующих, что с конца 2016 года данная компания с известной платформой Web of science, ранее принадлежавшей Thomson Reuters, стала самостоятельной. Также он подчеркнул, что компания является библиометрической базой данных, ведет полный учет цитирования публикаций и не занимается издательской деятельностью. В эпоху информационного взрыва, когда каждые 2 года научно-техническая информация удваивается, по мнению докладчика, авторам необходимо сосредоточиться на наиболее влиятельных изданиях, а это на сегодня более 18 тысяч журналов. Далее была представлена информация по ключевым критериям отбора – это соблюдение своевременности выхода выпусков журнала, соблюдение международных издательских конвенций, представление библиографической информации на английском языке и наличие процесса рецензирования.

Если Web of science Core Collection является фильтром мировых научных журналов, то Springer Nature – одно из крупнейших в мире издательств, куда наши авторы могут напрямую подавать свои работы. В год издательство выпускает более 2900 журналов на английском языке. О преимуществах и требованиях для публикаций информировала И. Александрова, региональный представитель по странам Центральной Азии. Ежегодно казахстанские авторы публикуют в этом издательстве более 330 статей, что составляет 15% от общего количества статей, публикуемых за рубежом.

С информацией о состоянии и перспективах развития научных журналов выступили К. Сакенова, представитель ККСОН МОН РК и С. Досаева, представитель НАН РК.

В рамках дальнейшего повышения качества казахстанских научных изданий и эффективного продвижения их в международное научное пространство участниками пленарной секции были выработаны рекомендации.

Г. Колтубаева,
начальник отдела издательской деятельности Института законодательства РК

INFORMATION NOTE
about the forum «Science of Kazakhstan under the conditions of modernization: 3.0» Dedicated to the Day of Science, Almaty, April 11, 2017

On April 11, 2017 in Almaty, the «Science of Kazakhstan in conditions of Modernization: 3.0», dedicated to the Day of Science Forum was held and organized by National Center of Science and Technology Evaluation, within the framework of which two sessions were held: the first - on the discussion of international quality standards for scientific bulletins, the second was devoted to topical issues of the state scientific expertise (SSTE) and National Scientific Councils (NSC).

The session was attended by B. Abdrasilov, the Chairman of the Science Committee of the Ministry of Education and Science of the Republic of Kazakhstan, K. Sakenov's representatives of the Committee for Control in Education and Science of the Ministry of Education and Science of the Republic of Kazakhstan, representatives of Clarivate Analytics and Springer Nature international organizations, and Kazakhstan scientists. G. B. Koltubaeva, the head of the publishing department, editor of the «Bulletin of the Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan» took part on behalf of the Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan.

In a welcoming speech, Abdrasilov noted that there is a trend towards the activity of scientific bulletins, in which the proportion of articles in English, in accordance with the task set by the President, shall be at least 50% of the total number of publications.

In his speech on the development of Kazakhstan's system of scientific periodicals, A. Ibraev, the president of the National Center for Science and Technology Evaluation, made a number of specific proposals for improving the quality of scientific publications. These are primarily the creation of the Kazakhstan Association of Scientific Editors and Publishers; Organization of a training and consulting center and an agency for professional translation (editing) of articles, providing the issue of translated versions of Kazakhstan scientific bulletins; Development of a unified web platform for Kazakhstan scientific bulletins, the formation of a single «Reviewer» database and the «Anti-plagiarism» system; Development and implementation of the Rules for the Ethics of Scientific Publications.

Also, the regulation of the correlation of national requirements for the publishing of bulletins with the international standards; Organization of a national competition for state support for the development and promotion of bulletins in international information systems programs; Encouragement and stimulation of researchers who are published in international scientific bulletins with a high impact factor and who have good citation rates, bonuses, scholarships, scientific fellowships.

V. Bogorov, the head of an educational programs department of Clarivate Analytics, drew the attention of those present to the fact that a Web of Science Company with the well-known platform, which previously belonged to Thomson Reuters, has been independent since the end of 2016. He also stressed that the company is a bibliometric database, keeps a full record of citations and does not engage in publishing activities. According to the speaker, in the age of information explosion, when every 2 years scientific and technical information is doubled, the authors need to focus on the most influential publications, and there are more than 18,000 bulletins today. Further, information was provided on the key selection criteria: compliance with the timeliness of publication of the bulletin issues, compliance with the international publishing conventions, submission of bibliographic information in English, and the referee process existence.

If the Web of science Core Collection is a filter of the world's scientific bulletins, the Springer Nature is one of the world's largest publishers, where our authors can directly submit their work. The latter publishes more than 2900 bulletins in English per year. Irina Aleksandrova, a regional representative of Central Asian countries, informed about advantages and requirements for publications. Every year Kazakhstani authors publish over 330 articles in this publishing house, which makes up to 15% of the total number of articles published abroad.

K. Sakenova, the representative of the Committee for Control in Education and Science of the Ministry of Education and Science of the Republic of Kazakhstan and S. Dosayeva, the representative of the National Academy of Sciences of the Republic of Kazakhstan made speeches on the status and prospects of the development of scientific bulletins.

The participants of the plenary section developed recommendations as part of further improving the quality of Kazakhstan scientific publications and effectively promoting them to the international scientific space.

G. Koltubaeva,
Head of Publishing Department
Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan

2017 жылғы 4 мамырда өткізілген «ҚР азаматтық заңнамасының өзекті өзгерістеріне шолу» атты вебинар туралы АҚПАРАТТЫҚ ХАБАРЛАМА

4 мамыр күні Заңнама Институтының жетекші ғылыми қызметкері, Елена Викторовна Нестероованың «ҚР азаматтық заңнамасының өзекті өзгерістеріне шолу» атты тікелей эфирде вебинар өткізілді.

Вебинар шеңберінде жүргізуші 2017 жылғы 27 ақпандағы «Қазақстан Республикасының кейбір заңнамалық актілеріне азаматтық, банктік заңнаманы жетілдіру және кәсіпкерлік қызмет үшін жағдайды жақсарту мәселелері бойынша өзгерістер мен толықтырулар енгізу туралы» ҚР Заңы жекелеген новеллалар түсіндірді.

Келесі мәселелерге ерекше назар аударылған:

- *өзінің теріс пиғылды мінез-құлқымен артықшылық алуға енгізуге тыйым салуы және мұндай тыйым салу салдары (ҚР АК 8 б.);*
- *заңды тұлғаның өзге де оқшауланған құрылымдық бөлімшелері (ҚР АК 43 б.);*
- *заңды тұлғаның банкроттығы кезіндегі қатысушылардың және лауазымды тұлғалардың жауапкершілігі (ҚР АК 44 б.);*
- *шаруашылық серіктестіктерінде үлесті иеліктен шығару туралы шарт нысанына қойылатын талаптардың өзгеруі (ҚР АК 59 б.);*
- *түкке тұрғысыз және дауласуға болатын мәмілелерін нормативтік шектеу және оның салдары (ҚР АК 157-160 б.б.);*
- *өзара міндеттерді орындау (ҚР АК 284 б.);*
- *тұрақсыздық айып төлеу мөлшерін азайту негізі (ҚР АК 297 б.) және айрықша тұрақсыздық айыбын белгілеу тәртібі (ҚР АК 351 б.);*

Вебинарға қатысушылар өздерінің қызықтырған сұрақтарын қоюға және жекелеген заң нормаларын егжей-тегжейлі түсінік алуға мүмкіндігі болды.

Заңнама нормаларын қалай докриналдық ұғыну призмасы арқылы, солай құқық қолдану практикасы мысалдарын түсіндіруімен нығайтып практикалық жүзеге асыруы вебинар ерекшелігі болып табылды.

Нақты уақыт режимінде вебинарға қатысу мүмкіндігі болмағандарға, және де, оны қайта қарап мазмұнына қайта оралу үшін вебинар бейнежазбасы орналастырылған https://prg.kz/pravmedia/webinars_list/ сілтемесі бойынша өтуді ұсынамыз.

Дәріскер туралы толық ақпаратты оның жеке бетте мекен-жайы бойынша http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31677850#pos=0;0 алуға болады.

А.А. Сүйінтаева,
ҚР Заңнама институтының азаматтық, азаматтық іс жүргізу заңнамасы және атқарушылық іс жүргізу бөлімінің кіші ғылыми қызметкері

ИНФОРМАЦИОННОЕ СООБЩЕНИЕ о вебинаре на тему «Обзор актуальных изменений гражданского законодательства РК», 4 мая 2017 года

4 мая в прямом эфире состоялся вебинар ведущего научного сотрудника Института законодательства Нестеровой Елены Викторовны на тему «Обзор актуальных изменений гражданского законодательства РК». В рамках вебинара ведущая разъяснила отдельные новеллы Закона РК от 27 февраля 2017 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности». Особое внимание уделено таким вопросам как:

- *введение запрета извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения и последствия такого запрета (ст. 8 ГК РК);*
- *иные обособленные структурные подразделения юридического лица (ст. 43 ГК РК);*
- *ответственность участников и должностных лиц при банкротстве юридического лица (ст. 44 ГК РК);*
- *изменение требований, предъявляемых к форме договора об отчуждении долей участия в хозяйственных товариществах (ст. 59 ГК РК);*
- *нормативное разграничение ничтожных и оспоримых сделок и его последствия (ст. ст. 157-160 ГК РК);*
- *исполнение взаимных обязанностей (ст. 284 ГК РК);*
- *основания уменьшения размера неустойки (ст. 297 ГК РК) и порядок установления исключительной неустойки (ст. 351 ГК РК).*



Участники вебинара имели возможность задать интересующие их вопросы и получить детальное разъяснение отдельных законодательных норм. Особенностью вебинара является разъяснение норм законодательства через призму как доктринального осмысления, так и практической реализации с подкреплением пояснения примерами из правоприменительной практики.

Для тех, кто не имел возможности участвовать в вебинаре в режиме реального времени и тех, кто хочет вернуться к его содержанию, просмотрев повторно рекомендуем пройти по ссылке https://prg.kz/pravmedia/webinars_list/ , где размещена видеозапись вебинара.

Более подробную информацию о лекторе можно получить на ее персональной страничке по адресу http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31677850#pos=0;0

А.А. Суюнтаева,
младший научный сотрудник отдела гражданского, гражданско-процессуального законодательства и исполнительного производства Института законодательства РК

INFORMATION NOTE about the webinar on the topic: «Review of actual changes in civil legislation of the Republic of Kazakhstan», May 4, 2017

On the 4th of May took place the webinar of the leading researcher of the Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan Nesterova Elena Viktorovna on the topic «Review of actual changes in civil legislation of the Republic of Kazakhstan». Within the framework of the webinar the presenter explained some of the novels of the Law of the Republic of Kazakhstan dated February 27, 2017 «On Amendments and Additions to Some Legislative Acts of the Republic of Kazakhstan on Improving Civil, Banking Legislation and Improving Conditions for Entrepreneurial Activity».

Particular attention is paid to such issues as:

- *the introduction of a prohibition to take advantage of their unfair behavior and the consequences of such a ban (Article 8 of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan);*
- *other separate structural divisions of the legal entity (Article 43 of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan);*
- *responsibility of participants and officials in the bankruptcy process of a legal entity (Article 44 of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan);*
- *changing the requirements for the form of the agreement on alienation of shares in economic partnerships (Article 59 of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan);*
- *normative delineation of insignificant and contested transactions and its consequences (Articles 157-160 of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan);*
- *performance of mutual duties (Article 284 of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan);*
- *grounds for reducing the amount of the penalty (Article 297 of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan) and the procedure for establishing an exceptional penalty (Article 351 of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan).*

Webinar participants had the opportunity to ask their questions and get a detailed explanation of the specific legislation. The peculiarity of the webinar is the explanation of the norms of legislation through the prism of both doctrinal interpretation and practical implementation, with the reinforcement of explanations by examples from law enforcement practice.

For those who did not have the opportunity to participate in the webinar in real time and those who want to return to its content after viewing again, we recommend using the link https://prg.kz/pravmedia/webinars_list/ where the video of the webinar is posted.

More detailed information about the lecturer can be obtained on her personal page at http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31677850#pos=0;0

A.A. Suyuntaeva,
Junior researcher of civil, civil procedural legislation and executive proceedings department of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan



2017 жылғы 17 мамырда өткізілген «Заңдардың құқықтық мониторингінің ерекшеліктері» атты вебинар туралы АҚПАРАТТЫҚ ХАБАРЛАМА

2017 жылдың 17 мамыр күні «Параграф» ақпараттық жүйесінің «Правмедиа» порталының тікелей эфирінде Қазақстан Республикасының Заңнама институтының Құқықтық мониторинг орталығының жетекші ғылыми қызметкері з.ғ.к. Сафарова Тамарахан Серікқызының «Заңдардың құқықтық мониторингінің ерекшеліктері» тақырыбындағы вебинары өтті.

Вебинар кезінде құқықтық мониторинг институтының құрылуы мен дамуы мәселелері, құқықтық мониторингтің мақсаттары, сонымен қатар түрлі деңгейдегі нормативтік құқықтық актілердің ара қатынасымен және нормативтік құқықтық актілер иерархиясындағы заңның рөлімен байланысты мәселелер қозғалды.

Қазақстан Республикасының Үкіметінің 2016 жылдың 29 тамыздағы №486 қаулысымен бекітілген Құқықтық мониторинг жүргізу қағидаларының кейбір ережелері түсіндірілді.

Сонымен қатар құқық салалары мен құқықтық жүйелердің даму үрдісін және нормативтік құқықтық актілерді қолдану практикасын талдаудың тұрақты мониторингінде негізделген заң шығару қызметін болжау мен талдаумен қамтамасыз етуге ерекше көңіл бөлінген Қазақстан Республикасы Президентінің 2009 жылғы 24 тамыздағы № 858 Жарлығымен бекітілген Қазақстан Республикасының 2010 жылдан 2020 жылға дейінгі кезеңге арналған құқықтық саясат тұжырымдамасының негіздері баяндалды.

Н.Н. Омарова,
ҚР Заңнама институты Құқықтық мониторингі орталығының аға ғылыми қызметкері

ИНФОРМАЦИОННОЕ СООБЩЕНИЕ о вебинаре на тему «Особенности проведения правового мониторинга законов», 17 мая 2017 года

17 мая 2017 года в прямом эфире портала «Правмедиа» информационной системы «Параграф» был проведен вебинар ведущего научного сотрудника Центра правового мониторинга Института законодательства Республики Казахстан к.ю.н. Сафаровой Тамарахан Сериковны на тему: «Особенности проведения правового мониторинга законов».

В ходе выступления были затронуты вопросы становления и развития института правового мониторинга, цели проведения правового мониторинга, а также вопросы, связанные с проблемами соотношения нормативных правовых актов различной юридической силы, ролью закона в иерархии нормативных правовых актов.

Были разъяснены некоторые положения Правил проведения правового мониторинга, утвержденных Постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 августа 2016 года № 486.

Также были озвучены основы Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденного Указом Президента Республики Казахстан 24 августа 2009 года № 858, в котором особое внимание уделяется прогнозно-аналитическому обеспечению правотворческой деятельности, которая основывается на постоянном мониторинге тенденций развития отраслей права и правовых систем и анализе практики применения нормативных правовых актов.

Н.Н. Омарова,
старший научный сотрудник Центра правового мониторинга Института законодательства РК

INFORMATION NOTE
about the webinar on the topic: «Features of the legal monitoring of laws», May 17, 2017

On May 17, 2017, on live broadcast of «Pravmedia» portal of informational system «Paragraph» was held a webinar of the leading researcher of the Center of legal monitoring of the Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan Safarova Tamarakhan Serikovna on the topic: «Features of the legal monitoring of laws».

During the speech, the issues of formation and development of legal monitoring of the Institute, and the purpose of the legal monitoring were touched on, as well as issues related to the problems of the relation of normative legal acts of different legal force, and the role of law in the hierarchy of normative legal acts.

Some provisions of the Rules of holding the legal monitoring, approved by the Decree of the Government of the Republic of Kazakhstan dated August 29, 2016 No. 486, were explained.

There have also been announced the Fundamentals of the legal policy of the Republic of Kazakhstan for the period from 2010 to 2020, approved by the Decree of the President of the Republic of Kazakhstan on August 24, 2009, No. 858 in which special attention is paid to forecasting and analytical support of legislative activity, which is based on constant monitoring of tendency in the development of branches of law and legal systems, and on the analysis of the practice of normative legal acts.

N.N. Omarova,
Senior research associate of the Center of legal monitoring of the Legislation Institute of the Republic of Kazakhstan

2017 жылғы 25 мамырда өткізілген «Адвокаттардың қылмыстық процеске қатысуының өзекті мәселелері» атты вебинар туралы АҚПАРАТТЫҚ ХАБАРЛАМА

2017 жылғы 25 мамырда «Параграф» ақпараттық жүйесінің «Правмедиа» порталының тікелей эфирінде Қазақстан Республикасы Заңнама институтының қылмыстық, қылмыстық іс жүргізу, қылмыстық атқару заңнамасы және сот сараптамасы бөлімі Республикалық адвокаттар алқасының қолдауымен «Адвокаттардың қылмыстық процеске қатысуының өзекті мәселелері» тақырыбында вебинар өткізді.

Жетекші ғылыми қызметкер, заң ғылымдарының кандидаты Қайрат Еслямқалиұлы Исмағұлов баяндама жасап, қойылған сұрақтарға жауап берді.

Вебинардың негізгі мәселелері:

- қылмыстық процестегі қорғаушы-адвокаттың өкілеттіктері (ҚПК 70-бабы);

- адвокаттың мемлекеттік құпияны қамтитын мәліметтерге қолжетімділігінің проблемасы;

- адвокаттың заң қызметінің құқықтық қорғалуы деңгейі;

- қылмыстық сот ісін жүргізуде анықтаушының, тергеушінің, прокурордың және т.б. әрекеттері мен шешімдеріне шағым жасау болды.

Вебинарға қатысушыларөздерінің қызықтырған сұрақтарын қоюға және жекелеген заң нормаларын егжей-тегжейлі түсінік алуға мүмкіндігі болды.

Нақты уақыт режимінде вебинарға қатысу мүмкіндігі болмағандарға, және де, оны қайта қарап мазмұнына қайта оралу үшін вебинар бейнежазбасы орналастырылған https://prg.kz/pravmedia/webinars_list/ сілтемесі бойынша өтуді ұсынамыз.



Ф.М. Рахмитов,
ҚР Заңнама институты Қылмыстық,қылмыстық іс жүргізу, қылмыстық атқару заңнамасы және сот сараптамасы бөлімінің аға ғылыми қызметкері, з.ғ.к.

ИНФОРМАЦИОННОЕ СООБЩЕНИЕ о вебинаре на тему «Актуальные вопросы участия адвокатов в уголовном процессе», 25 мая 2017 года

25 мая 2017 года в прямом эфире портала «Правмедиа» информационной системы «Параграф» при поддержке Республиканской коллегии адвокатов отделом уголовного, уголовно-процессуального, уголовно-исполнительного законодательства и судебной экспертизы Института законодательства Республики Казахстан проведен вебинар на тему «Актуальные вопросы участия адвокатов в уголовном процессе».

С докладом выступил и ответил на поступившие вопросы ведущий научный сотрудник отдела, кандидат юридических наук Исмагулов Кайрат Еслямкалиевич.

Основными постановочными вопросами вебинара явились:

– полномочия защитника-адвоката в уголовном процессе (ст. 70 УПК);

– проблема допуска адвоката к сведениям, содержащим государственные секреты;

– уровень правовой защищенности законной деятельности адвоката;

– обжалование в уголовном судопроизводстве действий и решений дознавателя, следователя, прокурора и т.д.

Участники вебинара имели возможность задать интересующие их вопросы и получить детальное разъяснение отдельных законодательных норм.

Для тех, кто не имел возможности участвовать в вебинаре в режиме реального времени и тех, кто хочет вернуться к его содержанию, просмотрев повторно, рекомендуем пройти по ссылке https://prg.kz/pravmedia/webinars_list/ , где размещена видеозапись вебинара.

Ф.М. Рахмитов,
старший научный сотрудник отдела уголовного, уголовно-процессуального законодательства и судебной экспертизы Института законодательства РК, к.ю.н.

INFORMATION NOTE about the webinar on the topic: «Actual issues of the participation of lawyers in criminal proceedings», May 25, 2017

On May 25, 2017, on live broadcast of «Pravmedia» portal of informational system «Paragraph» the Department of Criminal, Criminal Procedural, Penal Enforcement Legislation and Judicial Expertise of the Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan with the Republican Collegium of Advocates held a webinar. Theme of the webinar was «Actual issues of the participation of lawyers in criminal proceedings».

Introductory word and questions conducted and answered by the leading scientific employee of the department, candidate of jurisprudence Ismagulov Kairat Yeslyamkalievich.

The main issues of the webinar were:

- powers of the defender-lawyer in the criminal proceedings (Article 70 of the Code of Criminal Procedure);

- the problem of admitting a lawyer to information containing state secrets;

- the level of legal protection of the legal activities of the lawyer;

- Appeal in criminal proceedings of actions and decisions of the inquirer, investigator, etc.

Webinar participants had the opportunity to ask their questions and get a detailed explanation of the specific legislation.

For those who did not have the opportunity to participate in the webinar in real time and those who want to return to its content after viewing again, we recommend using the link https://prg.kz/pravmedia/webinars_list/ where the video of the webinar is posted.

Rakhmitov Fuat M.,
Senior research fellow of the department of the criminal-proceeding, criminal-executive legislation and forensic examination of the Legislation Institute of the Republik of Kazakhstan, Candidate of jurisprudence

РЕЦЕНЗИЯ
на монографию И. Елеусизовой и Д. Тұрлыбек на тему: «Контрафактная продукция и параллельный импорт в Республике Казахстан и иных странах Евразийского Экономического Союза» (Германия, LAP Lambert Academic Publishing, 2017. – 53 с.)

Актуальность проведенного сотрудниками Института законодательства Республики Казахстан Елеусизовой И.К. и Тұрлыбек Д.М. монографического исследования обусловлена активным участием Казахстана в экономической интеграции, необходимостью обеспечения в стране благоприятных условий для развития добросовестной конкуренции, расширения возможностей для казахстанского бизнеса и их полноценного конкурирования с иностранными юридическими лицами.

Монография посвящена изучению некоторых проблем в деятельности предпринимателей, связанных с товарным знаком, исчерпанием прав на него и параллельным импортом, оборотом оригинальных товаров и их соотношением с контрафактной продукцией.

Содержание монографии в полной мере соответствует избранной теме, ее структура состоит из пяти основных разделов, введения и заключительной части.

В работе авторами тщательно и всесторонне анализируются нормы международных договоров Республики Казахстан, актов Евразийского Экономического Союза, национальных законодательных актов, а также законодательства зарубежных стран, посвященные регулированию товарных знаков и исключительных прав на них, в целях определения содержания и соотношения понятий исчерпания прав на товарный знак, параллельного импорта и контрафакта.

На основе проведенного анализа, как мы полагаем, были сделаны обоснованные выводы о том, что, во-первых, уровень добросовестной конкуренции, обеспечение которой является одной из приоритетных задач нашего государства, во многом зависит от уровня защищенности прав интеллектуальной собственности, в частности, на товарные знаки.



Во-вторых, существует грань между установлением исключительного права на товарный знак как средства обеспечения его защиты и понятием исчерпания права как способа его ограничения.

При этом авторами справедливо отмечается, что такое ограничение обусловлено тем, что исключительное право на какой-либо результат интеллектуальной творческой деятельности или средство индивидуализации не должно зависеть и не зависит от права собственности на сам материальный объект, в котором они выражаются. Тем самым, указанное ограничение способствует сохранению баланса интересов правообладателей и последующих собственников.

В-третьих, необходимо учитывать наличие взаимозависимости между исчерпанием исключительного права на товарный знак и параллельным импортом, понятие и определение которого авторы обоснованно предлагают закрепить в национальном законодательстве, но только с учетом зарубежной практики и отграничением параллельного импорта от неправомерного ввоза несанкцио-

нированно маркированных товаров.

При этом авторами уточняется, что параллельный импорт означает ввоз именно оригинальных товаров, законно произведенных и маркированных самим правообладателем либо с его официального разрешения.

Следует отметить, что с точки зрения соотношения параллельного импорта и исчерпания прав на товарный знак в теории и законодательстве в области охраны интеллектуальной собственности различаются международный, региональный и национальный принципы исчерпания прав, которые отражают степень и характер законодательного регулирования параллельного импорта в определенной стране или регионе.

В-четвертых, авторами обосновывается необходимость четкого разграничения параллельного импорта и оборота контрафактных (неоригинальных, поддельных) товаров, изготовленных и маркированных без разрешения правообладателя.

В этой связи в работе предлагается законодательно закрепить в Республике Казахстан четкое определение понятия контрафакта и конкретные нормы о запрете на его ввоз и вывоз.

Данное предложение, как мы полагаем, поспособствует исключению в правоприменительной и судебной практике проблемных вопросов, связанных с неоднозначным толкованием параллельного импорта и контрафакции.

В-пятых, представляется актуальным рассмотрение вопроса о введении в Республике Казахстан международного принципа исчерпания прав на товарный знак, т.е. параллельного импорта в отношении определенных категорий товаров,

Как известно, в Казахстане на сегодняшний день действует региональный принцип исчерпания прав, означающий возможность параллельного импорта только в пределах территории стран-участниц ЕАЭС.

Обеспечение возможности параллельного импорта в РК, как предлагают авторы, является, на наш взгляд, обоснованным и обусловлено необходимостью дальнейшего развития конкуренции в стране, оказания поддержки предпринимателям, в особенности субъектам малого и среднего бизнеса.

Особо хотелось бы отметить, что авторами учитывается необходимость рассмотрения вышеуказанных вопросов на уровне ЕАЭС и принятия государствами-членами ЕАЭС единого решения для обеспечения общих подходов к указанным проблемам.

В целом данная монография выполнена на должном научном уровне, является целостным, завершенным научным исследованием, содержащим ценные положения для науки и законодательства в области интеллектуальной собственности, и заслуживает высокой оценки.

В качестве рекомендации в целях улучшения рецензируемой работы полагаем, что в монографии было бы целесообразно также уделить внимание рассмотрению вопросов разграничения административной и уголовной ответственности за параллельный импорт и ввоз на территорию РК контрафактных товаров.

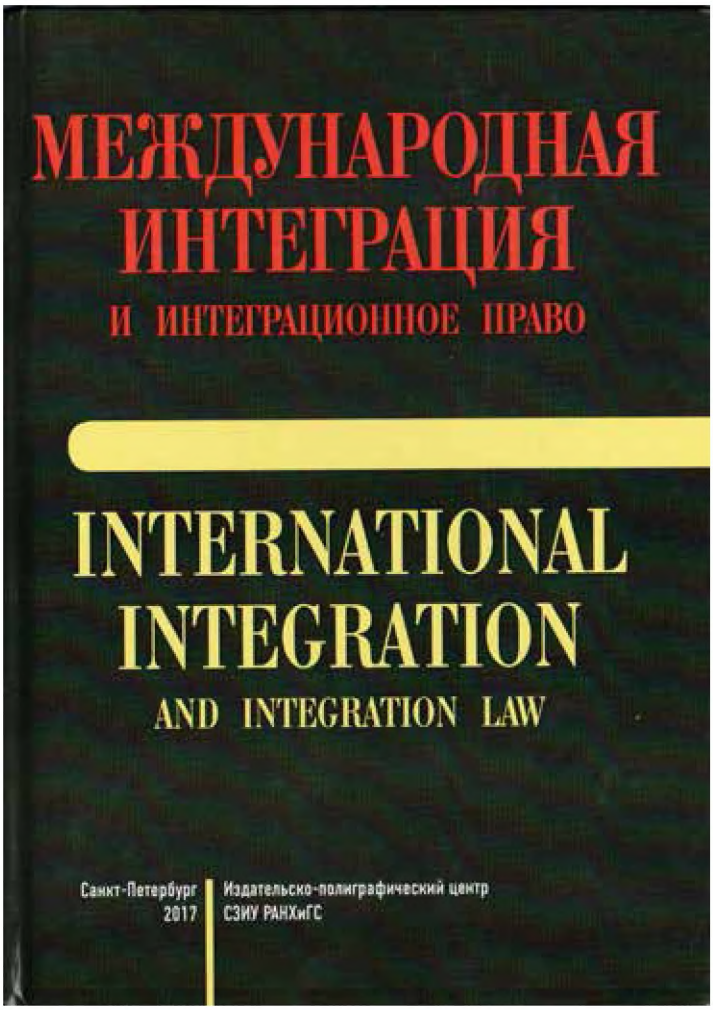
Вместе с тем высказанные предложения никоим образом не влияют на общую положительную оценку монографии.

Результаты данной работы могут быть использованы в правотворческой, научной и преподавательской деятельности, а также при правоприменительной практике.

РЕЦЕНЗЕНТ
Каудыров Толеш Ерденович
Директор Института гражданско-правовых исследований
АО «Университет КАЗГЮУ»,
д.ю.н., профессор

РЕЦЕНЗИЯ
на учебник «Международная интеграция и интеграционное право» / Под общ. ред. В.А. Шамахова, В.П. Киреленко, С.Ю. Кашкина. - СПб., 2017. – 880 с.

В настоящее время глобализация и интеграция международных отношений представляют собой процессы взаимозависимости и взаимовлияния различных сфер общественной жизни и деятельности в области международных отношений. Они затрагивают экономику, политику, идеологию, социальную сферу, культуру, экологию, безопасность, образ жизни, а также условия существования мирового сообщества. На современном этапе гло-



бализация и процесс международной интеграции приобретают не только более значимые количественные характеристики, но и новые более развитые формы и проявления. Таким образом, изучение понятия, роли и особенностей интеграционных процессов в современном международном развитии, а также анализ важнейших международных интеграционных структур современности является актуальной и важной задачей современного образования.

Рецензируемая работа состоит из введения, 6 разделов и послесловия. В первом разделе рассматриваются теоретические вопросы и история правового регулирования интеграционных вопросов.

Во втором разделе рассматриваются формы, источники, принципы и особенности интеграции. Также в этом разделе уделяется внимание изучению правовых основ в сфере науки и образования, миграционных, военно-политических, экономических, правовых начал интеграции.

С третьего по пятый разделы посвящены исследованию различных региональных интеграционных образований, таких как ЕС, ЕАЭС, НАФТА, АТЭС и др. Особое значение уделяется анализу деятельности и правовым основам ЕС и ЕАЭС.

В шестом разделе анализируются правовые основы транспорта и транспортной политики в условиях интеграции.

Авторский коллектив провел глубокий научный анализ теоретических основ интеграции, и большинство выводов основано на изучении международной договорной практики. Особый практический интерес вызывает тезис о понятии права международной интеграции. Необходимо отметить, что внедрение понимания интеграционного права как комплекса норм в настоящее время является наиболее правильным представлением места и значимости правовых основ международной интеграции.

Следует также отметить участие казахстанских авторов, среди которых трое являются сотрудниками Института законодательства Республики Казахстан (д.ю.н., профессор Абайдельдинов Е.М., к.ю.н., профессор Кулжабаева Ж.О., д.ю.н., профессор Сарсембаев М.А.). Представляется, что участие казахстанских ученых в подобных совместных проектах является значительным событием в развитии отечественной науки международного права. Полагаем, что публикация данной работы послужит началом для аналогичного исследования в Казахстане. Представляется, что в перспективе проведение и публикация работ, посвященных изучению интеграции, будет способствовать развитию понимания фундаментальной природы интеграционных процессов, а также, несомненно, позволит обеспечить качественными материалами учебный процесс.

Таким образом, вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что учебник «Международная интеграция и интеграционное право» / Под общ. ред. В.А. Шамахова, В.П. Киреленко, С.Ю. Кашкина является, на наш взгляд, одним из первых учебников, посвященных комплексному рассмотрению правовой природы международной интеграции.

РЕЦЕНЗЕНТ
Иржанов Алимжан Самигуллаевич
Ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, к.ю.н.

Мудрые мысли
Исторические личности о праве



Естілердің сөзін ескеріп жүрген адам өзі де есті болады
(Человек, прислушивающийся к разумным людям, и сам будет разумен).
Абай Құнанбаев

Нысап пен ұят әділеттен шығады
(Совесть и стыд исходят из справедливости).
Абай Құнанбаев

Мен егер закон қуаты қолымда бар кісі болсам,
адам мінезін түзеп болмайды деген кісінің тілін кесер едім
(Если у меня была бы в руках сила закона, я бы отрезал язык тому,
кто утверждает, что невозможно изменить характер человека).
Абай Құнанбаев

·Право наслаждается справедливостью *(Латинское изречение)*
·Право есть внесение космической упорядоченности в
хаос земной человеческой природы *(С. Франк, русский философ)*
·Право есть правило, четко фиксирующее линию, ограничивающую сферу, внутри
которой жизнедеятельность любого индивида свободна от каких бы то ни было
посягательств *(Ф. фон Савиньи, немецкий правовед и историк, юрист)*
·Право юридическое есть то дозволение, та возможность действия, которая
вытекает из природной необходимости, по законам
психологии и социологии *(Л. Тихомиров, русский общественный деятель)*