

**ҚАРАҒАНДЫ
УНИВЕРСИТЕТІНІҢ
ХАБАРШЫСЫ**

ВЕСТНИК

**КАРАГАНДИНСКОГО
УНИВЕРСИТЕТА**

ISSN 0142-0843

ҚҰҚЫҚ
сериясы
№ 4(68)/2012
Серия
ПРАВО

Қазан–қараша–желтоқсан
1996 жылдан бастап шығады
Жылына 4 рет шығады

Октябрь–ноябрь–декабрь
Издается с 1996 года
Выходит 4 раза в год

Собственник РГП

**Қарагандинский государственный университет
имени академика Е.А.Букетова**

Бас редакторы — Главный редактор

Е.К.КУБЕЕВ,

академик МАН ВШ, д-р юрид. наук, профессор

Зам. главного редактора

Х.Б.Омаров, д-р техн. наук

Ответственный секретарь

Г.Ю.Аманбаева, д-р филол. наук

Серияның редакция алқасы — Редакционная коллегия серии

С.К.Амандыкова,	редактор д-р юрид. наук;
Г.С.Стародубцев,	д-р юрид. наук (Россия);
Маркус Августо Малиска,	д-р юрид. наук (Бразилия);
Хавьер Диас Риворио,	д-р юрид. наук (Испания);
Кристиан Цомплак,	д-р юрид. наук (Польша);
К.З.Алимов,	д-р юрид. наук (Узбекистан);
М.А.Сарсембаев,	д-р юрид. наук;
О.К.Копабаяв,	д-р юрид. наук;
И.Ш.Борчашвили,	д-р юрид. наук;
К.А.Жиренчин,	д-р юрид. наук;
Б.М.Нургалиев,	д-р юрид. наук;
К.А.Бакишев,	д-р юрид. наук;
Г.З.Кожаметов,	д-р юрид. наук;
Б.Р.Сембекова,	ответственный секретарь канд. юрид. наук

Редакторы *Ж.Т.Нұрмұханова*
Редактор *И.Д.Рожнова*
Техн. редакторы *Д.Н.Муртазина*

Издательство Карагандинского
государственного университета
им. Е.А.Букетова
100012, г. Караганда,
ул. Гоголя, 38,
тел.: (7212) 51-38-20
e-mail: izd_kargu@mail.ru

Басуға 26.12.2012 ж. қол қойылды.
Пішімі 60×84 1/8.
Офсеттік қағазы.
Көлемі 11,75 б.т.
Таралымы 300 дана.
Бағасы келісім бойынша.
Тапсырыс № 858.

Подписано в печать 26.12.2012 г.
Формат 60×84 1/8.
Бумага офсетная.
Объем 11,75 п.л. Тираж 300 экз.
Цена договорная. Заказ № 858.

Отпечатано в типографии
издательства КарГУ
им. Е.А.Букетова

Адрес редакции: 100028, г. Караганда, ул. Университетская, 28

Тел.: 77-03-69 (внутр. 1026); факс: (7212) 77-03-84.

E-mail: vestnick_kargu@ksu.kz. Сайт: <http://www.ksu.kz>

© Карагандинский государственный университет, 2012

Зарегистрирован Министерством культуры и информации Республики Казахстан.
Регистрационное свидетельство № 13108–Ж от 23.10.2012 г.

МАЗМҰНЫ

КОНСТИТУЦИЯЛЫҚ ЖӘНЕ ХАЛЫҚАРАЛЫҚ ҚҰҚЫҚ

<i>Амандықова С.К., Кристиан Цомплак.</i> Қазақстан Республикасының конституциялық доктринасындағы адам және азаматтардың құқықтық мәртебесінің қалыптасуы мен дамуы..	3
<i>Маркус Августо Малиска.</i> 1988 жылғы Бразилия Конституциясы	10
<i>Тхабисимова Л.А.</i> Кабардино-Балкар Республикасының мемлекеттік басқару жүйесіндегі КБР Басшысының рөлі мен орны.....	18
<i>Бартош Мендык.</i> Емдеу әдістерін патенттеу саласында <i>de lege ferenda</i> салыстырмалы талдауы және қағидалары	25

МЕМЛЕКЕТ ЖӘНЕ ҚҰҚЫҚ ТЕОРИЯСЫ МЕН ТАРИХЫ

<i>Ахметова Н.С., Мироненко Ю.Д.</i> Ұлттық құқықтық жүйенің конвергенциясы және оның Қазақстанның заңнамасына ықпалы.....	37
--	----

АЗАМАТТЫҚ ҚҰҚЫҚ ЖӘНЕ АЗАМАТТЫҚ-ПРОЦЕССУАЛДЫҚ ҚҰҚЫҚ

<i>Әлиева Л.Р.</i> Азаматтық іс жүргізудегі ерекше өндіріс бойынша істерді қарастыру мәселелері ..	45
<i>Қыздарбекова А.С.</i> Кәсіпкерлік қызметті реттеуші заңнама жүйесі туралы мәселеге	51
<i>Тоқатов Р.А.</i> Франчайзинг шартының қалыптасуының теориялық аспектілеріне жалпы сипаттама.....	57

ҚЫЛМЫСТЫҚ ПРОЦЕСС ЖӘНЕ КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Аренова Л.К.</i> Діни сараптама өндірісінің өзекті мәселелері	65
<i>Жәмиева Р.М., Жақыпов Б.А.</i> Заң көмегін көрсетудің кейбір мәселелері: тарихи және шетелдік тәжірибе.....	72
<i>Сембекова Б.Р.</i> Қылмыстық жолмен алынған табыстарды заңдастырумен байланысты қылмыстық мән-жайларды белгілеу.....	77

ЖАС ҒАЛЫМ МІНБЕСІ

<i>Байбекова Л.С.</i> Теңіз аймағын жағалаулас мемлекеттер арасында бөлуге орта сызық әдісін қолданудың ерекшеліктері	84
АВТОРЛАР ТУРАЛЫ МӘЛІМЕТТЕР.....	89
2012 жылғы «Қарағанды университетінің хабаршысында» жарияланған мақалалардың көрсеткіші. «Құқық» сериясы.....	90

СОДЕРЖАНИЕ

КОНСТИТУЦИОННОЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Amandykova S.K., Christian Tsomplak.</i> Development and establishment of the legal status of individuals and citizens in the constitutional doctrine of the Republic of Kazakhstan	3
<i>Marcos Augusto Maliska.</i> The Brazilian Constitution of 1988 year	10
<i>Тхабисимова Л.А.</i> Роль и место Главы Кабардино-Балкарской Республики в системе государственной власти КБР	18
<i>Бартош Мендык.</i> Сравнительный анализ и постулаты <i>de lege ferenda</i> в сфере патентования методов лечения	25

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Ахметова Н.С., Мироненко Ю.Д.</i> Конвергенция национальных правовых систем и её влияние на казахстанское законодательство	37
---	----

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

<i>Alieva L.R.</i> To the question on disposal of special proceeding cases in civil process.....	45
<i>Киздарбекова А.С.</i> К вопросу о систематизации законодательства, регулирующего предпринимательскую деятельность.....	51
<i>Тоқатов Р.А.</i> Общая характеристика теоретических аспектов формирования договора франчайзинга	57

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Аренова Л.К.</i> Актуальные вопросы производства религиозно-экспертной экспертизы	65
<i>Жамиева Р.М., Жакупов Б.А.</i> Некоторые проблемы оказания юридической помощи: исторический и зарубежный опыт.....	72
<i>Сембекова Б.Р.</i> Установление обстоятельств преступлений, связанных с легализацией незаконных доходов	77

Трибуна Молодого Ученого

<i>Байбекова Л.С.</i> Особенности применения метода срединной линии для делимитации морского пространства между прибрежными государствами	84
СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ.....	89
Указатель статей, опубликованных в «Вестнике Карагандинского университета» в 2012 году. Серия «Право»	90

КОНСТИТУЦИЈАЛЫҚ ЖӘНЕ ХАЛЫҚАРАЛЫҚ ҚҰҚЫҚ КОНСТИТУЦИОННОЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

UDC 342

S.K.Amandykova¹, Christian Tsomplak²

¹*Y.A.Buketov Karaganda State University (E-mail: amandykova@mail.ru);*

²*University of Wroclaw, Poland*

Development and establishment of the legal status of individuals and citizens in the constitutional doctrine of the Republic of Kazakhstan

This article analyzes the current legislation of the Republic of Kazakhstan and international legislation related to the establishment and development of the legal status of a person and citizen in the constitutional doctrine of Kazakhstan. Also addresses the issue of the limits of restrictions on the rights and freedoms of man and citizen, who is one of the most difficult, as the legal restrictions substantially affect the degree of freedom and the security of the individual in society and the state. Reflected the natural law concepts of rights and freedoms of individuals who have found their expression in a comprehensive Constitution of Kazakhstan.

Key words: Constitutional doctrine, right of the citizens, Constitution of the Republic of Kazakhstan, The Law "On Advocacy", round table, Institute of privacy, The principle of equality.

Constitutional doctrine of Kazakhstan confirmed the position about the natural origin of individual rights and in clause 12 paragraph 2 proclaimed that human rights and freedoms belonged to everyone from the birth, are recognized as absolute and inalienable.

One of the novels of contemporary constitution is the establishment that the human rights and freedoms determine the content and application of laws and other regulations. It means that at the publication of the laws of the Republic of Kazakhstan, the state must come from the constitutional rights and freedoms of the person, the interests of human being and citizen. This clause of the constitution for the first time really brings to life of Kazakhstani society the principles of constitutionalism, in particular the principle of priority of the person to the state [1].

At the same time exercise of rights and freedoms of human being and citizen has a restrictive framework, which can be expressed as follows:

- 1) it must not infringe on the rights and freedoms of other persons;
- 2) it must not infringe on the constitutional order;
- 3) it must not infringe on public morality.

Completely new theory lies in confirmation the legal status of the personality of the Republic of Kazakhstan. At the core of Kazakhstani concept of constitutional rights and freedoms guaranteed by the Constitution of 1995, there are universal values to which civilized society went for a long time. Many of the provisions of the Universal Declaration of Human Rights adopted by UN General Assembly from December 10, 1948 [2], reflected in the contemporary Constitution.

It should be noted that the natural legal conception of rights and freedoms found its comprehensive expression at the Constitutions of the Republic of Kazakhstan. According to this concept the human being is the source of his natural rights and freedoms which are recognized as absolute and inalienable, in accordance with Clause 12 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan of 1995 [3]. It is important to bear in mind that human rights and freedoms regardless of civil belonging are recognized by the state Kazakhstan, are guaranteed and protected by it. At the same time, human rights and freedoms are not identical with the rights of citizen, although they are interrelated, but not completely identical. The rights and freedoms of human being and citizen are fundamental category of the Constitution of the Republic of Kazakhstan, called to

confirm a person as the highest value of Kazakhstani society. Ensuring civil rights and freedoms is one of the forming principles of Kazakhstani constitutionalism.

The Constitution of 1995 first established as a subject of constitutional rights and freedoms not a citizen, that is, a person officially belonging to the given State and, accordingly, which is under its patronage, but every person irrespective of his civil belonging. Recognition by the Constitution of the Republic of Kazakhstan the rights means recognition the constitutional doctrine of Kazakhstan the natural rights bearing inalienable character. Human rights are basic, they are inherent to all human beings from the birth, regardless of whether they are citizens of the state in which they live, or not, and the rights of citizens include those rights that are assigned to a person only by virtue of his belonging to the state (citizenship).

Thus, in contemporary law there are distinguished two concepts: "human rights" and "civil rights." Under the first, initially emerged, the rights and freedoms inherent in all people, regardless of their citizenship, deriving from natural law are referred to. Under the second — the rights and freedoms provided by the positive law of the state to its citizens are referred to.

The term «human rights» is used always in international law, and the term «civil rights» — is used in the constitutional and other domestic law. The term «human rights» also is used in the constitutional law of the Republic of Kazakhstan, as it provides the rights and freedoms not only for its citizens but also to a large extent for non-citizens who are in the territory of the state. Human rights emanating from the natural, suprapstate law do not preclude their positive clearance in the constitutional and other legislative materials, in this way some contradiction of these two groups of rights and freedoms which have different origins is smoothed out.

Section II of the Constitution of 1995 is devoted to the confirmation of the legal status of the human being and the citizen. If the Constitution of 1993, the first section was devoted to the basics of the legal status of the citizen of the Republic of Kazakhstan, consisting of seven chapters, the Constitution of 1995 without division into chapters allocated to these purposes thirty clauses.

Institute of citizenship has undergone significant changes. It should be noted that the essence of citizenship is characterized by its basic principles and general principles confirmed at the Constitution of the Republic of Kazakhstan and the Law «On Citizenship of the Republic of Kazakhstan» dated from December 20, 1991 with amendments and additions from October 3, 1995 [4].

In our opinion, the most valuable in the establishment of citizenship of the Republic of Kazakhstan is new conceptual content of this institution — above all, the embodiment of universal values, the recognition of the human being and the state equal in rights provided with their mutual responsibility. These basic principles made up a system of principles of citizenship of the Republic of Kazakhstan [5, p. 60, 61].

The most important principle of the citizenship of the Republic of Kazakhstan is the recognition of mutual responsibilities of the citizen and the state as confirmed at clause 1 of the Law «On Citizenship of the Republic of Kazakhstan»: «The Republic of Kazakhstan, through its agencies and officials is responsible to the citizens of the Republic of Kazakhstan, as the citizen of the Republic of Kazakhstan is responsible to the Republic of Kazakhstan».

One of the essential principles of citizenship, first constitutionally confirmed in 1995, is the principle of unity and equality of citizenship. The unity of citizenship manifested in the fact that every person in the Republic of Kazakhstan has the right to citizenship. And all the citizens of the Republic of Kazakhstan, regardless of where they live, have equal rights and equal responsibilities. The principle of equality is manifested in the fact that all the citizens are equal before the law regardless of the basis of the acquisition of citizenship, origin, property status, race and ethnical identity, etc.

The principle of equality of citizens is comprehensive in its content. One of the important principles of citizenship, confirmed in the Constitution of 1995, is the principle of monocitizenship: belonging to the citizenship of another state is not recognized for the citizen of the Republic of Kazakhstan. Problems of dual citizenship, resulting from the adoption of the Law «On Citizenship of the Republic of Kazakhstan» in 1991, were one of the reasons for the complications in the relations with a number of states. The existence of citizens with dual citizenship creates difficulties both for the state and a concrete person. The practice of citizenship legislation in most countries is aimed at reducing those with dual citizenship.

One of well-known scientists and specialists in citizenship N.V.Vitruk considers that when the person has dual citizenship it can damage the sovereignty of the state, considered such person in accordance with national legislation a citizen [6, p. 4].

First of all, there the fundamental principle of the state is violated — such as a full jurisdiction of the state power over its citizens. On the other hand, there are some difficulties arisen from the side of the citizen

in usage of his rights. All these compel the state to take measures to eliminate the causes of dual citizenship. According to p. 3 of clause 10 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan «for a citizen of the Republic of Kazakhstan the citizenship of another state is not recognized». The Constitution, securing such a position excluded the possibility of dual citizenship [5, p. 62, 63].

It should be noted that for the first time in the constitutional concept of rights and freedoms of the Republic of Kazakhstan it was laid down the doctrine of freedom. And the doctrine of constitutionalism in Kazakhstan is based on a doctrine of freedom, trying to find a reasonable balance between freedom and social freedom, freedom and government regulation. The idea of freedom first carried the idea of human freedom from state interference. Further, in its conceptual development the freedom became regarded as «participation in the creation of such a society in which everyone acts like its natural part. As if the human being — is a social creature by nature, should be included in political society, the true freedom — it is not just personal freedom or freedom from society: it is the realization of the noblest qualities of the person, and voluntary submission to laws that he helps to create. Therefore, freedom is not limited to the liberal procedural restrictions it implies the existence of objective criteria of good and justice. Freedom is interpreted as a means of personal self-development. Freedom in the context of civil rights — it's not just freedom from arbitrary of power, but freedom of forming public predestination of the human being — the freedom to become a worthy citizen, with a worthy life in harmonious and equitable state [7; 84].

For many years, a clear picture was crystallized on the content of freedom and its relationship with the state. Document confirmation of these notions of freedom found itself in the Declaration of Independence of the United States in 1776, the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the UN in 1948, French Declaration of Human Rights and Citizen Rights in 1978.

These greatest documents in their importance laid the foundation of modern civilization; they have the meaning and purpose of a legal, constitutional state.

The Constitution of the Republic of Kazakhstan reflected not only the right to life, but stemming from it the right to recognition as a person before the law. The right of everyone to protect their rights and freedoms by all noncontradictory to law means including necessary defense Constitutionally confirmed. Clause 2 of the International Pact on Civil and Political Rights of 1966 indicates the need for legal protection for any persons seeking such protection [8]. Paragraphs 2 and 3, Clause 13 of the Constitution implement the above mentioned clause of the International Pact on Civil and Political Rights in the constitutional law of the republic.

Thus, paragraph 2 of clause 13 of the Constitution gives everyone the right to judicial protection of their rights and freedoms. Decisions and actions (or inaction) of state bodies, local authorities, public associations and officials may also be appealed in court. Everyone is entitled in accordance with international treaties of the Republic of Kazakhstan to international bodies for the protection of human rights and freedoms, if all available domestic remedies or legal defense are exhausted. Paragraph 3 of clause 13 guarantees the right to qualified legal assistance.

The Law «On Advocacy» from December 5, 1997 [9] as the main problem lays for advocateship the facilitating of the implementation of the guaranteed by the government and by the Constitution of the Republic of Kazakhstan human right to judicial protection of their rights, freedoms and qualified legal assistance. Clause 6 of the Law «On Advocacy» provides the cases of legal assistance free of charge, and the trustees, upon request, are exempt from payment and legal assistance is provided by lawyers at the expense of firm of attorneys or bar association.

One of the most important principles of constitutionalism is the equality. Kazakhstan doctrine of constitutionalism constitutes the principle in the cl. 14 of the Constitution. The Constitution of the Republic of Kazakhstan states: «All are equal before the law and the court». In the current Constitution in this way reflected cl. 7 of the Universal Declaration of Human Rights, which stated that «all are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection under the law». Equality before the law means the same legal position of citizens (and aliens) before the law, i.e. match the full range of rights and obligations of all human beings. The content of equality implies the absence of illegitimate privileges and the prohibition of discrimination on any grounds.

Paragraph 2 of cl. 14 establishes the constitutional protection of individuals from discrimination on grounds of origin, social, property status, sex, race, nationality, religion, views, place of residence, etc.

The Constitution of the legal state provides the legal, i.e. formal, equality between human beings. Sense of formal equality is to provide equal start opportunities to everybody, the realization of which depends on the talent, intelligence and resourcefulness of each person. The law can not be without risk of destruction of

human freedom to regulate these human qualities, the attempt to bring them to the «average» size inevitably leads to inhibition of the social activity of people, loss of energy of the strongest personalities and socially useful persons. The equality of persons before the court is equally important. It does not matter the legal status of the person — all i.e. everyone, both citizens and noncitizens, as well as foreigners are brought before the court in equal status, receiving the same protection of their legitimate rights and bearing the same measure of responsibility.

Constitutionalism complicates the adoption and implementation of government decisions, not as the end in itself, but in order for people to live freely, or at least be free from government tyranny. The constitution that meets the requirements of constitutionalism, is different from the simple basic laws determined the state structure in that it tries to ensure the freedom. The right to freedom is nothing like freedom itself, i.e. ability to perform any lawful acts. In this rule there is inherent limitation of the right to freedom of other people, especially officials with the possibility of using coercion to people.

Fundamental human right — it is his inalienable and natural right of everyone to life, as confirmed in clause 15 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan. In order to comply with European standards the changes were made in this clause on May 21, 2007. From now on, the death penalty established by thy law as an exceptional measure of punishment in the following cases [10]:

- for terrorist crimes, connected with the loss of life;
- the most gravest crimes committed in wartime.

The Constitution of the Republic of Kazakhstan in clause 16 confirms the right to personal freedom for the first time in contemporary constitutional practice in Kazakhstan. Personal freedom of human being — is his inalienable and absolute right arising by virtue of the natural nature of human being himself. Personal freedom is a unit of human rights, which form an indissoluble unity that is the foundation of virtually all the legal status of the person, because without such right there meaning of any other rights and freedoms are lost. In a lawful state human freedom is equal to all nature and protected by the state and by legal means and forms. Restriction of the constitutional right to human freedom shall be allowed only in cases prescribed by the law, and only with court approval, providing arrested person right to appeal.

It should be noted that the issue of restrictions on rights and freedoms was the subject of «round table», conducted by the Nizhny Novgorod Law Institute of the Interior Ministry of the Russian Federation jointly with the magazine «State and Law» in December 1997 [11]. The speakers at this roundtable suggest that under the restrictions of fundamental rights in the proper constitutional and legal sense, refers to constitution permitted and established constitutional law exceptions to the constitutional status of human being and citizen.

The Constitution of the Republic of Kazakhstan of 1995, securing the inviolability of human dignity (clause 17), went much further, securing privacy, personal and family secrets, protection of honor and dignity (clause 18). For the first time at the level of the constitution the privacy rights are confirmed, constitutionalism establishment is not possible without the civil society, where the basics is the sovereignty of the individual, meaning the integrity of his «habitat».

Institute of privacy includes a great variety of guarantees that are contained in various clauses of the constitution. The right to personal and family privacy, to defense of the honor and dignity are constituted. Neither of whom can be demanded the information concerning the origin or business activity of relatives, intimate relationships, sources of financial condition of the family, etc. If honor and good name are humiliated or insulted, he may demand through the trial the punishment or compensation for moral damage, provided that by the Criminal Code. If the defamatory and rights disparage information published in press, the court may order the same print organ to publish a confutation of this information.

Everyone has the right to secrecy of correspondence, telephone conversations, postal, telegraph and other messages. Therefore it is prohibited opening and inspection of letters and other postal items, interception of telephone conversations. The Criminal Code classifies the violation of the secrecy of correspondence, telephone conversations and telegraphic communications of citizens as a crime. Search, seizure, arrest of correspondence and its seizure of postal and telegraph offices may only be on grounds and procedures established by the Code of Criminal Procedure. Strictly regulated by the law the order wiretapping.

Furthermore, the Constitution under cl. 19 gives everyone the right to determine and indicate or not indicate his national, party and religious affiliation.

A completely different concept than in the previous constitutional law laid the basics of confirmation of social-economic rights in the modern Constitution of the Republic of Kazakhstan. If the unit of social-

economic rights earlier was as some granted by the state causing some sense of dependence on the state by its citizens, but their modern interpretation aims at the personal initiative and encourages more entrepreneurship. Therefore, the existing points of view of scholars such as Cass R. Sunstein that the constitutional provision in post-communist countries is not only useless but harmful, in our opinion, are incorrect. Thus, Sunstein writes: «Many positive rights are not consistent with the common desire to root out of the citizens... a sense of dependence on the state and its desire to support and encourage private initiative ... If the individual positive rights are taken into consideration by the citizens as the inalienable rights conferred by the state, it can have negative impact on the personal initiative and enterprise [12].

I. Michailovskaya also considers that giving the social-economic rights the status of constitutional rights leads to some negative consequences:

- 1) not only preserve but also strengthen paternalistic attitudes of citizens;
- 2) preservation of Soviet behavior patterns;
- 3) occurrence of difficulties in replacing the egalitarian distribution of goods of special targeted assistance to vulnerable people [13].

We suppose that in the conditions to the transition to the market economy and forming the market economy as one of the functions of the state is a social function. Moreover, in cl. 1 of the Constitution it is stated that Kazakhstan — is a welfare state. Therefore, the necessity for legal protection of citizens is one of the challenges in solving problems of human rights in well equipped democratic country. It is quite important that the search for ways to achieve a balance between the interests of the individual and society — is one of the main directions of development of Kazakhstani statehood.

The Constitution of 1995 at the confirmation of social-economic rights, there is a balance that does not, on the one hand, develop a dependency and equalization in the distribution of social goods, and the other — a certain degree of care shall be done for a person with the purpose of ensuring the necessary conditions for maintaining his dignity.

Thus, according to cl. 24 there not a right to work is declared, but the right to freedom of labor, which is a constitutional novelty. The first constitution of independent Kazakhstan continued to secure the right to work, and it corresponded with the obligation to work. The right to freedom of labor also includes the freedom of every person to dispose of their abilities to work, choose the type of activity and profession. Free choice of occupation and profession is solely voluntary will of everyone to exercise their right to work in various forms of employment under the employment agreement or contract, the organization of any type of property, passing the state and military service, do business without a legal entity or as member of the partnership, a member of the production cooperative or farm, as well as within the civil law contracts (the author's agreement, contract, contract assignments, etc.).

And in this case, the implementation of the constitutional right for freedom of labor conditions contributes to the full development of personality and is an implementation of cl. 23 of the Universal Declaration of Human Rights and cl. 6 of the Pact on Economic, Social and Cultural Rights, which confirms the right of everyone to the opportunity to earn a living by work which he freely chooses or to which he freely agrees.

At the same time, these constitutional provisions encourage entrepreneurship, ensuring that in paragraph 4 of cl. 26 right of everyone to freedom of entrepreneurial activity, and free use of his property for any lawful business activity.

Somewhat different the right of the citizens of the Republic of Kazakhstan on social protection by guaranteeing minimum wages and pensions, Social Security age, sickness, disability, widowhood, and other legal grounds (clause 28), as well as the right to receive free only guaranteed level of medical care established by law (p. 2, cl. 29) are recognized.

Voluntary social insurance, creation of additional forms of social security and charity are encouraged.

If the earlier the constitution guaranteed free medical care, but now there is only the amount of guaranteed health care. Constitution of 1993 guaranteed free secondary, secondary professional and higher education in state educational institutions (cl. 24) [14]. The current Constitution only guarantees free secondary education and higher education on a competitive basis to private educational institutions (cl. 29, 30).

Complex of social-economic rights is presented in the constitution in quite harmonious form, where the health visitor role of the state in relation to society is limited to socially vulnerable layers of population, expansion of the sphere of state control is very low.

Complex of political rights confirmed in the constitution, has not undergone any changes.

Constitutional recognition of responsibilities undergone some changes. The Constitution of the Republic of Kazakhstan of 1993 were charged duties only to citizens of the Republic of Kazakhstan (clauses 29–31). Now, the duty to observe the Constitution and laws of the Republic of Kazakhstan, to respect the rights, freedoms, honor and dignity of others, as well as the duty to respect state symbols of the republic and to pay the legally established taxes, fees and other mandatory payments are imputed to all residents of Kazakhstan (clauses 34, 35.) These charges are attributable to citizens and foreigners and stateless persons residing at the territory of the republic.

As for the responsibilities of citizens of the Republic of Kazakhstan, they except the defense the republic and the duty of military service obligations enriched with the care for the preservation of historical and cultural heritage and protection of monuments of history and culture, preservation nature and natural resources (cl. 37, 38).

Imputation of the first two responsibilities only to citizens of the Republic of Kazakhstan is not in doubt and dispute. Indeed, it would be illogical to require foreign nationals or stateless persons to perform military service or to protect the Republic of Kazakhstan from encroachment by other states. The same can be said about such duties as the duty of care to preserve the historical heritage and protect monuments of history and culture. Historical and cultural heritage, handed down to us from our ancestors, historical and cultural monuments of our country — who but the citizens of Kazakhstan have to take care of their preservation?!

Certain proposals are called by one of the duties, which lies just to the citizens of the Republic of Kazakhstan. It is the duty to preserve nature and to preserve natural resources (clause 38). Why do conservation and respect for natural resources as a duty imposed only on citizens of the Republic of Kazakhstan? According to p. 1 of cl. 31 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan the state seeks to protect the environment, conducive to human life and human health. Notice that the human, not a citizen, that is, the state, creating favorable conditions does not make distinctions on individual citizens and aliens. They are created for all people, as we infer from the wording of p. 1 of cl. 31 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan. It turns out that the state creates favorable to life and health conditions for all people, but to preserve nature and protect the natural wealth should only citizens of the Republic of Kazakhstan. It seems that the legislator is not well articulated this clause, fixing this responsibility only for the citizens of the Republic of Kazakhstan. For comparison, there may be cl. 58 of the Constitution of the Russian Federation, which states: "**Each** (emphasis added — A.S.) is obliged to preserve nature and the environment, to take care of natural resources" [15].

In general, by securing the rights and freedoms of human being and citizen, the Constitution of the Republic of Kazakhstan unequivocally states that the limitation of rights and freedoms of citizens for political reasons are not allowed in any form. In no cases shall not be restricted the rights to the nationality (clause 10), the right to defend and protect its citizens (clause 11), the right to judicial protection and to qualified legal assistance (clause 13), the right to equality before the law and the court (clause 14), the right to life (clause 15), the right to personal freedom (p. 1, clause 16), the right to physical integrity (clause 17), the right to use their native language and culture, to free choice of language of communication, upbringing, education and creative expression (clause 19), the right to freedom of conscience (clause 22), right to private property (p. 2, clause 26).

In general, the question of the limits of limits of rights and freedoms of human and citizen is among the most difficult, as the legal restrictions on the merits affect the degree of freedom and security for the person in society and the state [16, p. 162–167].

Among the new foundations of limitation the rights and freedoms of human and citizen of Constitution of 1995 puts the health and morals (p.1, cl. 39).

The Republic of Kazakhstan is a multinational state, and, of course, maintaining social stability is one of the main tasks of the state. It was appropriate constitutional provision unconstitutional recognition of any action that could violate international consent (p. 2, cl. 39).

In general, it should be noted that a new approach to human rights and freedoms laid down in the last Constitution the Republic of Kazakhstan, based on the recognition general humanitarian values, including the idea of human rights, its legal protection, autonomy of personality, the existence of areas free of state intervention, from the arbitrariness of officials.

References

- 1 The Constitution the Republic of Kazakhstan, adopted at the republican referendum on August 30, 1995./<http://www.adilet.gov.kz/ru/node/32955>
- 2 General Declaration of Human Rights. Adopted and proclaimed by Resolution 217 (111) UN General Assembly on December 10, 1948 / Published by the UN Development Programme as a joint initiative with the Ministry of Foreign Affairs. — Almaty, 2002 / http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml
- 3 The Constitution of the Republic of Kazakhstan from August 30, 1995 / http://www.akorda.kz/ru/official_documents/the_constitution
- 4 The Law of the Republic of Kazakhstan «On citizenship» from December 20, 1991, with amendments and additions // Supreme Council of the Republic of Kazakhstan. — 1991. — № 52. — P. 636; Presidential Decree having the force of law, on 03/10/1995 // Bulletin of the Supreme Council of the Republic of Kazakhstan. — 1995. — № 19. — P. 117 // Bulletin of the Parliament of the Republic of Kazakhstan. — 2002. — № 10. — P. 101.
- 5 *Amandykova S.K.* Constitutional law of the Republic of Kazakhstan: coursebook. Manual for juridical departments. — Karaganda: Bolashak-Baspa, 1998. — P. 60–63, 212.
- 6 *Vitruk N.V.* The constitutional status of the personality in the USSR. — Moscow, 1980. — P. 4, 256.
- 7 *Kubeyev Y.K.* Constitutional system of the Republic of Kazakhstan (social and spiritual foundations.). — Karaganda, 1998. — P. 84, 144.
- 8 International Pact on Civil and Political Rights. The adopted resolution 2200A (XXI) UN General Assembly on December 16, 1966 / Published by UNDP in a joint initiative with the Ministry of Foreign Affairs. — Almaty, 2002 / http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml
- 9 The law of the Republic of Kazakhstan «On Advocacy» on December 5, 1997 as amended on 06.03.2003 // Bulletin of the Parliament of the Republic of Kazakhstan. 1997. — № 24. — P. 338; 2003. — № 11. — P. 65.
- 10 The law of the Republic of Kazakhstan "On Amendments to the Constitution of the Republic of Kazakhstan" dated 21 May, 2007/http://www.akorda.kz/ru/official_documents/the_constitution/law_of_the_republic_of_kazakhstan_on_making_amendments
- 11 Principals, limits, limitations of human rights and freedoms under the Russian legislation and international law: Proceedings of the "round table" of the journal «State and Law» // State and Law. — 1998. — № 7. — P. 20–42.
- 12 *Sanstein K.R.* Against positive rights // Russian Bulletin on Human Rights. 1995. — Vol. 6. — P. 21.
- 13 *Mikhailovskaya I.* The genesis of social-economic rights and their influence on the post-totalitarian systems // Constitutional Law: East European Review. — 2000. — № 1. — P. 150.
- 14 The Constitution of the Republic of Kazakhstan dated from 28 January, 1993 // Supreme Council of the Republic of Kazakhstan. 1993. — № 1 / http://adilet.minjust.kz/rus/docs/K930001000_
- 15 The Constitution of the Russian Federation. — Moscow: Prospect, 2000. — P. 17 / <http://constitution.kremlin.ru/>
- 16 *Morozova L.A.* Problems of the contemporary Russian statehood: coursebook. — Moscow: Legal. lit., 1998. — P. 162, 167, 250.

С.К.Амандықова, Кристиан Цомплек

Қазақстан Республикасының конституциялық доктринасындағы адам және азаматтардың құқықтық мәртебесінің қалыптасуы мен дамуы

Мақалада Қазақстан Республикасының қолданыстағы заңнамасындағы және конституциялық доктринасында адамдар мен азаматтардың заңға сүйенген мәртебесінің қалыптасуына қатысты халықаралық құқықтық актілер талданды. Сонымен қатар адамдар мен азаматтардың құқықтары мен бостандықтарын шектеу туралы сұрақтар және табиғи заңға сүйенген тұжырымдары қаралды.

С.К.Амандықова, Кристиан Цомплек

Становление и развитие правового статуса человека и гражданина в конституционной доктрине Республики Казахстан

В статье дан анализ действующего законодательства Республики Казахстан и международных правовых актов, связанных со становлением и развитием правового статуса человека и гражданина в конституционной доктрине РК. Также рассмотрен вопрос который является одним из самых трудных, о пределах ограничения прав и свобод человека и гражданина, так как законодательные ограничения, по существу, влияют на степень свободы и безопасности человека в обществе и государстве. Отражены естественные правовые концепции прав и свобод человека и гражданина, нашедшие всеобъемлющее выражение в Конституции Республики Казахстан.

Marcos Augusto Maliska

UniBrasil, in Curitiba-PR, Brazil (E-mail: marcosmaliska@yahoo.com.br)

The Brazilian Constitution of 1988 year

This article analyzes the Brazilian Constitution of 1988. Formulated stages of the Brazilian Constitution, however, the role and place of the Constitution so far as the basis of all the laws of Brazil. The author examines the structure and basic principles of the Constitution, the basic right to judicial protection, access to information, basic rights and guarantees in relation to the prosecution of state action - criminal law, freedom of assembly and association, etc.

Key words: Brazilian Constitution, military, Brazilian Supreme Court, the Federative Republic of Brazil, President, Government.

The Brazilian Constitution of 1988 defined the return of democracy in Brazil after twenty years of military rule. The safe, slow and gradual transition promised by the military, was began with the approval of the amnesty law in 1979 that allowed people who were persecuted by the regime to return to Brazil. The amnesty also forgave the crimes committed during the military regime. Recently, in April 2010, the constitutionality of this law was questioned by the Brazilian Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal*) with the argument that this crimes committed by the military were crimes against human rights. The court made the ruling of the law in compliance with the constitutional order. The reconciliation of Brazilian society was possible, among other reasons, due to the amnesty law, which prepared the transition from military rule to civilian rule. In 1982 there were direct elections for state governors, senators, congressmen, state legislators, mayors and councilors. The ruling party managed to elect a majority of governors. The outcome of the elections for congress presented a balance between the posts won by the ruling party and the opposition. This balance influenced the composition of the Electoral College in 1985. The end of military rule occurred with the opposition's victory in the Electoral College that chose the new president of the republic in 1985.

The 26th constitutional amendment called upon the national assembly to draft the new Brazilian constitution. The assembly began its work on February 1, 1987 and October 5, 1988 the new constitution was promulgated.

The National Constituent Assembly lasted eighteen months. It was composed of 559 constituencies, 487 deputies and 72 senators. 24 subcommittees were made to formulate the outlines of the new constitution, which was later transformed into eight thematic commissions, which in turn forwarded the draft to the systematization committee. In the opinion of important Brazilian jurists, the constituent congress produced a fairly advanced and modern text, with important innovations for Brazilian and even global constitutionalism.

The constituent congress from 1987 and 1988 was characterized by broad participation of society. Organized social movements claim their rights. Thus, the Constitution gave special attention to the various segments of Brazilian society, for example, indigenous people and blacks that historically had been denied their rights.

The text of the 1988 Constitution is very lengthy. The Constitution is composed of 250 articles and also includes 97 more articles in its transitory provisions. The country witnessed the so-called process of the constitutionalisation of infraconstitutional rights. Thus, workers' rights were fully provided in art. 7; taxpayers' rights are provided in art. 150 and in the following articles; the rights of public employees are provided in art. 37 and in the following articles. The article 5, which deals with fundamental rights, is the fundamental nucleus to the civil law, to the criminal law and to the administrative law. The authoritarian past of the Brazilian state has made the constituent process a secure environment for rights provision in the Constitution. Thus, the state could not revoke them. This process of rights provision in the Constitution demonstrated how Brazilian society distrusted the state and its authorities.

The Constitution is divided into nine sections. We will now examine the main aspects of each section, giving an overview of the constitutional text.

2.1. Preamble

The preamble of the Constitution contain the spirit of the Constitution, its grounds and its main objectives: «We the representatives of the Brazilian People, convened in the National Constituent Assembly to

institute a democratic state for the purpose of ensuring the exercise of social and individual rights, liberty, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, pluralist and unprejudiced society, founded on social harmony and committed, in the internal and international orders, to the peaceful settlement of disputes, promulgate, under the protection of God, the Constitution of the Federative Republic of Brazil».

2.2. *The Fundamental Principles*

The fundamental principles of the Constitution synthesize the entire contents of the constitution. The fundamental principles are not superior to all other provisions of the constitution, although they constitute a vector for the interpretation of all constitutional norms. Therefore, art. 1 regulates that «the Federative Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of the states and municipalities and of the Federal District, is a legal democratic state and is founded on: (i) sovereignty; (ii) citizenship; (iii) the dignity of the human beings; (iv) the social values of labour and of the free enterprise; (v) political pluralism».

The sole paragraph of that article provides for the principle of popular sovereignty: «all power emanates from the people, who exercise it by means of elected representatives or directly, as provided by this Constitution».

Article 2 provides for the principle of the separation of powers: «the Legislative, the Executive and the Judicial, independent and harmonious among themselves, are the powers of the Union».

German professor Konrad Hesse writes that a constitution has normative force when it is in line with reality. A constitution will never have effective legal force if the text presupposes or portrays a different reality from that experienced by the people. Thus, art. 3 of the Constitution deals with the reality in Brazil, the challenges of Brazilian society: «the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil are: (i) to build a free, just and solidary society; (ii) to guarantee national development; (iii) to eradicate poverty and substandard living conditions and to reduce social and regional inequalities; (iv) to promote the well-being of all, without prejudice as to origin, race, sex, colour, age and any other forms of discrimination».

Art. 4 of the constitution regulate Brazil's international relations, providing for the concepts of openness, cooperation and integration of the Brazilian constitutional order to the international community, both regionally and globally: «the international relations of the Federative Republic of Brazil are governed by the following principles: (i) national independence; (ii) prevalence of human rights; (iii) self-determination of the people; (iv) non-intervention; (v) equality among the states; (vi) defense of peace; (vii) peaceful settlement of conflicts; (viii) repudiation of terrorism and racism; (iv) cooperation among people for the progress of mankind; (x) granting of political asylum». The sole paragraph of that article provides for Latin American integration: «the Federative Republic of Brazil shall seek the economic, political, social and cultural integration of the people of Latin America, viewing the formation of a Latin-American community of nations».

2.3. *The fundamental rights and guarantees*

The second section of the Constitution deals with fundamental rights and guarantees. The section is divided into five chapters. The first chapter discusses individual and collective rights and duties.

Article 5 states that all people are equal before the law, without any distinction. Brazilians and foreigners residing in the country are ensured of inviolability of the right to life, liberty, equality, security and property.

The Constitution includes in article 5 an extensive list of rights and guarantees. For a better understanding of these rights and guarantees one can divide the topic into the following subdivision:

a) *Gender Equality*

Men and women have equal rights and duties under the terms of the Constitution. Article 226 of the Constitution talks about the family, which is the foundation of society. Paragraph five of this article states that the rights and the duties of marital society shall be exercised equally by the man and the woman.

Article 7° of the Constitution discusses the rights of workers. Subsection thirteen of this article provides for the protection of the women labor market through specific incentives, as provided by law.

b) *Guarantees of the person against persecutory action of state — criminal law*

The guarantees of the person against persecutory action of state can be found in the following sections: (i) no one shall be submitted to torture or to inhuman or degrading treatment; (ii) there shall be no exceptional tribunal or court; (iii) the institution of the jury is recognized, according to the organization which the law shall establish, and the following are ensured: a) full defense; b) secrecy of voting; c) sovereignty of verdicts; d) power to judge willful crimes against life; (iv) there is no crime without a previous law to define it, nor a punishment without a previous legal commination; (v) penal law shall not be retroactive, except to benefit the defendant; (vi) the law shall punish any discrimination which would be against fundamental

rights and liberties; (vii) the practice of racism is a non-bailable crime, with no limitation, subject to the penalty of confinement, under the terms of the law; (viii) the practice of torture, the illicit traffic of narcotics and related drugs, as well as terrorism, and crimes defined as heinous crimes shall be considered by law as non-bailable and not subject to grace or amnesty, and their principals, agents and those who omit themselves while being able to avoid such crimes shall be held liable; (ix) the action of armed groups, either civil or military, against the constitutional order and the democratic state is a non-bailable crime, with no limitation; (x) no punishment shall go beyond the person of the convict, and the obligation to compensate for the damage, as well as the decreeing of loss of assets may, under the terms of the law, be extended to the successors and executed against them, up to the limit of the value of the assets transferred; (xi) the law shall regulate the individualization of punishment and shall adopt the following, among others: a) deprivation or restriction of freedom; b) loss of assets; c) fine; d) alternative rendering of social service; e) suspension or deprivation of rights; (xii) there shall be no punishment: a) of death, save in the case of war declared under the terms of article 84, subsection 19; b) of life imprisonment; c) of hard labour; d) of banishment; e) which is cruel; (xiii) the sentence shall be served in separate establishments, according to the nature of the offense, the age and the sex of the convict; (xiv) prisoners are ensured of respect to their physical and moral integrity; (xv) female prisoners shall be ensured of adequate conditions to stay with their children during the nursing period; (xvi) no Brazilian shall be extradited, except the naturalized ones in the case of a common crime committed before naturalization, or in the case there is sufficient evidence of participation in the illicit traffic of narcotics and related drugs, under the terms of the law; (xvii) extradition of a foreigner on the basis of political or ideological crime shall not be granted; (xviii) no one shall undergo legal proceeding or sentencing save by the competent authority; (xix) no one shall be deprived of freedom or of his assets without the due process of law; (xx) evidence obtained through illicit means are unacceptable in the process; (xxi) no one shall be considered guilty before the issuing of a final and unappealable penal sentence; (xxii) no one who has undergone civil identification shall be submitted to criminal identification, save in the cases provided by law; (xxiii) private prosecution in the cases of crimes subject to public prosecution shall be admitted, whenever the latter is not filed within the period established by law; (xxiv) the law may only restrict the publicity of procedural acts when the defense of privacy or the social interest require it; (xxv) no one shall be arrested unless in flagrante delicto or by a written and justified order of a competent judicial authority, save in the cases of military transgression or specific military crime, as defined in law; (xxvi) the arrest of any person as well as the place where he is being held shall be immediately informed to the competent judge and to the family of the person arrested or to the person indicated by him; (xxvii) the arrested person shall be informed of his rights, among which are the right to remain silent, and he shall be ensured of assistance by his family and a lawyer; (xxviii) the arrested person is entitled to identification of those responsible for his arrest or for his police questioning; (ixxx) illegal arrest shall be immediately remitted by the judicial authority; (xxx) no one shall be taken to prison or held therein, when the law admits release on own recognizance, subject or not to bail; (xxxii) there shall be no civil imprisonment for indebtedness except in the case of a person responsible for voluntary and inexcusable default of alimony obligation and in the case of an unfaithful trustee.

c) Freedom of speech

The Brazilian Constitution guarantees the following rights regarding freedom of speech: (i) the expression of thought is free, and anonymity is forbidden; (ii) freedom of conscience and of belief is inviolable, the free exercise of religious cults being ensured and, under the terms of the law, the protection of places of worship and their rituals being guaranteed; (iii) no one shall be deprived of any rights by reason of religious belief or philosophical or political conviction, unless he invokes it to exempt himself from a legal obligation required of all and refuses to perform an alternative obligation established by law; (iv) the expression of intellectual, artistic, scientific, and communication activities is free, independent of censorship or license.

d) Freedom of assembly and association

All persons may hold peaceful meetings, without weapons, in places open to the public, regardless of authorization provided that they do not frustrate another meeting previously called at the same place, subject only to prior notice to the competent authority. Freedom of association for lawful purposes is fully guaranteed and any paramilitary association being forbidden. The creation of associations and, under the terms of the law, that of cooperatives is not subject to authorization, and state interference in their operation is forbidden. Associations may only be compulsorily dissolved or have their activities suspended by a judicial deci-

sion. No one shall be compelled to become associated or to remain associated. When expressly authorized, associations shall have the legitimacy to represent their members either judicially or extrajudicially.

e) Inviolability of privacy, private life, honour and image of persons

The Brazilian Constitution states that privacy, private life, honour and the image of persons are inviolable, and the right to compensation for property or moral damages resulting from their violation is ensured. The right of reply is ensured, in proportion to the offense, as well as compensation for property or moral damages or for damages to the image of the person.

The home is the inviolable refuge of the individual, and no one may enter therein without the consent of the dweller, except in the event of *flagrante delicto* or disaster, or to give help, or, during the day, by court order.

The secrecy of correspondence and of telegraphic correspondence, data and telephone communications is inviolable, except, in the latter case, by court order, in the cases and in the manner prescribed by law for the purposes of criminal investigation or criminal procedural finding of facts.

f) Right to property

The Constitution proclaims that the right of property and the right to inheritance is guaranteed. Property shall fulfill its social function. The law shall establish the procedure for expropriation for public necessity or use, or for social interest, with fair and previous pecuniary compensation, except for the cases provided in the constitution. In case of imminent public danger, the competent authority may make use of private property, provided that, in case of damage, subsequent compensation is ensured to the owner. The small rural property, as defined by law, provided that it is used by the family, shall not be subject to attachment for the payment of debts incurred by reason of its productive activities, and the law shall establish the means to finance its development. The exclusive right of use, publication or reproduction of works rests upon their authors and is transmissible to their heirs for the time the law shall establish. Under the terms of the law, the following are ensured: a) protection of individual participation in collective works and of reproduction of the human image and voice, sports activities included; b) the right to authors, interpreters and respective unions and associations to monitor the economic use of the works which they create or in which they participate. The law shall ensure the authors of industrial inventions of a temporary privilege for their use, as well as protection of industrial creations, property of trademarks, names of companies and other distinctive signs, viewing the social interest and the technological and economic development of the country. Succession to the estate of foreigners which is located in Brazil shall be regulated by the Brazilian law in favour of the Brazilian spouse or children, whenever the personal law of the deceased is not more favourable to them. The state shall provide defense for consumers as set forth by law.

g) Access to information

Access to information is ensured to everyone and the confidentiality of the source shall be safeguarded, whenever necessary to the professional activity. All persons have the right to receive, from public agencies, information of private interest to such persons, or of collective or general interest, which shall be provided within the period established by law, subject to liability, except for the information whose secrecy is essential to the security of society and of state. The following are ensured to everyone without any payment of fees: a) the right to petition the government in the defense of rights or against illegal acts or abuse of power; b) the obtaining of certificates from government offices, for the defense of rights and clarification of situations of personal interest.

h) Judicial protection of fundamental rights

The law shall not exclude any violation or threat of rights from the consideration of the judicial power.

Litigants in the judicial or the administrative processes as well as defendants in general are ensured of the adversary system and of a full defense with the means and resources inherent to them.

Habeas corpus shall be granted whenever a person suffers or is in danger of suffering violence or coercion against his freedom of movement, on account of illegal actions or an abuse of power.

Habeas data shall be granted: a) to ensure the knowledge of information related to the person, who is petitioning, contained in records or databanks of government agencies or of agencies of a public nature; b) for the correction of data, when the petitioner does not prefer to do so through a confidential process, either judicial or administrative.

Habeas corpus and *habeas data* proceedings are free of charge. Under the terms of the law all other necessary measures include in citizenship are to be free of charge as well.

A *writ of mandamus* shall be issued to protect a clear and legal right, not covered by *habeas corpus* or *habeas data*, whenever the person responsible for the illegal actions or abuse of power is a public official or an agent of a corporate legal entity exercising duties of the government.

A *collective writ of mandamus* may be filed by: a) a political party represented in the National Congress; b) a union, a professional association or an association legally constituted and in operation for at least one year, to defend the interests of its members or associates.

A *writ of injunction* shall be granted whenever the absence of a regulatory provision disables the exercise of constitutional rights and liberties, as well as the prerogatives inherent to nationality, sovereignty and citizenship.

Any citizen is a legitimate party able to file a *people's legal action* with the objective to nullifying an act against public property or the property of an entity in which the state participates, administrative morality, the environment and historic and cultural heritage, and the author shall, except in the case of proven bad faith, be exempt from judicial costs and from the burden of defeat.

i) Others rights

The law shall not violate the vested right, the perfect juridical act and the *res judicata*.

The state shall provide full and free-of-charge legal assistance to all who prove to have insufficient funds.

The practice of any work, trade or profession is free, as long as the individual observes the professional qualifications which the law shall establish.

Movement within the national territory is free in peace time, and any person may, under the terms of the law, enter the territory, remain therein or leave it with his assets.

Under the terms of the law, the rendering of religious assistance in civil and military establishments of collective confinement is ensured.

The state shall compensate a convict for a judicial error, as well as a person who remains imprisoned for a period longer than the one established by the sentence.

For the poor the following is free of charge, under the terms of the law: a) civil birth certificate; b) death certificate.

The second chapter of the second section deals with social rights: education, health, food, work, home, leisure, security, social security, protection of motherhood and childhood, and assistance to the destitute. These are social rights set forth by the Constitution.

The third chapter of the second section deals with right of nationality: The following are Brazilians: (i) *by birth*: a) those born in the Federative Republic of Brazil, even if of foreign parents, provided that they are not working for their original country; b) those born abroad, of a Brazilian father or a Brazilian mother, provided that either of them is working for the Federative Republic of Brazil; c) those born abroad, of a Brazilian father or a Brazilian mother, provided they are registered at the proper Brazilian division of government. An unregistered person that decides to reside in the Federative Republic of Brazil after becoming of age has the right to opt for Brazilian nationality; (ii) *naturalized*: a) those who, as set forth by law, acquire Brazilian nationality, being the only requirement for people originate from Portuguese-speaking countries must reside for one uninterrupted year in Brazil and have good moral repute; b) foreigners of any nationality that reside in the Federative Republic of Brazil for over fifteen uninterrupted years and without criminal conviction, provided that they apply for Brazilian nationality.

The law may not establish any distinction between native-born and naturalized Brazilians, except in the cases stated in the Constitution. The following offices are exclusive for native-born Brazilians: a) those of President and Vice-President of the Republic; b) that of President of the Chamber of Deputies; c) that of President of the Federal Senate; d) that of the Justice of the Supreme Federal Court; e) those who work in the diplomatic sector; f) that of the officers of the Armed Forces; g) that of the Minister of Defense.

The fourth chapter of the second section deals with the political rights: The sovereignty of the people shall be exercised by universal suffrage and by direct and secret voting, with equal value for all, and, according to the law, by means of: a) plebiscite; b) referendum; c) people's initiative.

Electoral enrollment and voting are mandatory for persons over eighteen years of age and optional for illiterate, those over seventy years of age and those between sixteen and eighteen years of age.

Foreigners cannot register as voters and neither can conscripts during their period of compulsory military service.

The conditions for eligibility, according to law, are: a) Brazilian nationality; b) full exercise of political rights; c) electoral enrollment; d) electoral domicile in electoral district; e) membership in a political party;

f) minimum age of: 1.) thirty-five years old for president and vice-president of the Republic and to be a senator; 2.) thirty years old for governor and vice-governor of a state and of the Federal District; 3.) twenty-one years old for federal deputy, state or district deputy, mayor, vice-mayor; 4.) eighteen years old for city councilman.

The fifth chapter of the second section deals with political parties: the creation, amalgamation, merger and extinction of political parties is allowed, with due regard for national sovereignty, the democratic regime, the plurality of political parties, the fundamental rights of the individual, and observing the following precepts: (i) national character; (ii) prohibition from receiving financial assistance and from subordination from a foreign entity or government; (iii) rendering of accounts to the electoral courts; (iv) operation in the National Congress in accordance with the law.

2.4. Organization of the state

The Constitution in this section states the rules for Brazilian federalism. Art. 18 provides that the political and administrative organization of the Federative Republic of Brazil comprises the Union, the states, the Federal District and the municipalities, all of them autonomous, as written in the Constitution.

Articles 21 and 22 list broad legislative and substantive powers of the Union, which demonstrate the political centralization of Brazilian federalism.

The Federative Republic of Brazil has 27 member states of the federation. The country is divided into five regions: (i) the Midwest comprised of the following states: Goiás, Mato Grosso and Mato Grosso do Sul and the Federal District. The Midwest has a territory of 1,604,852 km² (18.9% of the country). Its population is about 12 million, (ii) the Northeast consisting of the following states: Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe and Bahia. The Northeast has a territory of 1,556,001 km² (18.2% of the country). Its population is just over 50 million, (iii) the North is formed by the states: Acre, Amazonas, Roraima, Rondônia, Pará, Amapá and Tocantins. The North has a territory of 3,851,560 km² (45.2% of the country), and a population of just over 14 million inhabitants – making it the region with the lowest population density, (iv) the Southeast, which consists of the states: Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro and São Paulo. The Southeast has a territory of 927,286 km² (10.6% of the country). Its population is about 77 million, (v) the South, which is comprised of the states of Paraná, Santa Catarina and Rio Grande do Sul has a territory of 575,316 km² (6.8% of national territory) and its population is over 26 million inhabitants.

The division of the country's gross national product (GNP) is disproportionate to the territory and the population of regions provoking broad regional inequality. According to data from 2008, the southeast region possesses 56.2% of GNP, the southern region 16.5%, the northeast 13.1%, the Midwest 9.2% and the northern region 5%.

Analyzing data from the Human Development Index (HDI) one can observe regional inequality in Brazil, especially when comparing the northeast and north. According to data from 2005 the southern region is in first place with 0.829, the Southeast is in second with 0.824, the Midwest has 0.815, the North 0.764 and the Northeast 0.720.

The Federative Republic of Brazil has 5,565 municipalities. Municipalities are territorial communities with legal personality under public law and political autonomy within the limits set by the federal constitution. Each municipality has a fundamental law, a sort of municipal constitution, which states the political and administrative organization of the municipality. Municipalities have the executive branch that is exercised by the mayor and the legislative branch exercised by the city council. The judicial power is organized into districts, which may cover several municipalities. Some Brazilian municipalities have population and territory larger than many countries in the world. For example, Sao Paulo has 11 million inhabitants. The municipality of Altamira, in Pará State, has a territory nearly two times larger than the territory of Portugal. The state of Roraima has only 15 municipalities while Minas Gerais state has 853 municipalities. In the southern and southeastern regions there are the municipalities with the best Human Development Index — HDI in Brazil.

2.5. Organization of powers

Legislative power is exercised by the national congress, which is composed of the chamber of deputies and the federal senate. Each legislative term shall have the duration of four years. The chamber of deputies is composed of representatives of the people, elected, by the proportional system, in each state and in the federal district. The total number of deputies, as well as the representation of the states and of the federal district shall be established by a supplementary law, in proportion to the population. The necessary adjustments shall

be made in the year preceding the elections, so that none of those units of the federation has less than eight or more than seventy deputies.

The federal senate is composed of representatives of the states and of the federal district, elected by a majority vote. Each state and the federal district shall elect three senators for a term of office of eight years. One-third and two-thirds of the representation of each state and of the federal district shall be renewed every four years, alternately. Each senator shall be elected with two substitutes.

The executive branch is exercised by the president of the republic assisted by the ministers of state.

The following are the bodies of the judicial power: a) Supreme federal court; b) National council of justice; c) the Superior court of justice; d) Federal regional courts and the federal judges; e) Labour courts and judges; f) Electoral courts and judges; g) Military courts and judges; h) Courts and judges of the states, of the Federal District.

The supreme federal court and superior courts have their seat in the federal capital and their jurisdiction over the entire Brazilian territory.

The public prosecution (*Ministério Público*), the public advocacy, advocacy and public legal defense are essential functions to justice. Public prosecution (*Ministério Público*) is an institution that upholds the collective and diffuse interests of society, such as environment, historical heritage, arts and culture and the correct use of public resources. Public advocacy is an institution that provides legal advice to state. Public legal defense is an institution that provides legal advice to people who do not have financial conditions to pay a lawyer.

2.6. *Defense of the state and of democratic institutions*

2.6.1. *State of defense*

The president of the republic may, after hearing the council of the republic and the national defense council, declare a state of defense to preserve or to promptly reestablish, in specific and restricted locations, the public order or the social peace threatened by serious and imminent institutional instability or affected by major natural calamities. The decree instituting the state of defense shall determine the period of its duration, specify the areas to be encompassed and indicate, within the terms and limitations of the law, the coercive measures among the following: (i) restrictions to the rights of: a) assembly, even if held within associations; b) secrecy of correspondence; c) secrecy of telegraph and telephone communication; (ii) in the event of a public calamity, occupation and temporary use of public property and services, the union being liable for the resulting damages and costs. The state of defense shall not exceed thirty days and it may be extended once for an identical period if the reasons that justify its decreeing persist.

2.6.2. *State of siege*

The president of the republic may, after hearing the council of the republic and the national defense council request authorization from the national congress to decree the state of siege in the event of: (i) serious disturbance with nation-wide effects or the evidence of the ineffectiveness of a measure taken during the state of defense; (ii) declaration of state of war or response to foreign armed aggression.

The president of the republic shall, on requesting authorization to decree a state of siege or to extend it, submit the reasons that determine such a request, and the national congress shall decide by absolute majority.

A Decree of the state of siege shall specify the period of its duration, the rules required to implement it and the constitutional guarantees that are to be suspended. After it is published, the president of the republic shall designate the executor of the specific measures and the areas encompassed.

In the event of serious disturbance with nation-wide effects or the evidence of the ineffectiveness of a measure taken during the state of defense, the state of siege may not be decreed for more than thirty days nor may each extension exceed such a period. In the event of the declaration of a state of war or response to foreign armed aggression, it may be declared for the entire period of the war or foreign armed aggression.

National congress shall remain in session until the end of the coercive measures. Directing board of the national congress shall, after hearing the party leaders, designate a committee to monitor and supervise the implementation of the measures concerning the state of defense and the state of siege. Once the state of defense or the state of siege ceases its effects shall also cease, without prejudice to liability for illicit acts performed by the executors or agents thereof. As soon as the state of defense or the state of siege ceases, the measures applied during the period while it was in effect shall be reported by the president of the republic in a message to the national congress, with specification and justification of the actions taken, with the listing of the names of those affected and indication of the restrictions applied.

2.6.3. *Armed forces*

Armed Forces, comprised of the navy, the army and the air force, are permanent and regular national institutions, organized on the basis of hierarchy and discipline, under the supreme authority of the president of the Republic. Armed Forces intended for the defense of the country, for the guarantee of the constitutional powers, and, when the constitutional powers require, the defense of law and order.

2.6.4. *Public security*

Public security, the duty of the state and the right and responsibility of all, is exercised to preserve public order and the safety of persons and property, by means of the following agencies: a) federal police; b) federal highway police; c) federal railway police; d) civil polices; e) military polices and military fire brigades.

2.7. *Taxation and Budget*

Union, states, federal district and the municipalities may institute the following tributes: a) taxes; b) fees, by virtue of the exercise of police power or for the effective or potential use of specific and divisible public services, rendered to the taxpayer or made available to him; c) benefit charges, resulting from public works.

Whenever possible, taxes shall have an individual character and shall be graded according to the economic capacity of the taxpayer. The tax administration may, especially to confer effectiveness upon such objectives, with due respect to individual rights and under the terms of the law, identify the property, the incomes and the economic activities of the taxpayer.

Without prejudice to any other guarantees ensured to the taxpayers, the Union, the states, the federal district and the municipalities are forbidden to: (i) impose or increase a tribute without a law to establish it; (ii) institute unequal treatment for taxpayers who are in an equivalent situation, it being forbidden to establish any distinction by reason of professional occupation or function performed by them, independently of the juridical designation of their incomes, titles or rights; (iii) collect tributes: a) for taxable events that occurred before the law which instituted or increased such tributes came into force; b) in the same fiscal year in which the law which instituted or increased such tributes was published; (iv) use a tribute for the purpose of confiscation; (v) establish limitations on the circulation of persons or goods, by means of interstate or intermunicipal tributes, except for the collection of toll fees for the use of highways maintained by the government; (vi) institute taxes on: a) property, income or services of one another; b) temples of any denomination; c) property, income or services of political parties, including their foundations, of worker unions, of non-profit education and social assistance institutions, observing the requirements of the law; d) books, newspapers, periodicals and the paper intended for the printing thereof.

The prohibition to collect tributes in the same fiscal year in which the law which instituted or increased such tributes was published shall not apply to the taxes on (i) importation of foreign products, (ii) exportation to other countries of national or nationalized products, (iii) industrialized products, (iv) credit, foreign exchange and insurance transactions, or transactions relating to bonds or securities and (v) extraordinary taxes.

Laws of the initiative of the executive branch shall establish: (i) the pluriannual plan; (ii) the budgetary directives; (iii) the annual budgets. Law which institutes the pluriannual plan shall establish, on a regional basis, the directives, objectives and targets of the federal public administration for the capital expenditures and other expenses resulting therefrom and for those regarding continuous programs.

Law of budgetary directives shall comprise the targets and priorities of the federal public administration, including the capital expenditures for the subsequent fiscal year. It shall guide the drawing up of the annual budget law, shall make provisions for alterations in tax legislation and shall establish the investment policy for the official development financing agencies.

Executive power shall, within thirty days after the closing of each two-month period, publish a summarized report on budget implementation.

The national, regional and sectorial plans and programs set forth in the Constitution shall be drawn up in compliance with the pluriannual plan and shall be examined by the National Congress.

Маркус Августо Малиска

1988 жылғы Бразилия Конституциясы

Мақалада 1988 жылғы Бразилия Конституциясы талданды. Бразилия Конституциясының даму кезендері, сонымен қатар қазіргі кездегі Бразилияның барлық заңдарының негізі ретіндегі Конституцияның орны мен рөлі зерттелді. Автор Конституцияның негізгі қағидалары мен құрылымын, сот қорғауына негізгі құқықтар, ақпаратқа қолжетімділік, қылмыстық құқықтағы тергеу істеріндегі мемлекеттің әс-әрекетінің негізгі құқықтары мен кепілдіктері, жиналыстар мен қауымдастықтардың бостандықтарын қарастырды.

Маркус Августо Малиска

Бразильская Конституция 1988 года

В статье дан анализ Конституции Бразилии 1988 г. Сформулированы этапы ее развития, показаны роль и место Конституции на сегодняшний день как основы всех законов страны. Автором рассмотрены структура и основные принципы Конституции, основные права на судебную защиту, на доступ к информации, основные права и гарантии в отношении преследования действий государства — уголовное право, свобода собраний и ассоциаций и т.д.

УДК 342.5

Л.А.Тхабисимова

Северо-Кавказский институт Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Пятигорск (E-mail: thabisimova@rambler.ru)

Роль и место Главы Кабардино-Балкарской Республики в системе государственной власти КБР

В статье проанализированы вопросы о месте Главы Кабардино-Балкарской Республики в системе разделения властей, его полномочиях в отношениях с различными государственными органами. Сформулированы предложения по устранению существующих пробелов в регламентации статуса высшего должностного лица субъекта Российской Федерации. Показаны механизмы обеспечения защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина и роли Главы Кабардино-Балкарской Республики как гаранта Конституции КБР.

Ключевые слова: глава государства, президентская власть, высшее должностное лицо, Глава Кабардино-Балкарской Республики, Конституция Кабардино-Балкарской Республики.

Глава государства является столь же необходимым элементом конституционного правления, что и парламент, независимый суд, местное самоуправление и другие атрибуты демократического государственного режима. Речь идет не о фактическом, а о формальном руководителе государства, наделенном видимыми и легитимными государственными полномочиями. История свидетельствует, что в любом несвободном государстве обнаруживается политический лидер, которому в государственных органах принадлежит последнее слово. Учреждение должности формального главы государства в «перестроечный» период сначала в лице Председателя Верховного Совета, затем Президента свидетельствовало о намерении правящего режима обратиться к принципам правового государства [1].

Демократические преобразования, проводившиеся в 1991–1992 гг. как в целом в Российской Федерации, так и в её субъектах, в частности в Кабардино-Балкарии, привели к необходимости поиска новой модели организации государственной власти. Основой такой модели стало введение в Кабардино-Балкарской Республике, как и в Российской Федерации, института президентской власти. Разумеется, каждая из республик в составе Российской Федерации имеет свои национально-исторические

особенности и традиции, что не может не сказаться на форме и содержании президентской власти. Однако общее историко-правовое прошлое Российской Федерации и её субъектов, сходные процессы преобразования неизбежно порождали общие черты организации института президентской власти в Российском государстве и большинстве республик (государств) в её составе.

Вопрос о возможности унификации должностных наименований стал подниматься после замены выборности институтом наделения полномочиями высших должностных лиц (руководителей высших исполнительных органов государственной власти) субъектов Российской Федерации [2]. Дискуссии по данной проблематике, до начала обсуждения ее в федеральных средствах массовой информации, проходили намного раньше в региональной печати [3], где встречались рассуждения различных представителей общественности Кабардино-Балкарии о том, как должно именоваться высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации. Нужно ли в этом вопросе последовать примеру Республики Северная Осетия — Алания, переименовавшей Президента Республики в Главу Республики? В своей монографии А.Х. Пихов отметил, что данный «опыт является разумным, поскольку Президентом именуется Глава Российского государства. К тому же такой подход вписывается в новую конструкцию федеративных отношений и выстраиваемой центром вертикали власти. С другой стороны, ничего имеющего принципиальное значение в этом вопросе нет, и федеральный законодатель здесь никаких ограничений не устанавливает» [4].

В соответствии с п. 16 ст. 18 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» наименование должности высшего должностного лица (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти) субъекта Российской Федерации устанавливается конституцией (уставом) с учётом исторических, национальных и иных традиций данного субъекта Российской Федерации. Так, указанные лица в субъектах именуется губернатором, главой администрации, мэром, главой Республики и президентом. Некоторые субъекты в процессе организации государственной власти на своей территории вводили, ликвидировали, а также изменяли наименование должности высшего должностного лица (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти) субъекта Российской Федерации. В.А. Маршалова справедливо указывает, что «установление единого наименования должности никаким образом не повлияет на сложившиеся властные отношения, не внесет корректив в существующую вертикаль исполнительной власти» [5].

Наименование «президент» высшего должностного лица Кабардино-Балкарской Республики было обусловлено статусным наполнением его содержания. Ведь для жителей республики в их правовом восприятии «Президент Кабардино-Балкарской Республики» означал намного больше, чем просто высшее должностное лицо — это, прежде всего, лидер, направляющее звено общественно-политической жизни республики. Депутаты Парламента Кабардино-Балкарской Республики 29 сентября 2011 г. приняли законопроект, вносящий в Конституцию КБР поправки, предусматривающие переименование президента республики в главу. С 1 января 2012 г. он вступил в силу. Президент РФ еще в 2010 г. подписал закон, запрещающий называть глав субъектов РФ президентами, согласно которому регионы могут утверждать название должности руководителя.

В связи с изложенным выше назрела необходимость рассмотрения вопросов о месте Главы Кабардино-Балкарской Республики в системе разделения властей, его полномочиях в отношениях с различными государственными органами.

Анализ конституционно-правового развития Кабардино-Балкарской Республики, эволюции института Главы Кабардино-Балкарской Республики позволяет выделить ряд основных черт. Из смысла главы IV Конституции Кабардино-Балкарской Республики «Глава Кабардино-Балкарской Республики» вытекает, что Глава Кабардино-Балкарской Республики никому не подчинен и вообще обладает высокой степенью независимости от каких-либо других государственных органов, что не снимает с него обязанности действовать на основе и во исполнение законов.

Вместе с тем пост Главы Кабардино-Балкарской Республики имеет выраженный политический характер. В соответствии с ч. 3 ст. 78 Конституции Кабардино-Балкарской Республики он «определяет основные направления внутренней политики Кабардино-Балкарской Республики и её международных и межрегиональных связей». Как политический руководитель государственными делами, он, кроме того, представляет Кабардино-Балкарскую Республику в отношениях с органами государственной власти Российской Федерации и её субъектами, а также за рубежом (ч.4 ст. 78 Конституции КБР).

Институт Главы республики стал стержнем в политико-правовых преобразованиях в Кабардино-Балкарской Республике. В реальной жизни влияние и власть Главы Кабардино-Балкарской Республики много сильнее и больше, нежели его наделяет Конституция КБР. Возможность образования своей администрации, широкое поле политического маневра и прямого апеллирования к народу, контроль над силовыми структурами делают Главу Кабардино-Балкарской Республики уникальной политической фигурой.

Сегодня в государственно-правовой науке высказываются серьезные сомнения в достаточности «классического» деления власти. Сомнения эти вызываются, главным образом, должностью главы субъекта Российской Федерации, который, по распространенному убеждению, не укладывается в традиционную триаду законодательной, исполнительной и судебной власти. Разделяя это сомнение, российский законодатель не называет Президента РФ главой исполнительной власти, хотя очевидно, что он не является органом законодательной и судебной власти. Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (с изм. и доп.), ст. 17, установил право высшего должностного лица субъекта Российской Федерации возглавлять высший исполнительный орган государственной власти субъекта Российской Федерации.

Конституционно-правовой статус Главы Кабардино-Балкарской Республики как высшего должностного лица субъекта Российской Федерации устанавливается гл. 4 Конституции КБР и Федеральным законом «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (далее — Федеральный закон).

Конституция КБР устанавливает, что Глава Кабардино-Балкарской Республики является главой государства, высшим должностным лицом Кабардино-Балкарской Республики.

Федеральный закон в качестве главы исполнительной власти субъекта Российской Федерации предусматривает должность руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации либо высшего должностного лица субъекта Российской Федерации. Высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации должно обязательно возглавлять высший исполнительный орган государственной власти. То есть глава субъекта Российской Федерации (губернатор, глава администрации и т.п.) одновременно является главой исполнительной власти. Последнее требование отвечает построению системы исполнительной власти в абсолютном большинстве субъектов Российской Федерации, но все же не во всех. В частности, как отмечено выше, в Кабардино-Балкарской Республике предусматривается одновременно высшее должностное лицо республики и руководитель органа исполнительной власти. При этом Глава Кабардино-Балкарской Республики является, по Конституции КБР, высшим исполнительным органом государственной власти. Вместе с тем исполнительную власть осуществляет Правительство КБР, возглавляемое не Главой КБР, а Председателем Правительства КБР (ст. 108 Конституции КБР). Такое одновременное наличие высшего должностного лица и руководителя органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации вызвано различными причинами: удобством управления, распределением политических и сугубо хозяйственных функций и т.д. В республиках Северо-Кавказского Федерального округа, в частности, в Кабардино-Балкарии, основной причиной является, как правило, этнический фактор. Высшие государственные должности Кабардино-Балкарской Республики в них распределяются таким образом, чтобы представительство в руководстве основных, субъектообразующих этносов было примерно пропорциональным (Глава Кабардино-Балкарской Республики — кабардинец, председатель Правительства КБР — русский и т.д.), что, в свою очередь, способствует обеспечению социальной и политической стабильности и межнационального согласия, служит гарантией от ущемления национальных интересов каких-либо этнических групп.

В связи с этим представляется, что закрепленное в Федеральном законе требование совмещения функций высшего должностного лица субъекта Российской Федерации и руководителя высшего исполнительного органа власти субъекта Российской Федерации не должно быть столь категоричным, оставляя возможность субъектам Российской Федерации для разумного варьирования в интересах субъекта Российской Федерации, не нарушая при этом основы конституционного строя Российской Федерации.

В соответствии с Конституцией Кабардино-Балкарской Республики посты Главы Кабардино-Балкарской Республики и главы Правительства КБР разделены. От способа формирования Правительства КБР во многом зависит организация власти вообще. Важно, прежде всего, распределение

полномочий, касающихся назначения и смещения членов Правительства Кабардино-Балкарской Республики. Данный фактор имеет значение с точки зрения подчинения Правительства КБР Главе Кабардино-Балкарской Республики или Парламенту КБР. Глава Кабардино-Балкарской Республики на основании ст. 81 Конституции КБР наделен полномочиями назначать, с согласия Парламента Кабардино-Балкарской Республики Председателя Правительства КБР, министров и других руководителей, утверждать структуру республиканских органов исполнительной власти и принимать решение об отставке этого Правительства.

Следует отметить, что в мае 2004 г. Генеральная прокуратура Российской Федерации внесла в Парламент Кабардино-Балкарской Республики «Представление об устранении нарушений закона», ссылаясь на то, что полномочие высшего должностного лица Кабардино-Балкарской Республики утверждать по предложению Председателя Правительства КБР структуру республиканских органов исполнительной власти противоречит пункту «м» ч. 1 ст. 5 Федерального закона от 04.07. 2003 г. ч. 95, в соответствии с которым высшим должностным лицом субъекта Российской Федерации формируется лишь высший исполнительный орган государственной власти субъекта Российской Федерации. Структура органов исполнительной власти Кабардино-Балкарской Республики должна утверждаться Парламентом Кабардино-Балкарской Республики. На этом основании Парламентом КБР 16 июня 2005 г. был принят новый Закон — «О системе исполнительных органов государственной власти Кабардино-Балкарской Республики».

Срок пребывания в должности высшего должностного лица субъекта Российской Федерации Федеральным законом ограничивается 5 годами. Одним из самых дискуссионных положений, вызвавших наибольший ажиотаж, стал запрет на избрание на должность высшего должностного лица субъекта Российской Федерации более двух раз подряд (п. 5 ст. 18 Федерального Закона). Это ограничение давно воспринимается как неотъемлемый элемент организации власти в демократическом правовом государстве [6].

Далее следует отметить, что Федеральный закон не только исключает парламентский тип государственной власти субъекта Российской Федерации, но и прямо наделяет главу исполнительной власти функциями главы субъекта Российской Федерации.

Закрепляя статус Главы Кабардино-Балкарской Республики как главы государства, исполнительной власти и высшего должностного лица Кабардино-Балкарской Республики, Конституция КБР в ст. 78 конкретизирует в обобщенной форме связанные с этим функции. Они касаются важнейших аспектов жизнедеятельности Кабардино-Балкарской Республики — незыблемости основ конституционного строя, суверенитета и территориальной целостности определения основных направлений внутренней политики и ее международных и внешнеполитических связей Кабардино-Балкарской Республики.

Глава Кабардино-Балкарской Республики является гарантом Конституции КБР, основных прав и свобод человека и гражданина КБР (ст. 78). Это означает, что Глава Кабардино-Балкарской Республики несет персональную ответственность за бесперебойную работу механизмов защиты Конституции КБР и прав человека, обязан принимать все необходимые меры в случае нарушения Конституции КБР или прав и свобод граждан.

Конечно, Глава Кабардино-Балкарской Республики не единственный страж и хранитель Конституции КБР, но его роль более весома. В случае выявления нарушений, а также при недостаточности принимаемых мер по реализации конституционных положений он обязан обратить на это внимание государственного органа и потребовать безотлагательного устранения отмеченных нарушений [7].

Для реализации своих функций Глава Кабардино-Балкарской Республики может использовать только закрепленные за ним конституционные полномочия, действовать в рамках Конституции КБР. Это относится и к такой функции Главы Кабардино-Балкарской Республики, как определение основных направлений внутренней политики республики, ее международных и межрегиональных связей (ч. 3 ст. 78 Конституции КБР). Глава Кабардино-Балкарской Республики, как глава государства, представляет Кабардино-Балкарию в отношениях с Российской Федерацией и ее субъектами, а также за рубежом.

Обычно при рассмотрении полномочий Главы Кабардино-Балкарской Республики по обеспечению согласованного функционирования и взаимодействия органов власти, по определению основных направлений внутренней и внешней политики государства упускается из виду конституционная самостоятельность всех органов государственной власти (ст. 10 Конституции КБР) и то, что их дея-

тельность осуществляется прежде всего через закрепленные законом полномочия, реализация которых в большинстве случаев требует взаимодействия.

В соответствии со ст. 87 Конституции КБР Главе Кабардино-Балкарской Республики гарантируются социальная защита, охрана чести и достоинства. Предоставление Главе Кабардино-Балкарской Республики этой конституционной гарантии обусловлено, прежде всего, чрезвычайной важностью и ответственностью его полномочий как главы государства и гаранта Конституции Кабардино-Балкарской Республики.

Таким образом, Конституция Кабардино-Балкарской Республики, в отличие от Конституции Российской Федерации (ст. 91), предусматривает специальный республиканский закон о гарантиях, адресованных Главе Кабардино-Балкарской Республики и обеспечивающих его соответствующий статус. В первоначальной редакции ст. 87 Конституции закрепляла также неприкосновенность Главы Кабардино-Балкарской Республики, однако позднее эта норма, по настоянию прокуратуры, была исключена как не предусмотренная на федеральном уровне [8].

В определенной связи с вопросами обеспечения соответствующих социальных и иных гарантий Главе Кабардино-Балкарской Республики находится Указ Президента Кабардино-Балкарской Республики от 4 октября 2005 г. № 77-УП «О гарантиях Президенту Кабардино-Балкарской Республики, прекратившему исполнение своих полномочий, и членам его семьи» [9], который был издан в связи с прекращением полномочий первого Президента Кабардино-Балкарской Республики.

Полномочия Главы Кабардино-Балкарской Республики прекращаются с момента принесения присяги вновь избранным Парламентом КБР Главой Кабардино-Балкарской Республики.

Глава Кабардино-Балкарской Республики, как и любой человек, может оказаться в таком состоянии, когда исполнение им своих обязанностей невозможно.

Полномочия Главы Кабардино-Балкарской Республики прекращаются досрочно в случаях, определенных Конституцией КБР, федеральным и республиканским законодательством.

Во-первых, это отставка. Думается она может быть инициирована различными политическими силами, но решение об уходе в отставку принимается только лично Главой Кабардино-Балкарской Республики.

Во-вторых, стойкая неспособность по состоянию здоровья осуществлять принадлежащие ему полномочия. Очевидно, стойкая неспособность по состоянию здоровья исполнять свои обязанности означает такое состояние здоровья, при котором человек не только не может исполнять обязанности в данный момент, но, скорее всего, не сможет их исполнять и в будущем [10].

Следует отметить, что по данному вопросу Конституционный Суд РФ вынес постановление, касающееся досрочного прекращения полномочий Президента Российской Федерации в случае стойкой неспособности по состоянию здоровья осуществлять принадлежащие ему полномочия [11]. В нем отмечается, что досрочное прекращение полномочий Президента РФ в случае стойкой неспособности по состоянию здоровья осуществлять принадлежащие ему полномочия, является элементом конституционного статуса Президента Российской Федерации. В силу этого правовое регулирование порядка (процедуры) прекращения полномочий Президента Российской Федерации по указанному основанию имеет конституционный характер. Определение соответствующего порядка может быть осуществлено с соблюдением вытекающих из положений Конституции Российской Федерации требований, с тем чтобы обеспечивались непрерывность и стабильность осуществления полномочий Президента Российской Федерации, исключение факторов, препятствующих нормальному функционированию власти.

Порядок досрочного прекращения полномочий Президента Российской Федерации в случае стойкой неспособности по состоянию здоровья осуществлять принадлежащие ему полномочия не может быть облегченным, упрощенным. При этом должна быть исключена возможность превращения данного порядка в способ необоснованного отстранения Президента Российской Федерации от должности, а тем более в неконституционный способ присвоения каким-либо органом или лицом властных полномочий Президента Российской Федерации. По смыслу ст. 92 (ч. 2) Конституции Российской Федерации во взаимосвязи с положениями ее ст. ст. 10, 78 (ч. 4), 82 (ч. 2), 92 (ч. 1) и 93 (ч. 1), при определении такого порядка надлежит соблюдать принцип баланса и взаимодействия всех ветвей власти.

В-третьих, это выражение недоверия. Выражение недоверия предполагает особый порядок и связанные с этим процедуры, в которых участвует Парламент КБР и Президент РФ (ст. 90 Конституции КБР). Выражение недоверия главе субъекта Российской Федерации следует расценивать в кон-

тексте «сдержек и противовесов», обеспечивающих режим разделения властей. Этот институт является важнейшим инструментом сдерживания президентской власти, а также исполнительной власти в целом со стороны органов парламентского представительства. Выражение недоверия главе субъекта Российской Федерации есть важнейший институт современной демократии, едва ли не основной показатель правовой государственности, которая предполагает возможность юридической ответственности высших должностных лиц.

В связи с внесением Федеральным законом от 11 декабря 2004 г. №159-ФЗ [12] изменений в Федеральный закон Российской Федерации от 6 октября 1999 г. №184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» [13] институт отрешения Президента Кабардино-Балкарской Республики от должности Парламентом Кабардино-Балкарской Республики в тексте Конституции Кабардино-Балкарской Республики был упразднен, а предусматривавшая его ст. 90 изложена в новой редакции. Постановление Парламента Кабардино-Балкарской Республики о недоверии Главе Кабардино-Балкарской Республики не является основанием для автоматического досрочного прекращения полномочий главы республики; оно направляется на рассмотрение Президенту Российской Федерации, который и решает вопрос об отрешении Президента Кабардино-Балкарской Республики от должности либо об оставлении его в должности.

В соответствии со ст. 90 Конституции КБР Главе Кабардино-Балкарской Республики может быть выражено недоверие Парламентом КБР в случаях:

а) издания им актов, противоречащих Конституции Российской Федерации, федеральным законам, Конституции Кабардино-Балкарской Республики, законам Кабардино-Балкарской Республики, если такие противоречия установлены соответствующим судом, а Глава Кабардино-Балкарской Республики не устранил указанные противоречия в течение месяца со дня вступления в силу судебного решения;

б) установленного соответствующим судом иного грубого нарушения Конституции Российской Федерации, федеральных законов, указов Президента Российской Федерации, постановлений Правительства Российской Федерации, Конституции Кабардино-Балкарской Республики, законов Кабардино-Балкарской Республики, если это повлекло за собой массовое нарушение прав и свобод граждан;

в) ненадлежащего исполнения Главой Кабардино-Балкарской Республики своих обязанностей.

В Конституции КБР установлен достаточно сложный порядок выражения недоверия Главе Кабардино-Балкарской Республики. Данная инициатива в отношении Главы Кабардино-Балкарской Республики от должности не может исходить от одного депутата. Для этого требуется не менее одной трети депутатов Парламента КБР.

В-четвертых, кончина Главы Кабардино-Балкарской Республики.

Отставка Главы Кабардино-Балкарской Республики по собственному желанию может происходить обнаружением его письменного заявления об уходе с поста Главы Кабардино-Балкарской Республики, на имя Президента РФ, который, в свою очередь, выносит его на рассмотрение в Парламент КБР (п.2.1.ст. 88 Конституции КБР с изм. и доп.), с этого момента полномочия Главы Кабардино-Балкарской Республики автоматически прекращаются.

Стойкая неспособность Главы Кабардино-Балкарской Республики по состоянию здоровья осуществлять свои полномочия подразумевает, по нашему мнению, неспособность Главы Кабардино-Балкарской Республики в течение длительного времени (например, 4 месяца подряд) исполнять свои функции. Данный факт должен констатироваться заключением специальной медицинской комиссии, создаваемой постановлением Парламента КБР, и утверждаться постановлением Парламента КБР, принимаемым голосами более 2/3 депутатов Парламента КБР. С момента принятия данного постановления полномочия Главы Кабардино-Балкарской Республики в соответствии с ч. 2 ст. 88 Конституции КБР досрочно прекращаются.

Для обществ, избравших демократический путь развития, важна институционализация отношений между представительными и исполнительными органами власти. Неправильное решение таких проблем ведет к возникновению соперничества между этими органами, что может быть причиной роста нестабильности политической системы в целом.

Интегрирующая функция Главы Кабардино-Балкарской Республики проявляется в активном содействии деятельности всех структур власти, в постановке общих задач по укреплению государственности и реформированию экономики, обеспечению демократических начал в обществе.

Остается еще немало нерешенных и дискуссионных вопросов, несмотря на существенные изменения в правовом статусе высшего должностного лица субъекта Российской Федерации, в частности, возвращение к институту выборов высшего должностного лица субъекта Российской Федерации и повышение его ответственности перед Президентом РФ.

В субъектах Российской Федерации отсутствует единообразный подход к закреплению правового статуса высшего должностного лица субъекта Российской Федерации: они могут осуществлять не только общие для всех субъектов Российской Федерации полномочия, но и иные полномочия, определяемые учредительными актами и законами субъектов Российской Федерации.

В связи с этим предлагается ряд конкретных мер по устранению существующих пробелов в регламентации статуса высшего должностного лица субъекта Российской Федерации. На наш взгляд, необходимо:

- во-первых, уточнить полномочия высшего должностного лица как руководителя высшего органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации;
- во-вторых, закрепить механизм взаимодействия высшего должностного лица субъекта Российской Федерации как с федеральными, так и с региональными органами исполнительной власти;
- в-третьих, установить исчерпывающий перечень оснований для отрешения от должности высшего должностного лица субъекта Российской Федерации.

References

- 1 *Dzidzoev R.M.* Separation of powers and the constitutional head of state // Problems of efficiency of state power and governance in Russia. — Rostov-on-Don: By SKAGS, 1998. — P. 136–140.
- 2 *Khabrieva T.J.* New laws on the procedure of the State Duma and the executive authorities of the Russian Federation (comparative analysis of Russian and foreign experience) // World of Law. 2004. — № 11. — P. 3–11.
- 3 Should the President of the CBD to become the head of the republic? // Kabardino-Balkaria is true of 26 May 2005. <http://www.kbpravda.ru/2012/05/25d.pdf>
- 4 *Pihov A.H.* The constitutional development of the Kabardino-Balkar Republic / Ed. V.T.Kabysheva. — Moscow: BEK 2006. — P. 122.
- 5 *Marshalova V.A.* The evolution of the constitutional and legal status of the President of the Republic within the Russian Federation: Dis. ... Candidate. jurid. Science. — Kazan, 2007. — P. 88.
- 6 *Kozlov A.E.* Status of the Russian Federation and the problem of improving the mechanism of government // The constitutional order of Russia. — № III. — Moscow: IGiP RAS 1996. — P. 116.
- 7 *Barkhatova E.Y.* Commentary to the Constitution. Ed. 2nd, ext. and rev. — Moscow: Prospect, 2010. — 402 p.
- 8 Law of the Kabardino-Balkar Republic on July 12, 2005 № 52-RE «On Amendments to the Constitution of the Republic of Kabardino-Balkaria» // Kabardino-Balkaria's true on July 19, 2005. http://kabardinobalkaria.news-city.info/docs/sistemsd/dok_iejtni.htm
- 9 Decree of the President of the Kabardino-Balkar Republic on October 4, 2005 № 77-UP «On guarantees of the President of the Kabardino-Balkaria Republic, stopped exercising his powers, and his family members» // Kabardino-Balkaria truth of October 5, 2005. <http://kabardinobalkaria.news-city.info>
- 10 *Barkhatova E.Y.* Commentary to the Constitution / Ed. 2nd, ext. and rev. — Moscow: Prospect, 2010. — 402 p.
- 11 Laws of the Russian Federation. — 2000. — № 29. — Art. 3118.
- 12 Federal Law of 11 December 2004 № 159-FZ (as amended on 17.12.2009, the) «On Amendments to the Federal Law» On general principles of organization of legislative (representative) and executive bodies of state power of the Russian Federation «and Federal Law «On Basic Guarantees of Electoral Rights and the Right to Participate in Referendum in the Russian Federation» // Collected Legislation of the Russian Federation. — 2004. — № 50. — Art. 4950.
- 13 Federal Act of October 6, 1999 № 184-FZ (as amended on 04.06.2010, the) «On general principles of organization of legislative (representative) and executive bodies of state power of the Russian Federation» // Collected Legislation of the Russian Federation. — 1999. — № 42. — Art. 5005.

Л.А.Тхабисимова

Кабардино-Балкар Республикасының мемлекеттік басқару жүйесіндегі КБР Басшысының рөлі мен орны

Мақалада Кабардин-Балкар Республика Басшысының әр түрлі мемлекеттік органдармен байланысы, билікті бөлу жүйесіндегі орны туралы мәселелер қарастырылды. Ресей Федерация субъектісі ретіндегі жоғары лауазымды тұлға мәртебесін реттеудегі кемшіліктерді жою бойынша ұсыныстар берілген. Кабардин-Балкар Республика өз Конституциясының кепілі ретінде адам мен азаматтардың құқықтары мен бостандықтарын, конституциялық құқықтарын қорғауды қамтамасыз етудегі механизмі көрсетілген.

L.A.Thabisimova

The role and place of the President of Kabardino-Balkaria in the government of the of KBR

The article deals with questions about the place of the Head of the Republic of Kabardino-Balkaria in the system of separation of powers and its powers in relations with various government agencies. The proposals to address existing gaps in the regulation of the status of the highest official of the Russian Federation. The mechanism of protection of the constitutional rights and freedoms of man and citizen, and as head of the Kabardino-Balkaria Republic, as the guarantor of the Constitution of the Republic of Kabardino-Balkaria.

УДК 347.771

Бартош Мендык

Варшава, Польша (E-mail: amandykova@mail.ru)

Сравнительный анализ и постулаты *de lege ferenda* в сфере патентования методов лечения

В статье приведен анализ сложившейся ситуации, дано сравнение европейской и американской позиций по поводу патентования медицинских методов. Представлены положения *de lege ferenda*, составленные на основе результатов сравнительного анализа. Автором предложено введение дополнительных критериев для патентной защиты медицинских процессов, которые будут сделаны с учетом расходов на разработку новых методов. Определено, что это приведет к такому положению, когда на получение патентов будут претендовать изобретатели, которые представили на процесс изобретения денежные средства.

Ключевые слова: патентное право, терапевтические методы, диагностические методы, хирургические методы, оценка состояния *de lege lata*, постулаты *de lege ferenda*, Казус доктора Пейлина.

Преждевременно ушедший из жизни профессор Михал дю Валль в своей работе «Патентное право», являющейся его *opus vivendi* в сфере патентного права, посвятил несколько страниц исключению из системы патентования хирургических, терапевтических и диагностических методов (далее — медицинские методы). Эта работа описывает ситуацию *de lege lata*. Кроме нее, были написаны только две работы на польском языке, касающиеся этой области, которые поставили под сомнение разумность данного исключения. Как мы видим, картина весьма противоречивая, поэтому следует начать дискуссию о разумности исключения медицинских методов из системы патентования, о причинах их исключения, а также в целом о практике, применяемой Европейским Патентным Ведомством (далее ЕПВ) в отношении таких методов.

Правовой основой для исключения медицинских методов из системы патентования является ст. 53 (с) Европейской Патентной Конвенции (далее ЕПК), которая *expressis verbis* лишает такие методы патентной защиты. Следует вспомнить, что первоначально медицинские методы были исключены на основании ст. 52 п. 4 ЕПК, которая утверждала, что данные методы не подходят для промышленного использования. С таким обоснованием трудно согласиться, и довольно быстро эта позиция была признана ошибочной. Данная редакция наглядно демонстрировала, что причиной исключения не являются сомнения этического характера, а лишь отсутствие промышленного применения. Это объяснялось тем, что медицинские услуги — это не просто обычные услуги, в связи с их специфическим характером, а также с учетом клятвы Гиппократова, которая предписывает врачам охранять здоровье и жизнь пациентов. Нельзя не согласиться с аргументами, обращающими внимание на особый статус лечебных услуг. Однако следует учесть и то, что медицина применяется в частном секторе, а значит, полностью относится к промышленности. Лишение медицинских методов патентоспособности апеллирует к аргументам этического характера, а также к защите прав человека, в особенности права на защиту здоровья. Следует определить, действительно ли право промышленной собственности оторвано от прав человека, а также какие цели стояли перед исключением медицинских методов из патентной системы.

Общая характеристика хирургических, терапевтических и диагностических методов

ЕПВ придало исключению медицинских методов особую форму, которая сама по себе является аргументом против исключений подобного рода. Некомпетентность этой организации соединена с необычайно рестриктивным, так называемым тестом отвращения в сфере генной терапии. ЕПВ утверждает, что данное исключение является правовой фикцией, поскольку апелляционные комиссии предоставляют патентную охрану определенным методам, причем делают это случайным способом, а другим в охране отказывают. Возможность представления всех определений выходит за рамки статьи, поэтому будет представлена только основная информация, касающаяся исключения медицинских методов.

Терапевтические методы

Терапевтические методы понимаются очень широко. Считается, что терапия охватывает лечение болезней и дисфункций организма, профилактику, к примеру, применение прививок от некоторых болезней, удаление зубного камня и т.д. Понятие «терапия» может иметь отношение к здоровым организмам, особенно если ее целью является предупреждение болезненного состояния. Европейская Патентная Организация (далее ЕПО) расширяет определение, говоря, что терапия включает в себя дополнительное лечение, смягчение, устранение или уменьшение проявлений расстройств функционирования организма, а также методы, направленные против таких расстройств, для редуцирования возможности их возникновения. Все перечисленное выше касается только живых организмов. Из этого следует, что не лишены патентной защиты лечебные методы, направленные на ткани или биологические жидкости, отделенные от организма человека или животного, при условии, что упомянутые выше ткани либо жидкости не вернутся в организм, из которого они были изъяты. Подобная практика полностью соответствует положениям ЕПВ. Другой вывод заключается в утверждении о том, что терапия лишена патентоспособности, если хотя бы одна ее часть происходит *in vivo*.

Разногласия вызывает проблема сходства терапевтических и косметических методов. ЕПВ утверждает, что если способ относится к косметическим процедурам, но охватывает хотя бы один этап лечения (или хирургическое вмешательство), то он считается лечебной процедурой и не может быть запатентован. Деление медицинских методов на косметические и терапевтические носит неоднозначный характер, поскольку значительное число косметических техник может одновременно иметь косметический и терапевтический результат, как, например, лечение ожирения. В той ситуации, когда косметическую и терапевтическую цель нельзя отделить друг от друга, метод не подлежит патентованию.

Диагностические методы

Трактовка диагностических методов носит наиболее либеральный характер. Судебные органы неоднократно меняли свое мнение относительно того, чем является диагностический метод, исключенный из системы патентования на основании ст. 53 ЕПК. В настоящее время на основании мнения ЕПО G 1/04 считается, что следует причислить к таким диагностическим методам технику, которая

охватывает все три возможных элемента: фазу дедукции, необходимую вступительную фазу, техническое взаимодействие с организмом. Что примечательно, присутствие врача или ветеринара несущественно. В методических указаниях ЕПО говорится, что патентная защита охватывает диагностические методы, применяемые к мертвым организмам, тканям, органам, биологическим жидкостям (пробам крови, опухолям), которые навсегда удалены из тела, т.е. находятся вне живого организма. Эти методы направлены на получение промежуточной информации (данных о физических и химических величинах) и сами по себе не позволяют врачу принять непосредственное решение о применении конкретного способа лечения.

Показателен тот факт, что подобная трактовка ведет к постоянному увеличению числа патентов и к мертвой букве закона. Постановления, выдаваемые расширенными апелляционными комиссиями, дублируются в таких делах, как *Eisai*. Существенно, что либеральные тезисы представлены сразу в 44 постановлениях ЕПВ. Такое большое количество приводит к убеждению, что исключение уже давно стало правилом, а сохранение этого исключения является сохранением правовой фикции.

Хирургические методы

Методические разработки Патентного Ведомства Республики Польша (далее — ПВРП), а также ЕПВ показывают, что хирургия определяет прежде всего природу способа лечения, а не его цель. Хирургический характер могут носить также процедуры, которые не ведут к достижению медицинского результата, не служат для профилактики, а направлены, к примеру, на улучшение тела. Хирургический метод лечения, применяемый для косметических целей либо трансфера эмбриона, также лишен патентоспособности, как и хирургическое лечение, проводимое в терапевтических целях. Справедливо суждение, что хирургия — это любые действия, с помощью которых совершается вмешательство в структуру организма. Понимание хирургии в большой степени зависит от решения по делу *Treatment by surgery/MEDI-PHYSICS*, в котором было показано, что лечебный метод, содержащий хотя бы одну хирургическую технику, лишен патентоспособности. Кроме того, в решении не согласились с тем, что операция имела исключительно лечебную цель. В случае, когда информация, касающаяся хирургического метода, будет целенаправленно опущена в патентной заявке, это не окажет влияния на оценку метода.

Попытка оценить практику

В доктрине патентного права ЕПВ широко критикуется за чрезмерный либерализм, который все чаще противоречит тексту Мюнхенской конвенции. Если ситуация останется без изменений, исключенные медицинские методы будут существовать только на бумаге. Порог изобретательности также снижается, что подтверждает постоянно увеличивающееся число патентов. На внутреннем уровне каждое государство свободно в вопросах оценки условий патентоспособности. Если в 2002 г. патентов было 47380, то в 2010 г. их число достигло 58108. Обычно это число ежегодно удерживается на уровне 60000. Беспокоит тот факт, что увеличилось количество полученных патентов в таких отраслях, как фармацевтика, биотехнология, а также медицинские методы. В других сферах ситуация выглядит идентично, признаются патенты на компьютерные программы, научные методы и даже на биологические методы разведения растений и животных. Нельзя забывать о патентных троллях и о заявках на изобретение, называемых патентными зарослями. Подобные заявки характерны именно для изобретений медицинского характера. Европейская Комиссия определяет патентные заросли как замедление инновации в какой-либо отрасли в связи с опасением перед усложнением существующего положения вещей и судебными исками о нарушении патента, связанное с наличием большего количества взаимосвязанных патентов. Сам тролль является владельцем патента (часто это инвестор, покупающий патенты от обанкротившихся фирм по низким ценам), который использует свое право, чтобы угрожать предпринимателям судебными процессами о нарушении патентных прав.

Швейцарский метод редакции заявки на выдачу патента

Сторонники ограничения патентоспособности медицинских методов не учитывают так называемый швейцарский метод редакции заявки на выдачу патента, а также связанную с ним правовую фикцию. Данный метод состоит в следующем: применение химического соединения *X* для производства лекарства для терапии *Y*. Речь идет о так называемом повторном использовании. Наглядным примером является противовоспалительное действие аспирина в терапии, направленной на лечение воспаления. Если будет изобретен новый метод использования аспирина, например, для профилакти-

ки инфаркта, то появится вопрос: можно ли получить патент для нового способа использования аспирина. Ответ будет негативным по нескольким причинам. Если химическое вещество всем известно, единственной возможностью патентования является новый способ его применения. Впрочем, новый метод использования будет являться методом лечения болезни, а значит, он тоже будет лишен возможности патентования. Чтобы преодолеть это препятствие, следует сформулировать заявку для получения патента следующим образом: «использование аспирина для производства лекарственного средства для профилактики инфарктов». Слово «производство» создает впечатление промышленной применимости, которое требует ст. 52 (4) ЕПК, а стало быть, защищает химическое соединение как основу для создания лекарства, предназначенного для использования в абсолютно новых целях. Представители доктрины единогласны, считая, что это злоупотребление правом и подобная редакция находится вне закона.

Оценка состояния de lege lata на примере США

Предлагая новые решения, следует начать с анализа альтернативной американской системы. Это важно по нескольким причинам. Во-первых, патентование медицинских методов занимает в американской доктрине более широкое место, во-вторых, американские ученые демонстрируют абсолютно независимую аксиологию и понимание проблемы. Профессор Дю Валь, описывая самосознание американской юриспруденции в аспекте так называемого *grace period*, заметил, что эта дискуссия в определенном смысле является односторонней, поскольку США убеждены в правильности своей позиции с почти 170-летней традицией, а полемизирует, в свою очередь, остальной мир. В значительной мере указанное выше утверждение справедливо, однако нередки также голоса, считающие образцом европейскую систему.

Разрыв между патентным правом и принципами этики

Анализ американской ситуации следует предварить следующим: американцы долго утверждали, что патентное право абсолютно не связано с правами человека и этикой как таковой. Лучшее всего эту точку зрения в Европе представляет Соединенное Королевство Великобритании. *Par excellence* примером является противоречивый патент в деле WARF, который рассматривался в повторном слушании, в связи с тем, что изобретение не было очевидным. Применяемая американская политика *engagement* нашла более ранние решения по похожим делам.

Американская система признает изобретения без учета отрасли техники, хорошо понимая критерии новизны, уровня изобретательности и промышленной применимости. В то же время американцы не забывают указать, что ЕПО не руководствуется такими же прозрачными критериями, как они, и в связи с этим европейская патентная система, вероятно, больна.

Эта позиция основана на двух утверждениях: во-первых, невыгодна ситуация, в которой патентное учреждение исполняет роль защитника публичной нравственности, во-вторых, изобретение и использование изобретения — разные вещи. Факт получения продукта в ходе процесса, лишенного патентоспособности, не отнимает патентоспособности у конечного продукта, который может быть получен при использовании лечебного метода (например, клеточных стволовых клеток, которые требуют изоляции в ходе такой операции).

Патентное учреждение не может расцениваться как страж моральности, поскольку в нем работают чиновники, которые не выбраны обществом для защиты норм нравственности, а лишь назначены для выполнения своих должностных обязанностей. Кроме того, потенциальные изобретения оцениваются инженерами-техниками, экспертами в сфере определенной научной отрасли, которые не имеют в достаточной степени усвоенных этических принципов. Голоса представителей доктрины подтверждают, что патентные учреждения не являются подходящим местом для выяснения вопросов моральности и принципов этики в данном обществе, особенно в ситуации, когда трибунал выдает решения, не являясь уполномоченным по вопросам морали.

Указанные выше аргументы, которые, впрочем, не до конца являются убедительными, следует дополнить аргументами сторонников патентования медицинских методов.

Поощрение изобретательности как стимул для изобретателей

Еще в средневековой Венеции было признано, что получение патентов стимулирует у изобретателей глубокую любознательность и желание создавать новые изобретения. По мнению английского философа и экономиста Д.С.Милля, оптимальным решением в этой области является монополия, ограниченная по времени, поскольку именно такая форма вознаграждения не зависит от чьего-либо

непосредственного признания. Чем выше полезность продукта, тем больше получает творец, а соответствующую плату представляет собой цена, заплаченная покупателями. Обсуждаемая функция патентной системы на сегодняшний день является аксиомой. Европейская Комиссия подчеркнула, что ключевым элементом лиссабонской стратегии экономического роста и создания новых рабочих мест является улучшение связи между правом интеллектуальной собственности и инновациями, что должно привести к росту конкурентоспособности экономики. Патенты должны представлять собой приводную силу инновации, роста и конкурентоспособности. Наделение временной монополией — гарантия для изобретателя, что цены на данное изобретение в результате конкуренции на рынке не сойдут ниже определенного уровня перед тем, как затраты на изобретение полностью окупятся.

Стимул для распространения знаний

Публикация информации об изобретении является условием *sine qua non* для получения патента. Существует мнение о том, что если бы это условие не было обязательным, изобретатели не делились бы знаниями друг с другом, так как они это делают сейчас. Аналогично поступают врачи, применяя свои знания за закрытыми дверями, поскольку не могут запатентовать способы лечения.

Кодекс врачебной этики (далее — КВЭ) не только говорит о том, что следует делиться знанием, а считает это обязанностью врача. Анализ этических обязанностей врача следует начать с текста клятвы. В определенном моменте текст звучит так: «Принимаю с уважением и благодарностью для моих учителей титул врача и, осознавая связанные с ним обязательства, клянусь непрерывно расширять свои врачебные знания и информировать мир медицины обо всем, что мне удастся изобрести и улучшить».

Процитированные слова говорят о том, что КВЭ поощряет врачебную изобретательность. Экземплификация этого предписания отражается в ст.48 КВЭ, гласящей, что открытия и наблюдения, связанные с осуществлением врачебной деятельности, врач должен передавать врачебной среде и публиковать информацию о них в медицинской прессе. Следует также учесть ст. 56, которая гласит, что обязанностью каждого врача является постоянное расширение и совершенствование своих знаний и профессиональных умений, а также передача их своим коллегам.

Как лучше делиться информацией об изобретениях?

Информация может передаваться несколькими путями: при помощи профессиональной медицинской прессы, при непосредственном контакте с коллегами на собраниях органов медицинского самоуправления, на симпозиумах и других встречах, а также в периодических изданиях патентных учреждений.

Последняя форма передачи информации наиболее эффективна по нескольким причинам. Общеизвестно, что количество профессиональных изданий и их периодичность ограничены, поэтому издательские дома публикуют статьи лишь о нескольких процентах медицинских изобретений, наиболее существенных для мира медицины. Очень часто важность изобретения оценивается лишь на основе субъективных оценок врачей, работающих в периодических медицинских изданиях. В итоге информация о большинстве изобретений так и не попадает к читателям медицинской прессы.

Для нового изобретения или метода лечения описанный выше подход означает забвение. Узнать о нем могут лишь сотрудники врача, который открыл данный метод. Кроме того, публикация в профессиональном издании не всегда является хорошим выходом из ситуации, потому что в подобных изданиях часто действуют различные редакторские ограничения. Это может привести к тому, что врач-изобретатель будет стараться уложиться в отведенное ему количество слов, в связи с чем представит изобретение в неполном объеме. Описание патентных требований не зависит от подобных ограничений. Заявка на изобретение, согласно праву промышленной собственности, должна содержать описание изобретения, его сущность, уровень техники, а также представлять в деталях предмет изобретения с объяснением рисунков (если представленный проект содержит рисунки) и примеров реализации либо применения изобретения. Статья 77 (1) Европейского Патентного Кодекса также предъявляет подобные требования. Лимитов и издательских ограничений здесь не существует. Кроме того, сфера охвата и доступность такой прессы гораздо выше. Именно поэтому периодические издания ЕПВ являются более привлекательными для публикации информации о новых патентах.

Значение информативной функции патентной периодики очень велико, так как в научно-технической литературе публикуется информация лишь о 5–10% полученных патентов. Без периодических изданий, информирующих о полученных патентах, существенная часть технических знаний была бы недоступна.

Показательно, что через четыре года после Всемирной выставки, организованной в Лондоне, были открыты Музей патентов и Публичная Исследовательская Библиотека (Public Library of Research), действующая в рамках ЕПВ (только в 1897 г. через нее прошли 100 тыс. читателей).

Вопрос распространения информации получает в наши дни все большее значение. Считается, что прогресс в медицине зависит именно от скорости появления новой информации. Кроме ограниченного тиража, научные журналы могут сталкиваться с задержками в печати, поправками и др. Патентная периодика, как правило, с такими проблемами не сталкивается.

Следует учесть связь права промышленной собственности и врачебной этики. Так, ст.56.1 КВЭ гласит: «Обязанностью каждого врача является постоянное расширение и совершенствование своих знаний и профессиональных умений, а также передача их своим сотрудникам», что является предписанием *mutatis mutandis* права промышленной собственности, касающегося соавторства изобретателей. Кроме того, изобретения, противоречащие требованиям этики, запрещены как КВЭ, так и правом промышленной собственности.

Второй раздел КВЭ посвящен вопросам научных исследований и биомедицинских экспериментов. В статье 41а КВЭ говорится, что врач, проводящий научные исследования, в частности медицинские эксперименты, должен придерживаться норм и обязанностей, вытекающих из КВЭ, а также общеустановленных принципов этики научных исследований. Все развитие медицины основано на «изобретательности» врачей. Это врачи в значительной степени конструируют новые машины, врачи и фармацевты изобретают новые лекарства, врачи разрабатывают методы оптимального использования медикаментов и медицинских приборов, занимаются усовершенствованием «чистых» лечебных методов (*pure medical methods*). Частично в этих случаях врачи получают вознаграждение за изобретение, благодаря чему они могут изобретать новые вещи и улучшать их. Однако безапелляционным решением чиновников врачи были лишены права совершенствовать лечебные методы.

Парадоксально, но патентная защита *pure medical methods*, а также доктрина *egnagment* привела к огромному спору среди американских юристов, а также показали слабость системы в виде противостояния американского общества инновациям в этой сфере (что было обусловлено отсутствием доверия).

Казус доктора Пейлина

Юристы, вооруженные указанными выше аргументами, не сомневаются в том, что лечебные методы следует патентовать, а мораль никак не связана с патентной системой. Однако дело доктора Пейлина показало несовершенство патентной системы, а также вызвало дискуссию между различными заинтересованными группами, а значит, организациями врачей, научной средой и вызвала большой интерес у СМИ. Следует заметить, что Американское объединение врачей долго придерживалось мнения о том, что медицинские процессы требуют патентной защиты, а само патентование процессов не является этичным.

Упомянутое дело касалось иска, который подал врач Самуэль Л. Пейлин против врача Джека А. Сингера, а также против Hitchcock Clinic в связи с нарушением патента на самозаполняющиеся надрезы, применяющиеся для лечения катаракты.

История патентной охраны в США достаточно запутана. В таких делах, как *Ex parte Scherer* подобные методы были лишены патентоспособности, а в других, таких как *Ex parte Kettering*, были ею наделены. *Summa summarum* патентоспособность лечебных методов была признана.

Фактическое состояние дела *per se* не было трудным. Доктор Самуэль Пейлин подавал иски против врачей, использующих его новый бесшовный способ лечения катаракты. За каждую проведенную по его методу операцию он хотел получать несколько долларов оплаты (обычно 4–5 \$, но иногда ставка могла составлять и 17 \$). Суд размышлял, на самом ли деле условия патентоспособности были осуществлены. В конце концов, суд постановил, что в описании патента содержатся неточности, внес изменения в описание патента и запретил доктору Пейлину подавать в суд на основании его претензий, говоря о том, что ответчики не нарушили других описаний патента, которые не были отменены.

Это был первый случай, когда врач подал иск против другого врача, который абсолютно изменил подход американцев к этому вопросу. Американское объединение врачей в разработанных ими документах постановило, что медицинские процедуры не должны быть запатентованы. Появившееся расхождение закончилось принятием закона, разрешающего патентную охрану, но делающую невозможным в большинстве случаев получение патентной защиты. После новеллизации подать иск против врача, использующего чужой патент в связи с осуществлением лечебной деятельности, стало невозможным.

Попытка оценки американского законодательства

Продолжающиеся и необычно оживленные дебаты показали, что вопреки упрекам американцев, направленным в адрес европейцев, этика в патентном праве, а особенно в контексте медицинских услуг, занимает центральное место. Неоднозначный подход законодателя, признающий патентоспособность так называемых *pure medical methods*, может привести к ограничению доступа пациентов к новым медицинским методам, а также свяжет руки врачу, который будет бояться ответственности за нарушение патента. Это увеличит и без того высокую стоимость медицинских услуг, а также снизит доверие в отношениях врачей и пациентов.

Американское видение проблемы нельзя положительно оценить по нескольким причинам. Представители США не отличают *pure medical methods* от методов, которые требуют действительных финансовых затрат на их разработку. Поскольку *lege non distinguere* типы лечебных методов, не пользующиеся патентной защитой, а значит, не учитывают также методы, которые требуют финансовых затрат. Как правило, разработка новых методов лечения требует значительного вклада финансов. Этим нарушается одно из основных положений философии патентного права. Значительная часть представителей американской доктрины перефразировала даже известное высказывание Авраама Линкольна о том, что патентная система добавила топлива выгоды к пламени гения при открытии и изготовлении новых и полезных предметов, добавив к этому утверждение: «Только если ты не врач».

Сами этические размышления выходят далеко за возможные пределы настоящей статьи. Поэтому следует рассмотреть такое решение на почве *de lege lata*, учитывая универсальность положений международного публичного права.

Доктрина, в том числе американская, заметила, что США должны соблюдать определенные стандарты патентного права как член Всемирной Торговой Организации (далее ВТО), а так же как участник Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (далее — ТРИПС). ТРИПС установило определенные минимальные стандарты защиты интеллектуальной собственности, в том числе стандарты патентной защиты, которые должны соблюдать все страны-участники. Несоблюдение стандартов ТРИПС может вызвать экономические меры санкции.

Решение, принятое американским законодателем, противоречит ст. 28 ТРИПС, которая признает права исключительно владельцам патента. *De lege lata* данная статья предусматривает, что (1) патент предоставляет владельцу следующие исключительные права: (b) если предметом патента является процесс, то накладывается право запрета третьим лицам, не имеющим согласия владельца, на применение этого процесса, а также запрещены употребление, размещение информации о продаже, продажа или импортирование в этих целях продукта, полученного непосредственно в ходе этого процесса. Американский подход позволяет врачу применять процесс даже при отсутствии согласия на это владельца патента, тем самым автоматически нарушается ст. 27 ТРИПС, которая гласит, что все патенты должны защищаться одинаковым способом.

Кроме того, данный подход не соответствует ст. 30 ТРИПС, говорящей о наличии отступлений от прав, гарантированных патентом, при условии, что такое исключение не противоречит нормальному использованию патента и не нарушает юридически обоснованных интересов владельца патента, а также принимает во внимание юридически обоснованный интерес третьих лиц. Сфера применения данной статьи не до конца ясна, тем не менее, речь не идет о медицинских методах. В то же время ВТО несколько раз давала интерпретацию этому положению.

Слабое понимание данного вопроса потребовало редакции указанного выше положения для лучшей защиты всех заинтересованных лиц. Прежде всего, американское понимание проблемы не соответствует норме ст. 31, говорящей об использовании патента без позволения правообладателя. Очевидно, что непосредственно это касается всех патентов, без какого-либо деления на подвиды. Также американская позиция не соответствует норме (b) той же статьи, которая гласит, что такое использование будет разрешено только в случае, если предполагаемый пользователь позаботился о том, чтобы получить разрешение от обладателя прав на разумных коммерческих условиях, но просьба о разрешении воспользоваться патентом не принесла результата в течение разумного срока. Следует учесть также дополнительные условия о вознаграждении для правообладателя. В польскоязычной литературе проблеме использования патента без согласия правообладателя посвящена работа профессора Дю Валля.

Постулаты de lege ferenda

Суммируя сказанное выше, следует подчеркнуть, что большое количество аргументов американской стороны в пользу патентования медицинских методов носит экономический характер. По мнению автора, аргументы, связанные с этической стороной проблемы, также не противоречат патентованию лечебных методов. В предметной литературе было высказано мнение о том, что причины исключения медицинских методов из системы патентования носят лишь исторический характер. Авторы также учитывают сущность этики и защиты прав человека в контексте патентной системы. Если ЕПО, руководствуясь неведомой логикой, признает патентную защиту для некоторых медицинских методов, то следовало бы придать этой процедуре цивилизованный характер. Значительную роль также играет биотехника, на которую можно получать патенты, порой весьма противоречивого характера. Важна и принятая в биотехнологии концепция разницы между изобретением, касающимся продукта, и изобретением, касающимся способа его получения. Затрудняет ситуацию возможность использования медицинского метода только при помощи определенной аппаратуры. Исключение лечебных методов из патентной системы принимает выборочный характер. Кроме того, вопросы, связанные с этикой или защитой прав человека, не являются преградой для науки. Напротив, это позволяет обществу понять сущность изобретений и оценить свою потребность в них.

Разумеется, упомянутое выше положение ЕПК нельзя просто поменять на американскую модель. Более того, в этом случае государство попало бы в созданный США черный список стран, которые не допускают патентной охраны, а также это бы не соответствовало международному публичному праву. *Nota bene* — это не единственная сфера, в которой США не принимают компромиссов. Поэтому стоит найти решение, учитывающее элементы экономического характера, и опасения, связанные с нарушением прав человека. Стоит подискутировать о модели, представленной в свое время Беатой Гоцык-Фарбер. Действительно, часть лечебных методов не связана с большими расходами на их разработку, как в случае доктора Пейлина, поэтому на изобретения, расходы на разработку которых незначительны, не стоит давать патенты. В этом случае соответствующая оплата за старания при разработке нового метода является обоснованной.

Автор предлагает ввести дополнительные критерии для патентной защиты медицинских процессов, которые будут основаны с учетом расходов на разработку новых методов. Это приведет к тому, что на получение патентов будут претендовать изобретатели, которые предназначили на процесс изобретения денежные средства. Выходит, *a contrario* отсутствие таких расходов привело бы к тому, что изобретение не было бы создано. Вопрос такого заградительного порога является предметом оживленной дискуссии. Гоцык-Фарбер предлагает установить порог на уровне 100 тысяч долларов США. В Европе этот уровень может начаться, к примеру, от 25 тысяч евро. Данная сумма исключает относительно малые исследования. Разумеется, расходы должны быть подтверждены документами так, чтобы было можно проверить целевое расходование потраченных средств. Следует заметить, что *pure methods* не всегда выполняют данное условие, а также другие условия патентоспособности. Это решение оправдано лишь доступом к соответствующей врачебной опеке. Теории патентного права в большей степени говорят о возмещении понесенных расходов, что сглаживает обвинение о том, что скоро будет возможно получить патент на новый способ держать термометр.

Другим изменением глобального характера, касающимся всех изобретений, является создание при ЕПО комиссии по этике, которая бы оценивала критерии, относящиеся к вопросам публичной моральности. В настоящее время решения этой организации практически не обсуждаются другими органами. Не существует единого европейского образца моральности. Государства, подписавшие Мюнхенскую конвенцию, утверждают, что теперь иначе понимают различные термины и определения, чем в момент подписания конвенции. Создание комиссии по этике позволит вовлечь в дискуссию общественное мнение. ЕПО самостоятельно не справляется с данными вопросами и на примере изобретений биотехнического характера видны этические недостатки людей, оценивающих проекты. Участие общества в обсуждении поможет побороть его закрытость для новых технологий. Такая комиссия должна состоять из представителей общегосударственных объединений врачей и ученых, изучающих этику. Решение комиссии носило бы конечный характер и не подлежало обжалованию. Для реализации данной идеи следовало бы добавить пункт в ст. 53 a1 (или 52 п. 5), который бы предусматривал выполнение условия, связанного с финансовыми затратами на изобретение, а также вводил требование согласия комиссии по этике. Что важно, данное изменение не нарушило бы положений ТРИПС.

Итоги

Медицина была поделена на три раздела: лекарства, машины, а также лечебные методы. В настоящее время только медицинские методы лишены патентоспособности. Множество опасений, выдвигаемых сегодня против патентования методов, уже было высказано против лекарств. Подавляющее большинство из них не оправдалось.

Практика показывает: если мы хотим улучшить качество медицинских услуг, то следует инвестировать в них определенные средства. Государство не способно обеспечить финансирование на должном уровне, что вызывает предположение о привлечении частного капитала. Привлечь капитал поможет стимул, а именно временная монополия на изобретение.

На полях следует заметить, что Япония постепенно либерализирует свое законодательство, делая возможной патентную защиту медицинских методов. Чтобы Европа не осталась позади, стоит снова подумать об аргументах *pro* и *contra*.

References

- 1 Zob. M. du Vall. Prawo Patentowe, wyd. Wolters Kluwer Polska. — Warszawa, 2008. — S. 182 i n.
- 2 Dla potrzeb niniejszego opracowania metody chirurgiczne, terapeutyczne i diagnostyczne będą wspólnie określane jako „metody lecznicze”.
- 3 Por. H. Żakowska-Henzler. Zakaz patentowania metod leczenia i diagnozowania — jego cel i funkcja (uwagi na tle prawa patentu europejskiego) // Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej. Oficyna Wolters Kluwer business, Kraków 2007, oraz por. Ż. Pacud, Wyłączenie patentowania metod leczniczych, chirurgicznych i diagnostycznych w Konwencji o udzielaniu patentów europejskich. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. — Z 107. — R. 2010.
- 4 Dalej jako EOP. O funkcjonowaniu EOP Por. J. Eaton and S. Kortum, J. Lerner, International Patenting and the European Patent Office: A Quantitative Assessment, OECD. Patents, Innovation and Economic Performance: OECD Conference Proceedings. Paryż: OECD, 2004.
- 5 Konwencja o udzielaniu patentów europejskich, sporządzona w Monachium dnia 5 października 1973 r., zmieniona aktem zmieniającym artykuł 63 Konwencji z dnia 17 grudnia 1991 r. oraz decyzjami Rady Administracyjnej Europejskiej Organizacji Patentowej z dnia 21 grudnia 1978 r., 13 grudnia 1994 r., 20 października 1995 r., 5 grudnia 1996 r. oraz 10 grudnia 1998 r., wraz z Protokołami stanowiącymi jej integralną część (Dz. U. z 2004 r. Nr 79, poz. 737), Akt z dnia 29 listopada 2000 r. rewidujący Konwencję o udzielaniu patentów europejskich, sporządzoną w Monachium dnia 5 października 1973 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 236, poz. 1736), dalej jako ECP lub Konwencja.
- 6 Taka redakcja została zmieniona przez akt rewidujący Konwencję z 29.11.2000 r., Dz. U. z 2007 r. № 236. Poz. 1736.
- 7 Zob. D. Thums, Patent Protection for Medical Treatment — A Distinction Between Patent and Medical Law, International Review of Industrial Property and Copyright Law. № 4, 1996. — S. 427. Por. S.S. Blume, Insight and Industry: On the Dynamics of Technological Change in Medicine, wyd. Massachusetts Institute of Technology, Cambridge (Mass) 1992.
- 8 Zob. W Cornish, D Llewelyn, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Thomson Sweet and Maxwell. — London, 2007. — P. 884.
- 9 Takim przykładem może być przyznanie wynalazku nr. EP 0 989 848 B1, który nowej doustnej formy dawkowania Wynalazek ten które chroni błony śluzowej nabolnka i tkanki jamy ustnej i jamy ustnej, gardła, krtani, przelyku od (...) owrzodzenia lub innych podobnych podrażnień poniesionych przez bezpośrednie kontakt tych tkanek z substancją czynną. „Rezultat” ten osiągnięto, przez zmodyfikowanie tabletki nadając jest kształt owalny i pokryta jest ochronną warstwą.
- 10 W zakresie pełnych definicji zob. Ż. Pacud. Wyłączenie patentowania metod leczniczych... — S. 83–88.
- 11 Metodyka UPRP. — S. 40.
- 12 Zob. decyzja T 24/91 (Dz. Urz. EUP 1995 r., s. 512).
- 13 Metodyka UPRP. — P. 40.
- 14 Wytyczne Europejskiego Urzędu Patentowego, dalej jako Wytyczne C-IV, 4.8.
- 15 Metodyka UPRP. — P. 40.
- 16 Zob. Ż. Pacud, Wyłączenie patentowania metod leczniczych..., s. 84.
- 17 Sprawa Cygnus, T 964/99, Device and method for sampling of substances using alternating polarity/CYGNUS, INC.
- 18 Opinia G 1/04 (Dz. Urz. EUP 2006 r., s. 311).
- 19 Metodyka UPRP. — P. 40.
- 20 Orzeczenie G 5/83 (second medical indication).
- 21 Dane na dzień 31-07-2012 ze strony Europejskiej Organizacji Patentowej.
- 22 Por. J.E. Calfée and R. Craswell, Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards, Virginia Law Review, № 5, 1984.
- 23 Metodyka UPRP. — P. 39.
- 24 Por. treść orzeczenia T 1172/03 Apparatus for skin resurfacing.
- 25 Dezyzja o sygn. G 1/07.

- 26 Por. E.D. Ventose, Patent Protection for Therapeutic Methods under the European Patent Convention, *European Intellectual Property Review*, nr. 3, 2010, w którym dokładnie omówione są wyłączenia.
- 27 Por. A. Nowicka, Kontrowersje dotyczące utworzenia jednolitej ochrony patentowej oraz Jednolitego Sądu Patentowego, *Rzecznik Patentowy*, nr 2-4, 2011. Autorka przytacza wiele przykładów wskazujących na zbyt liberalizm EPO.
- 28 Por J.H. Reichman, From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement, *New York University Journal of International Law & Politics*, nr 1 i 2, 1997.
- 29 Dane ze strony internetowej EOP.
- 30 Decyzja Rozszerzonej Komisji Odwoławczej EUP: G 3/08 z 12.5.2010 r. Programs for computers (Dz.Urz. EUP z 2011 r. № 1, s. 10), G 2/08 z 19.2.2010 r., Dosage regime/Abbott Respiratory (Dz.Urz. EUP z 2010 r. nr 10, s. 456).
- 31 Komunikat Komisji do Parlamentu europejskiego i Rady — Ulepszenie systemu patentowego w Europie — o sygn. COM/2007/0165 końcowy.
- 32 Prof. du Vall uznawał, że jest to wykładnia Contra legem. Zob. M. du Vall, *Prawo Patentowe*, s. 350.
- 33 O. Mitnovetski & D. Nicol, Are Patents for methods of medical treatment contrary to the ordre public and morality or „generally inconvenient?, *Journal of Medical Ethics*, nr 5 2004. — 472.
- 34 Zob. D. Armstrong, Arguments of Law, Policy and Practice against Swiss-Type Patent Claims, *Victoria University of Wellington Law Review*, nr 1, 2001
- 35 M. du. Vall, *Prawo patentowe*”, s. 121.
- 36 Por. M. Kubick, An Uncertain future: the impact of Medical Process and Diagnostic Method Patent on Healthcare in the United States, *Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property*, 2010. — № 9.
- 37 Por. E.C. Walterscheid, To Promote the Progress of Useful Arts: American Patent Law and Administration, 1787–1836 (Part 2), *Journal of the Patent & Trademark Office Society*. — Vol. 80. — 1998.
- 38 Tytułem przykładu zob. Decyzja Powiększonej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2008r. w sprawie Wisconsin Alumni Research Foundation, sygn. G 0002/06, dalej jako WARF, analiza orzeczenia zob. M. Rimmer, A. McLennan, *Intellectual Property and Emerging Technologies: The New Biology*, wyd. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2012. — P. 228–239.
- 39 Por. M.A. Bagley, Patent First, Ask Questions Later: Morality and Biotechnology in Patent Law, *William & Mary Law Review*, 2003–2004, nr 45. — P. 469 w zakresie przyjętej tam polityki patentowej.
- 40 Por. L.A. Haile, S. Taylor. USPTO Rejects WARF’s ESC Patents, *Genetic Engineering & Biotechnology News*, 2007. — № 14.
- 41 Zob. D. Curley, Stem cell patenting in Europe — the twilight zone, *Genomics, Society and Policy*, 2008. — № 3. — P. 8.
- 42 Zob. Opinia Zjednoczonego Królestwa jako amicus curiae w sprawie WARF, ust. 41.
- 43 Zob. O. Mills, *Biotechnological Inventions, Moral Restraints and Patent Law*, Revised Edition, Ashgate Publishing Limited, Farnham 2010, s. 139, por. także opinię Komitetu ds. Wspólnoty Europejskiej Izby Lordów z 1 marca 1994 r. (HL Paper, 28, HMSO, 1 marzec 1994 r.).
- 44 Por. Benjamin. D Enerson, Protecting society from patently offensive inventions The risk of reviving the moral utility doctrine, *Cornel Law Review* nr 89? 2004. — P. 709.
- 45 *Donnelly S.R.* The Patentability of human Embryonic Stem Cells: is the inconsistent application of the European Union Biotechnology Directive’s moral exclusion Clause undermining investor confidence in Europae, providing a competitive advantage to the United States?, *Dalhousie Journal of Legal Studies*. — P. 127.
- 46 Zob. B.W. Bugbee, *The Genesis of American Patent and Copyright Law*, Washington, D.C., 1967. — P. 17–18.
- 47 Por. J.S. Mill, *Principles of Political Economy*, red. W.J.Ashley, wyd. Longmans, Green and Co., Londyn, 1909.
- 48 Por. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council — Enhancing the patent system in Europe COM (2007) 165 final. — P. 1.
- 49 Zob. W. Fisher, *Theories of Intellectual Property, New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, red. S.R.Munzer, Cambridge University Press, Cambridge 2001. — P. 168–200.
- 50 Por. Raport Stałego Komitetu ds. Prawa Patentowego, Dissemination Of Patent Information, 18 luty 2009.
- 51 S. Scotchmer oraz J. Green, Novelty and Disclosure in Patent Law, *The RAND Journal of Economics*, nr, 1990. — P. 131–146.
- 52 Na podstawie Polskiego Kodeksu Etyki lekarskiej przyjętym w 2003 na Nadzwyczajnym VII Krajowym Zjeździe Lekarzy.
- 53 Zob. A. Sims, The case against ..., s.45. Autorka zauważa ponadto, że dr. Pallin opatentował swoją metodę dopiero wtedy, gdy czasopisma lekarskie odmówiły takiej publikacji.
- 54 Ustawa z dnia 30 czerwca 2000. — Prawo własności przemysłowej, Dz. U. z 2003. — № 119, poz. 1117.
- 55 Du Vall, *Prawo patentowe*. — P. 133.
- 56 Du Vall, *Prawo patentowe*. — P. 133.
- 57 Por. American Medical Assosiation, Trademarks, Patents, Copyrights, and Other Legal Restrictions on Medical Procedure, zmieniona (finalna) opinia E-9.095.
- 58 Por. C.A. Young, Recognition versus Tradition: Medical Procedures Patents, *San Francisco Law Review*. — Vol. 6. — 1996.
- 59 Por. Greg Borzo, Method Patent Fails; Court: Surgeon Doesn’t Have to Pay Royalties, *American Medical News*, 15 kwietnia 1996.
- 60 *William D. Noonan*, Patenting Medical Surgical Procedures, 77 *Journal of the Patent and Trademark Office Society*. — Vol. 77. — 1995. — P. 655.
- 61 *Zob. Pallin v. Singer*, № Civ. A. 2:93-CV-202, 1996 WL 274407.
- 62 Ex parte Scherer, 103 U.S.P.Q. (BNA) 107 (Patent. Office. Board. Appeal. 1954).
- 63 Ex parte Kettering, 35 U.S.P.Q. (BNA) 342 (Patent. Office. Board. Appeal 1936); Ex parte Wappler, 26 U.S.P.Q. (BNA) 191 (1934).

- 64 Szerzej na ten temat zob. I.J. Fellner, *Patentability of Therapeutic Methods*, Journal of Patent Office Society. — Vol. 28. — 1946. — S. 90, oraz I.J. Fellner, *Method Claims for New Uses and Their Enforcement*, Journal of Patent Office Society. — Vol. 41. — 1959. — P. 54, oraz zob. A.T. Sperry, *Medical Patents*, Journal of Patent Office Society nr 5, 1946. — P. 371.
- 65 Por. S.A. Miller *Should Patenting Of Surgical Procedures And Other Medical Techniques By Physicians Be Banned?*, *Idea: The Journal Of Law And Technology*. — № 2. — 1995–1996.
- 66 Zob. J.F. Duffy, *Harmony and Diversity in Global Patent Law*, *Berkeley Technology Law Journal*. — № 2 2002. — P. 722.
- 67 Zob. American Medical Association, *Resolution No. 2: Patents for Medical Diagnostic and Therapeutic Techniques*, in *House Of Delegates Proceedings, 144th Annual Meeting, 1994*. s. 388- 390 oraz American Medical Association, *Reports of council on Ethical and Judicial Affairs, Patenting of Medical Procedures*, in *House Of Delegates Proceedings, 144th Annual Meeting*. — 1995. — P. 200.
- 68 Omnibus Consolidated Appropriations Act of 1996, Pub. L. — № 104–208 § 616, 110 Stat. 3009 (uchwalony ze zmianami jako 35 U.S.C. § 287).
- 69 Por. J.M. Reisman, *Physicians And Surgeons As Inventors: Reconciling Medical Process Patents And Medical Ethics*, *Berkelays Technology Law Journal* № 2, 1995.
- 70 Zob. J.A. Burger oraz J. Brunner, *A Court’s Dilemma: When Patents Conflict with Public Health*, *Virginia Journal Of Law & Technology*. — № 7. — 2007. — P. 27.
- 71 Zob. S.D. Anderson, *A Right Without A Remedy: The Unenforceable Medical Procedure Patent*, *Intellectual Property Law Review*. — № 3. — 1999. — P. 131.
- 72 Zob. S.L. Nichols, *Comment, Hippocrates, the Patent-Holder...*, s. 261, który jest zdania ze względu na stan wyższej konieczności lekarz uniknąłby odpowiedzialności finansowej.
- 73 Autorzy nie zgadzają się w pełni i z tym argumentem ze względu na fakt, że analizy pokazują, że to inne czynniki, a więc inflacja i opracowywanie nowych technologii wpływa na zwiększające się koszty medyczne; Por.
- 74 Zob. J.M. Reisman, *Physicians And Surgeons As Inventors...* — S. 370.
- 75 Zob. Scott D. Anderson *A Right Without A Remedy...*, 147.
- 76 Por. S. Scotchmer and J. Green, *Novelty and Disclosure in Patent Law*, *The RAND Journal of Economics*. — № 1. — 1990.
- 77 Przemówienie Lincolna na Uniwersytecie Jacksonville 11 lutego 1859.
- 78 Zob. S.L. Nichols, *Hippocrates, the Patent-Holder: The Unenforceability of Medical Procedure Patents*, *George Mason Law Review*. — № 5. — 1997. — P. 227, oryg. *The patent system (...) added the fuel of interest to the fire of genius, in the discovery and production of new and useful thing... unless You Are the doctor.*
- 79 Porozumienie ustanawiające światową organizację handlu (WTO) sporządzone w Marakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r., oraz ustawa z dnia 3 lutego 1995 r. o ratyfikacji Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), Dz.U. 1995 nr 34 poz. 164.
- 80 Porozumienie w Sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej, Obwieszczenie Ministra spraw zagranicznych y dnia 12 lutego 1996 r. w sprawie publikacji załączników do porozumienia ustanawiającego światową organizację handlu (WTO). W tym zakresie por. P. Cullet, *Patents and medicines: the relationship between TRIPS and the human right to health*, *International Affairs*. — № 1. — 2003. — P. 139–160.
- 81 Por. C.M. Ho, *Patents, Patients, and Public Policy: An Incomplete Intersection at 35 U.S.C. § 287(c)*, *U.C. Davis Law Review*. — № 3. — 2000.
- 82 C.M. Ho *Patents, Patients, and Public Policy...* — P. 655.
- 83 C.M. Ho *Patents, Patients, and Public Policy...* — P. 655.
- 84 Relatywnie rzadko WTO interpretuje taki przepis. Jedna z interpretacji pojawiła się w trakcie sporu o sygn. WT/DS114/R. Sprawa ze skargi Wspólnot Europejskich na Kanadę w sprawie ochrony patentowej w/w metod. Rozstrzygnięcie z dnia 17 marca 2000.
- 85 Zob. F.M. Abbott, *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: lighting a dark corner at the WTO*, *Journal of International Economic Law*. — № 2. — 2002. — P. 482.
- 86 Por. F. Hu oraz A.Mallin, *Medical Method Patents: Treating “The Physicians’ Immunity Statute”*, *Syracuse Science & Technology Law Reporter*. — Vol. 23. — 2010.
- 87 Artykuł 31 TRIPS b) takie użycie będzie dozwolone jedynie wówczas, jeżeli przed takim użyciem proponowany użytkownik poczynił starania, aby uzyskać zezwolenie od posiadacza praw na rozsądnych warunkach handlowych, lecz starania takie nie przyniosły rezultatu w rozsądnym terminie.
- 88 Por. M. du Vall, *Nadużycie pozycji dominującej poprzez wykonywanie praw własności intelektualnej*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*. — № 3. — 2010. — S. 5–34.
- 89 Zob. D. Thums, *Patent Protection for Medical Treatment: a Distinction between Patent and Medical Law*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. — № 4. — 1996. — P. 444.
- 90 Zob. D. Thums, *Patent Protection for medical procedure ...* — P. 424.
- 91 Zob. D. Thums, *Patent Protection for Medical Treatment: a Distinction between Patent and Medical Law*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. — № 4. — 1996. — P. 442.
- 92 Zob. Ż. Pacud, *Wyłączenie patentowania...* — S. 92.
- 93 Por. L.R. Helfer, *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, *Harvard International Law Journal*, nr 1, 2008, P. Drahos, *Intellectual Property and Human Right*, *Case Comment, Intellectual Property Quarterly*. — № 3. — 1999.
- 94 Prawdopodobnie Polska została wpisana na tzw. watch list, jako kraj niezapewniający należytej ochrony patentowej. Praktyka ta została opisana przez M. du Vall, *Prawo Patentowe*. — S. 103.
- 95 Tytułem przykładu por. L.A. Lindquist, *Champagne or Champagne - An Examination of U.S. Failure to Comply with the Geographical Provisions of the TRIPS Agreement*, *Georgia Journal Of International & Comparative Law*. — Vol 27. — 1999.

96 Zob. L.R. Helfer Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property, U.C. Davis Law Review. — № 3. — 2007. — P. 1018 w zakresie realizacji praw człowieka poprzez prawo własności przemysłowej.

97 Por. B. Gocyk- Farber, Patenting medical procedures: a search for a compromise between ethics and economics, Cardozo Law Review. — Vol. 18. — 1997.

98 Zob. M.D. Show, A dreadful Prognosis: Patentability of Diagnostic and Personalized Medical Procedures in the Wake of in Re Bilski. Hastings Science & Technology Law Journal. — № 2. — 2010. — P. 525.

99 Zob. L.L. Douglass, Medical Process Patents: Can WE live without them? Should we? Journal of intellectuall Property Law. — Vol 3. — 1995. —P. 161.

100Por. R. Witek Ethics and Patentability in Biotechnology, Science Engineering Ethics, 2005. — № 11. — P. 105–111. Należy zauważyć, że takie klauzule przez długi czas dotyczyły moralności seksualnej.

101W sprawie T 1374/04 (Stem cells/WARF) z dnia 7 kwietnia 2006 expressiss verbis stwierdzono, że EPO nie jest arbitrem moralności.

102Zob. B. Gocyk Farber, Patenting Medical Procedures a search for a Compromise between ethics and economics, Cardozo Law Review, 1997. — P. 1561.

103Zob. A. Sims, The case against patenting...— P. 46.

104Zob. S.J. Bostyn R. The Prodigal son: The relationship between law and health care, Medical Law Review № 11. — 2003. — P. 87.

105Por. N. Ono, Better than nothing: Japan's next move on patentability of medical methods, International Review of Intellectual Property and Competetive Law. — № 2. — 2006.

Бартош Мендык

Емдеу әдістерін патенттеу саласында *de lege ferenda* салыстырмалы талдауы және қағидалары

Мақалада еуропалық және американдық тұрғыда пайда болатын дәрігерлік әдістерді патенттеу жөніндегі мәселелер қарастырылған. Мақаланың қорытынды бөлігінде *de lege ferenda*-ның салыстырмалы талдау нәтижесі зерттелген. Автор жаңа әдістерді өңдеуде шығындарының есепке алуымен негізделген дәрігерлік процестердің патенттік қорғауы үшін қосымша белгілерді енгізуді ұсынды.

Bartosh Mendyk

Comparative analysis and postulates *de lege ferenda* in patenting treatments

This article contains the current situation analysis, comparison of the European and American positions concerning patenting of medical methods. In a final part of work the provisions *de lege ferenda* made on results of the comparative analysis are presented. The author proposes to introduce additional criteria for patent protection of medical processes, which will be based with the cost of developing new methods. This will lead to the fact that for patents will claim the inventors, who provided the process of the invention of money.

МЕМЛЕКЕТ ЖӘНЕ ҚҰҚЫҚ ТЕОРИЯСЫ МЕН ТАРИХЫ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 340.155:340.130.53(574)

Н.С.Ахметова, Ю.Д.Мироненко

Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова (E-mail: ahmetova_n_s@mail.ru)

Конвергенция национальных правовых систем и её влияние на казахстанское законодательство

В статье рассмотрена современная тенденция конвергенции англосаксонской и романо-германской правовых систем. Отмечено, что данный процесс оказывает огромное влияние на национальные правовые системы различных государств. В ходе научного исследования было отслежено влияние подобной конвергенции на законодательство Республики Казахстан. Большое внимание уделено развитию прецедентного права в Казахстане, институту медиации и доверительного управления. На основе проведенного анализа взаимодействия правовых систем показаны существующие на данном этапе проблемы реализации на практике введенных институтов общего права в правовую систему нашей страны.

Ключевые слова: правовые системы современности, романо-германское право, англосаксонское право, конвергенция права, законодательство Республики Казахстан, судебный прецедент в Республике Казахстан, медиация, доверительное управление.

Понятие «конвергенция» используется как термин во многих отраслях науки: в математике, биологии, химии, медиаиндустрии, литературе и непосредственно в правовой науке. Несмотря на различие научных направлений и процессов, обозначенных этим термином, конвергенция имеет одну суть, а именно действие сближения. В современных условиях в период глобализации ничто не стоит на месте, всё претерпевает изменения, различные трансформации. Изменения не обходят стороной и правовые системы современности. Не один десяток лет ученые-правоведы и политологи изучают правовые системы. Традиционно под понятием «правовая система» подразумевается система права отдельного государства. Также понятие «правовая система» можно дефинировать и в более широком смысле — как правовую семью. Согласно определению А.Х.Саидова, под правовой семьей понимается более или менее широкая совокупность национальных правовых систем, объединенных общностью исторического формирования, структуры, источников, ведущих отраслей и правовых институтов, правоприменения, понятийно-категориального аппарата юридической науки [1;118].

Как говорил немецкий философ Макс Шелер, «сколько школ, столько и ученых мнений»; по сей день не существует четкой и однозначной классификации правовых систем. Большинство ученых берут за основу классификацию из фундаментального труда Давида Рене «Основные правовые системы современности». В своей монографии Давид Рене беспристрастно описывает правовые системы его времени и выделяет из них основные три: англосаксонскую, романо-германскую и социалистическую (в настоящий момент относится лишь к Вьетнаму, КНР, КНДР и Кубе).

Казалось бы, всё определено: исторически сложились преобладающие системы — англосаксонская, рожденная монархическим строем, и романо-германская, система континентальных стран, основой и главой которой является закон. Однако сложившаяся в мире тенденция сближения и унификации права делает актуальным изучение правовых систем как на уровне сравнительного правоведения, так и на национальном уровне. Конвергенцию права имеет смысл рассматривать как процесс взаимодействия отдельных элементов национальной правовой системы, а также отдельных правовых систем в форме повышения степени связанности и согласованности правового регулирования общественных отношений.

О.Д.Третьякова использует термин «правовая конвергенция», которую, по ее мнению, можно охарактеризовать следующим образом:

- 1) тесно связана с правовой глобализацией и правовой аккультурацией, но с ними не совпадает;
- 2) процесс, который охватывает относительно длительный исторический период;
- 3) результат «сближения» национального права отдельных государств;
- 4) включает в себя системно-нормативный и ненормативно-стихийный уровни национального права отдельных государств;
- 5) в форме правовой аккультурации может развиваться «насильственным путем» («правовая экспансия») и добровольным порядком (рецепция, заимствование);
 - а) осуществляется в рамках трех направлений:
 - а) сближение на основе «универсальных» норм;
 - б) сближение на основе парадигмальных норм;
 - в) сближение на основе комплементарных норм.

Такой подход дает основание указанному исследователю утверждать, что правовая конвергенция — процесс и результат взаимодействия национального права отдельных государств, выражающийся в сближении, повышении степени их правовой когерентности на основе принципов глобальности, парадигмальности и комплементарности. Правовая конвергенция представляет собой процесс постепенного формирования толерантности и подобия правовых систем.

Принцип комплементарности правовых систем означает технико-юридическое соответствие механизма действия права структур двух или нескольких правовых систем, благодаря которому возможны образование между ними прямых государственно-правовых связей и осуществление межличностного взаимодействия. В качестве примера правовой комплементарности называют правовое конвергенционное взаимодействие в вопросах выдачи преступников (то, что в одной правовой системе может и не быть преступлением, в другой таковым является).

Принцип парадигмальности, по мнению О.Д.Третьяковой, означает, что правовые системы «сближаются» на основе правовой аккультурации, причем чаще всего добровольного типа. Следовательно, правовая аккультурация — это один из способов «сближения» правовых систем, основанного на принципе подобия и следования более совершенным образцам (парадигмам) регулирования общественных отношений. Например, римское частное право является одной из основных парадигм современной цивилистики отечественной и многих зарубежных правовых систем.

Также существует принцип корреляции — это статистическая взаимосвязь двух или нескольких правовых систем или их отдельных элементов. При этом изменение одной или нескольких из этих правовых систем приводит к систематическому изменению в другой или других правовых системах. В качестве примера реализации данного принципа в юридических конвергенционных процессах можно назвать естественные права человека, которые носят транссистемный глобальный характер. Иными словами, данный принцип можно назвать глобальным [2;112]. В нашем случае под «конвергенцией» будет подразумеваться сближение правовых семей, а именно самых ярких и одновременно противоположных представителей: англосаксонской и романо-германской правовых систем, которое обусловлено правовой глобализацией, основанной на принципе корреляции.

Важным фактором является международное право. Существенное расширение предмета регулирования развивается сегодня в двух направлениях. В рамках первого из них характерна регламентация этой нормативной системой новых направлений межгосударственного сотрудничества. Содержание второго определяет глубокое проникновение регулирующего воздействия международно-правовых норм в сферу внутригосударственных отношений. В этой связи наука выделяет множество путей взаимодействия международного права на правовую систему отдельного государства, в частности, его законодательную базу (отсылка, рецепция, трансформация, имплементация, адаптация, легитимация).

Исторически Казахстан до обретения независимости был постоянно подвержен влиянию государств инациональных правовых систем. Во времена Казахского Ханства одним из основных источников действующего права в Казахстане оставались неписаные нормы адата. Несмотря на активное проникновение начал и норм имперского законодательства и системы исламского права (шариата), обычно-правовая система в присущей ей основной конструкции не разрушилась, хотя произошли огромные нормативные и функционально-содержательные сдвиги. Следующим исторически важным изменением казахского права стало установление Советской власти. После революции 1917 г. влияние социалистического права надолго оставило след в развитии казахстанского законодательства,

политической системы и жизни государства в целом. Хотя социалистическое право несет на себе многие черты континентальной системы права, включая сходные процессуальные начала и правовую методологию, оно отличается от других правовых систем господством государственной собственности на средства производства, особой системой политического устройства с доминированием коммунистической партии, отрицанием разницы между публичным и частным правом, а также концепцией права как силы, способствующей построению коммунистического общества.

В советский период в Казахстане была фактически осуществлена рецепция социалистического права РСФСР и до конца 1980-х гг. официальная правовая система Казахской ССР копировала право других союзных республик.

Как и в других бывших советских республиках, правовая система Казахстана переживает коренную трансформацию с начала 1990-х гг. Провозглашенные принципы реформ: идеологический и политический плюрализм, социально ориентированная рыночная экономика, расширение прав и свобод личности и укрепление их гарантий. По темпам правовых реформ Казахстан занимает одно из первых мест среди бывших советских республик.

В этот период наблюдаются различные формы взаимодействия законодательств социалистического права с национальным законодательством РК. Аналогичное происходило и с другими постсоветскими республиками. Одной из форм взаимодействия можно выделить рецепцию, когда в новом государстве планомерно восстанавливаются некоторые старые нормы права. Так, можно назвать Постановление Верховного Совета Республики Казахстан от 16 декабря 1991 г. «О введении в действие Конституционного закона Республики Казахстан» «О государственной независимости Республики Казахстан», в котором п. 2 гласит: «Впредь до принятия соответствующих законодательных и иных нормативных актов Республики Казахстан на ее территории могут применяться нормы законодательства СССР и признанные СССР нормы международного права, поскольку они не противоречат настоящему Закону, иным законодательным и нормативным актам Республики Казахстан» [3;30].

Также ярко проявилось на данном этапе взаимодействие в форме унификации и гармонизации бывшего законодательства Советского Союза. Конституции союзных республик практически без заметных изменений принимались на основе союзной Конституции. Аналогично создавалось и национальное законодательство. Сейчас процесс унификации национальных правовых систем региона, например, Содружества Независимых Государств, происходит на основе модельных кодексов, других нормативных правовых актов и механизмов.

С принятием собственных нормативно-правовых актов, со стабилизацией государственной правовой системы Казахстана социалистические нормы были искоренены, оставив чистые нормы романо-германского права. Сейчас Казахстан является представителем романо-германской правовой семьи, на то указывает ряд признаков, таких как нормативность законодательства в его строгой иерархии, четкое деление норм права на отрасли, подразделение отраслей на две подсистемы — частное право и публичное право. В системе органов РК проводится четкое различие на законодательные, правоприменительные и судебные.

Тем не менее процесс конвергенции права не мог не повлиять на правовую систему нашей Республики. Рассмотрим, например, наиболее дискуссионную тему среди ученых-правоведов — прецедент в системе романо-германского права. Как уже было сказано выше, Республика Казахстан относится к группе романо-германского права, где главенствующая роль отводится письменным нормам, и прецедент не является правовым источником.

Вопрос о прецеденте в нашей правовой системе не является новым. Он неоднократно ставился и обсуждался как на общетеоретическом уровне, применительно к источникам советского, а затем постсоветского права, так и на уровне отдельных отраслевых дисциплин.

Известно, например, что еще в 40–50-е годы предпринимались попытки представления руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР в качестве источника уголовного права. Однако в силу целого ряда объективных и субъективных причин, и прежде всего, по мнению некоторых авторов, в силу причин «идеологического порядка», судебную практику, а точнее, судебный прецедент объявляли, по словам А.Наумова, «чуть ли не персоной *non grata* для советского уголовного права». Тем не менее первое его возвращение в правовую доктрину выразилось в теоретическом обсуждении вопроса о юридической природе руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР».

Аналогичные попытки рассмотрения судебного прецедента в качестве источника права предпринимались в послевоенный период и в других отраслях советского права. Однако как на общетео-

ретическом уровне, так и на уровне отдельных отраслей права они представлялись недостаточно обоснованными, слабо аргументированными, а иногда и ошибочными [4;533].

Как же на сегодняшний день поменялось отношение к прецеденту. Статья 6 Гражданского кодекса п. 2 гласит: «При выяснении точного смысла нормы гражданского законодательства необходимо учитывать исторические условия, при которых она вводилась в действие, и ее истолкование *в судебной практике*, если это не нарушает требований...». Таким образом, если в толковании нормы недостаточно Основного Закона и принципов гражданского права, законодатель обращает наш взор на судебную практику. Также стоит обратить внимание на ст. 4 Конституции РК: «Действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также *нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики*». Здесь нормативные постановления включены в систему действующего права РК. Этот момент Конституции является на сегодняшний день весьма спорным, множество ученых не соглашаются с законодателем в плане того, что нормативное постановление можно включать в источники действующего права. Верховный Суд не имеет, наряду с Парламентом функции нормотворчества (в чистом виде), а лишь разъясняет вопросы разрешения спорных ситуаций, в том числе и в пограничных и промежуточных отраслях права. Чаще всего потребность разъяснений возникает в области гражданского и уголовного права, когда между письменной нормой и практикой проявляются пробелы.

Пробелы в праве всегда были, есть и будут даже в самых стабильных законодательных системах, поскольку объективно невозможно предусмотреть все, что требует правового регулирования. Пробелы вызваны кардинальными изменениями правовой системы, сложностью законодательного процесса, бессистемностью законотворческой деятельности и многими другими причинами. При наличии пробелов права суды вынуждены на основе аналогии закона или аналогии права вырабатывать процедуры рассмотрения некоторых категорий дел.

В юридической литературе существуют разные взгляды на роль судебной практики в формировании права. По мнению одних, судебная практика играет важную роль в качестве источника права, другие против такой позиции. Нельзя смешивать понятия судебной практики с актами высших судебных инстанций. Высшие судебные инстанции в своих постановлениях обобщают судебную практику нижестоящих судов. Судебная практика формируется местными судами и представляет собой типичные судебные решения по конкретным делам. Акт же высшей судебной инстанции — это завершённый нормативно-правовой документ, основанный на анализе судебной практики.

В статье 5 Гражданского Кодекса Республики Казахстан указано, что в случаях, когда предусмотренные пп. 1 и 2 ст. настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствуют применимые к ним обычаи, к таким отношениям, поскольку это не противоречит их существу, применяются нормы гражданского законодательства, регулирующие сходные отношения (аналогия закона).

При невозможности использования в указанных случаях аналогии закона, права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости (аналогия права). При применении принципа аналогии закона роль суда — правильно определить сходность отношений по рассматриваемому спору с отношениями, которые урегулированы законом. При применении принципа аналогии закона от суда требуется проявить добросовестность, разумность и справедливость, не нарушая общих начал и смысла гражданского законодательства. В практике применения норм Гражданско-процессуального права нередко обнаруживаются пробелы, отсутствие законодательного урегулирования каких-либо процессуальных отношений, что вызывает необходимость разрешения вопроса по аналогии [5].

Говоря о роли судебной практики в Казахстане, очевидно, что на сегодняшний день мы частично приближаемся к признанию прецедента. Уже в некоторых странах СНГ создаются базы открытого доступа с судебными прецедентами. В Украине существует немалое количество сайтов, на которых опубликованы обобщения судебной практики. На них систематизированы материалы судебной практики — постановления пленумов Верховного Суда, его разъяснения, письма по правоприменительной практике и другая информация. Более того, в Украине действует Закон «О доступе к судебным решениям», которым предусматривается Единый государственный реестр судебных решений. 8 сентября 2011 г. Союз судей Казахстана был принят полноправным членом в Международную ассоциацию судей (МАС). Одной из целей данной ассоциации, согласно ее Конституции, является расширение и совершенствование знаний и понимания судей, давая им возможность контактировать с судьями дру-

гих стран, позволяя ознакомиться с сущностью и работой иностранных организаций, с иностранными законами, в частности, с тем, как эти законы действуют на практике. С этой международной организацией заключен Меморандум о взаимопонимании по вопросам многостороннего сотрудничества, согласно которому имеется возможность обмениваться знаниями и опытом в сфере правосудия, документации, содержащей решения, выводы, постановления, принятые судами государств, опытом деятельности органов правосудия государств. С вступлением в МАС появились новые перспективы для ускорения судебной реформы и дополнительные возможности защиты прав и свобод человека и гражданина на основе общепринятых принципов и норм международного права [6].

В законодательстве нашей республики уже сейчас есть достаточные предпосылки для развития института прецедента. «Судья при отправлении правосудия независим и подчиняется только Конституции и закону», — так гласит п.1 ст. 77 Конституции Республики Казахстан, так же как и аналогичные нормы основных законов многих стран мира.

Та концепция, согласно которой судьи подчиняются закону, связана с именем западноевропейского просветительства. Оно заложило основу концепции разделения властей и совершенно новой иерархии источников права, которая в праве континентальной Европы является господствующей и по сей день. Во главе этой иерархии стоит закон, принятый Парламентом или в результате народного референдума. Принятие законов — это эксклюзивное право законодательной власти. В правовых государствах, в которых признается принцип разделения властей, ни один другой орган, кроме парламента, не уполномочен принять законы. Во исполнение принятых законов исполнительной власти предоставлено право издавать постановления или другие нормативные акты, которые должны полностью соответствовать законам — решениям законодательной власти.

Обязанность судей — представителей судебной власти — применять эти законы — акты законодательной власти и принятые согласно этим законам другие нормативные акты — акты исполнительной власти. Применение законов со стороны судей выражается, прежде всего, в решении конкретных споров, конкретных дел на основе норм законов или нормативных актов исполнительной власти. Этот процесс правоприменения завершается изданием индивидуального судебного акта — решения суда (приговор, определение, приказ и т.д.) [7; 36]. Введение прецедентного права в систему законодательства выдвинет новые требования к судьям и судебной системе в целом, что позволит создать более универсальные нормы, даст возможность осуществления правосудия на более высоком уровне.

Одним из ярких примеров применения общего права в нашей правовой системе является процедура медиации. В чистом виде, так, как мы её понимаем сейчас, медиацию, изначально стали использовать в странах англосаксонской правовой семьи. Популярность медиации быстро росла во многих странах общего права, таких как США, Австралия, Канада, Соединённое Королевство, с 1970-х и 1980-х гг. Медиация как институт посредничества зародилась еще в Древнем мире: широко использовалась в Древней Греции, в римском праве кодекс Юстиниана содержал институт посредничества. Народные судьи Казахского ханства выполняли также функцию медиаторов. Суд биев как суд высокой морали строился и основывался на неподкупности судьи, справедливости как основы и судебных решений, доступности и публичности суда, а также на его ориентированности на примирение сторон и полное возмещение причиненного правонарушением ущерба. Сегодня, когда Казахстан становится равноправным партнёром мирового сообщества, эти вопросы, как и сотни лет назад, приобрели особую значимость в свете реализуемых реформ и актуальности уровня правовой культуры нашего общества.

В августе 2011 г. в Казахстане вступил в силу Закон «О медиации», регулирующий основные положения процедуры медиации и статуса медиатора. Для Республики Казахстан это новая практика в досудебном разрешении споров. Отношение казахстанских экспертов к перспективам развития медиации в Республике Казахстан неоднозначно. Некоторые из них считают, что медиация не приживется в Казахстане, так как является сугубо западным явлением; другие — в числе которых немало известных и уважаемых юристов, — что медиация заслуживает пристального внимания со стороны общества и государства.

Несколько десятилетий назад США и страны Европейского союза столкнулись с проблемой, актуальной сегодня и в Казахстане, — перегруженностью судов судебными тяжбами, затягивающимися на несколько лет, неисполнением решений судов и огромными затратами физических и юридических лиц на судебные издержки. Индустриальный и информационный бум, прогресс и глобализация привели к тому, что количество споров и их сложность возросли в геометрической прогрессии. Стала очевидной необходимость поиска других процедур урегулирования споров.

В результате в США появился термин «альтернативное разрешение споров», под которым понимают арбитраж, переговоры, посредничество, так называемые «мини-разбирательства» и прочие процедуры урегулирования споров.

Медиация активно применяется в странах Западной Европы, многократно вырос интерес к данной процедуре и в Восточной Европе. В России успешно действуют медиаторы и целые службы медиации. Многие юридические фирмы предлагают свои услуги по медиации. Медиация особенно широко распространена в разрешении семейных споров. К сожалению, в Казахстане медиация пока используется очень слабо, и это несмотря на наличие Закона РК «О медиации», прошедших обучение медиаторов и открытие центров медиации во многих областных городах [8].

Одним из ярких примеров внедрения элементов англосаксонской правовой системы в систему континентального права является появление в гражданском обороте новых, не типичных для нашего права видов договоров. Одним из них является договор доверительного управления имуществом. Институт доверительного управления имуществом регулируется законодательством лишь нескольких стран СНГ, в том числе Гражданским кодексом РК. В частности, введение этого института в систему гражданского законодательства было обусловлено потребностями экономического и политического характера, когда основными задачами развития стали ликвидация кризисных явлений в национальной экономике, привлечение инвестиций, проведение приватизации государственной собственности, интеграция национальной экономики в мировую систему хозяйствования.

Примечательно, однако, то, что признание договора доверительного управления имуществом на уровне Гражданского кодекса в качестве самостоятельной разновидности контрактов в Казахстане произошло лишь в середине 1999 г., с введением в действие Особенной части ГК. Договор доверительного управления имуществом предусмотрен ст. 886 Особенной части Гражданского кодекса Республики Казахстан.

Вместе с тем еще за несколько лет до этого события на уровне законодательных актов доверительное управление имуществом нашло свое отражение. В частности, Указом Президента Республики Казахстан, имеющим силу закона, от 23 декабря 1995 г. «О приватизации» передача государственного имущества в доверительное управление была признана предварительной стадией приватизации. Как отмечается некоторыми исследователями, выбор такого необычного для казахстанской экономической и правовой действительности механизма был обусловлен необходимостью выполнения инвестиционной программы и обеспечением погашения долгов государственных предприятий, подлежащих приватизации. По утверждению Премьер-Министра Казахстана (1994–1997 гг.), «передача в управление — это промежуточный вариант, позволяющий правительству присмотреться к инвесторам, а управляющим — к объектам, прежде чем продавать уникальные объекты».

Другим примером может служить Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу закона, от 26 декабря 1995 г. «О государственной службе», утративший силу с 1 января 2000 г., требовавший от поступающих на государственную службу (как и действующее законодательство) передачи в доверительное управление принадлежащих им акций акционерных обществ и долей участия в товариществах с ограниченной ответственностью на весь срок занятия ими своей должности.

В сущности же, мотивация передачи имущества в доверительное управление может быть разной. Это и решение экономических задач позиционирования объекта управления на рынке, и борьба с коррупцией, и желание получить максимальную выгоду от владения имуществом с использованием опыта и знаний профессионалов, и урегулирование отношений с кредиторами и должниками ликвидируемого предприятия или умершего наследодателя. Задачей же законодателя является надлежащая регламентация условий оформления отношений доверительного управления имуществом, определение статуса их участников и урегулирование динамики этих отношений.

В одном из обобщающих исследований о состоянии и перспективах развития гражданского законодательства стран Западной Европы, имеющем, как и гражданское законодательство Казахстана, своим источником римское право, справедливо указывается, что институт траста (доверительной собственности и доверительного управления) прежде был не известен этому законодательству. В связи с этим исследователи задаются вопросом о том, почему этот институт до сих пор недостаточно развит в праве упомянутых государств и насколько целесообразно его существование. Вместе с тем недостаточность серьезных отечественных правовых и экономических исследований природы и значения доверительных отношений в экономических процессах, отсутствие правовой основы их возникновения и реализации, наряду с проблемой коррупции, обусловили то, что должная деловая прак-

тика в Казахстане не сложилась, а разработчики Особенной части ГК РК не смогли ее учесть при завершении проекта кодекса [9].

Также хочется отметить, что в оборот гражданского права все стремительней привносятся другие абсолютно новые формы договоров из англо-американской системы права. Это такие договоры, как аутстафинг, аутсорсинг, овердрафт, прекаризация и другие. Их появление обуславливается в основном экономическими причинами и в целях экономии времени, так как в новых формах договоров уровень бюрократической волокиты максимально снижен. А доверие к подобным видам договоров указывает на кардинальные перемены в менталитете постсоветских граждан, уровень сознания которых приближен к европейскому, с более высоким уровнем доверия и ответственности.

В заключение следует отметить, что изучение конвергенции правовых систем является весьма актуальным вопросом. Этот процесс напрямую касается и правовой системы нашей республики. Наиболее яркие моменты взаимодействия нами отмечены. К сожалению, их объединяет одно — полемика, недоверие и непринятие. Но как непреложный в условиях глобализации и регионализации факт можно принять то, что почва для модернизации Казахстанского законодательства на фоне сближения правовых систем готова. Унификация правовых норм на международном уровне дает новые возможности и перспективы развития законодательной системы отдельных государств и мирового сообщества в целом.

References

- 1 Saidov A.H. Comparative law (the major legal systems of modernity): tutorial. — Moscow: Yurist, 2003. — 448 p.
- 2 Ralko V.V. Transformation of legal systems: the main scientific approaches, the prospects of the process // State & law. — 2010. — № 1. — P. 111–115.
- 3 Abaideldinov E.M. The ratio of international and national law of The Republic of Kazakhstan. — Almaty: Law literature, 2002. — 271p.
- 4 Marchenko M.N. Sources of law: tutorial. — Moscow: TC Velbi, Publishing Prospect, 2008. — 760 p.
- 5 Adilbaeva G.F. Judicial power and its role in improving national legislation // The site of the East Kazakhstan regional court. URL: <http://www.kaz.vkooblsud.kz>
- 6 Jarkynbekov M.K. About importance of judicial practice // Law Newspaper. URL: <http://ug.zanmedia.kz>
- 7 Chanturia Lado. About legal nature of judicial acts and the limits of judicial law-making // The legal nature of the legal rulings of the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan and their role in the efficiency of the administration of Justice: collection of materials of the international scientifically-practical Conference, held in Almaty City Court of the Republic of Kazakhstan 12.05.2009. — Astana: The library of the Supreme Court, 2009. — P. 35–45
- 8 Lopatin V.V. Mediation in Kazakhstan // Website of law firm «Phaeton». URL: <http://www.blog.factont.kz>
- 9 Karagusov F.S. Content of fiduciary property management // URL: <http://zakon.kz>

Н.С.Ахметова, Ю.Д.Мироненко

Ұлттық құқықтық жүйенің конвергенциясы және оның Қазақстанның заңнамасына ықпалы

Мақалада англосаксондық және романо-германдық құқықтық жүйелердің конвергенциясының заманауи үрдісі қарастырылған. Бұл үрдіс әр түрлі мемлекеттердің ұлттық құқықтық жүйелеріне үлкен әсер етеді. Ғылыми зерттеу барысында аталмыш конвергенцияның Қазақстан Республикасының заңнамасына әсері талданды. Қазақстандағы прецеденттік құқықтық дамуына, медиация және сенімдік басқару институтына үлкен көңіл бөлінген. Жүзеге асырылған құқықтық жүйелердің қарым-қатынасының сараптамасы еліміздің құқықтық жүйесіне енгізілген жалпы құқық институттарын іске асырудың қазіргі кезеңдегі мәселелерін көрсетті.

N.S.Ahmetova, Yu.D.Mironenko

Convergence of national legal systems and their impact on the Kazakh legislation

This article describes the modern trend of convergence between the Anglo-Saxon and the Romano-Germanic legal systems. This process has a great influence on the national legal systems of various States. In the course of scientific research was also tracked the impact of such convergence on the legislation of the Republic of Kazakhstan. Great attention is paid to the development of case law in Kazakhstan, the mediation and fiduciary property management. Analysis of the interaction between legal systems showed existing problems about practical implementation of new elements of common law in our country's legal system.

АЗАМАТТЫҚ ҚҰҚЫҚ ЖӘНЕ АЗАМАТТЫҚ-ПРОЦЕССУАЛДЫҚ ҚҰҚЫҚ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

UDC 347.91/95

L.R.Alieva

Y.A.Buketov Karaganda State University (E-mail: alievalyuda@inbox.ru)

To the question on disposal of special proceeding cases in civil process

This article is devoted to the features of disposal of legal cases of special proceeding in civil procedural law. The basic problems arising by disposal of legal cases of special proceeding are considered. The author analyzes the operating civil legislation on special proceeding as one of kinds of civil legal proceedings. The questions arising by disposal of legal proceeding about adoption, and also affairs about the international adoption are investigated. The attention to the problems connected with complaints to notarial actions or on refusal in their fulfillment is paid. Various theoretical positions about considered legal relations are exposed to the analysis also.

Key words: Civil procedural law, special proceeding, civil legislation, civil proceeding, adoption, international adoption, legal capacity, restoration of violated rights, notarial actions.

In civil procedural law quite close attention is paid to problems of institute of special proceeding. However expressed opinions about subject of judicial protection in cases of special proceeding are debatable.

Doctrinal opinions to the solution of an analyzed problem of special proceeding subject began to develop to the middle of the 60th years of the XX century. Practically at the same time professor K. S.Yudelson and N. B. Zeyder noted that the law carries to number of cases raised in protection of «interest protected by the law», all cases of special proceeding therefore in cases of this category interest protected by the law acts as protection subject always, but not the subjective right.

At the same time other point of view on this problem was put forward and proved. In particular, R.Ye.Gukasyan notes that in special proceeding cases, as rule, it is a question not of protection of the right, but about protection of interest protected by the law, and in certain cases the subjective substantive law acts also as a subject of judicial protection, for example at the solution of question on property recognition ownerless and its transfer to state or collective farm property as the court by the judgment not only establishes the fact of recognition of property ownerless, but also decides its legal destiny.

This opinion is finally fixed further by R.Ye.Gukasyan who supplements the list of special proceeding cases, in which subject of judicial protection is subjective substantive law, instead of interest protected by the law (cases on establishment of the fact of possession by a structure on the property right). It is possible to point and to later works in which the point of view about existence of dualism of subject of judicial protection located in special proceeding cases. Division of special proceeding cases into two categories lies in the basis of such point of view:

a) Cases on which the court establishes this or that legal fact, thereby promotes applicants in acquisition of the subjective rights and this most protects their legitimate interests;

b) Cases on existence or absence confirmation at applicants of the unchallenged subjective rights. And cases on establishment of the fact of possession by a structure on the property right and about property recognition by the ownerless carry to the second type of cases of special proceeding. We see that the specified opinion, in effect, far isn't so various with R.Ye.Gukasyan's position as it could seem at first sight. On the contrary, between them not only there is a known communication, but the second can even be called simple updating of the first. The main views of subject of judicial protection in special proceeding cases are that.

Thus, it is possible to speak definitely about existence of double opinion in the science to definition of subject of judicial protection in special proceeding cases: wide and narrow. The scientists adhering to a wide opinion to definition of subject of judicial protection in special proceeding cases come to conclusion that the law carries to number of the cases raised in protection of «legitimate interest», all special proceeding cases (K.S.Yudelson, N.B. Zeyder, D.M. Chechot). For narrow opinion is characteristic to consider a subject of judicial protection in special proceeding cases relating to separate categories of civil cases (R.Ye. Gukasyan) when subject of judicial protection (the subjective substantive law or legitimate interest) is defined relating to disposal of concrete category of cases [1].

There is a problem, being that law enforcement officials don't consider interested persons as the obligatory persons participating in case. R.F. Kallistratova in 1958 wrote about existence «the harmful tendency to consideration of similar cases without call of all interested persons» [2; 89].

A.D. Zolotukhin writes about existence of this problem in his dissertation who specifies that «that other interested persons are potential respondents (M.S.Shakaryan). Only other interested persons can help to define to court establishment of dispute on the right at emergence of dispute on the fact. Participation of other interested persons is defined by the legislator as a rule of special procedure. It follows from this that attraction into process of other interested persons is the obligatory rule defined as a condition» [3; 55].

As it is noted in the theory of civil procedural law, the whole list of cases is wrongly included in structure of special proceeding. The mistake is that case about restriction of legal capacity of the citizen, about recognition of the citizen incapacitated, about restriction or deprivation of the minor at the age from 14 to 18 years of the right independently to dispose of his income; about compulsory hospitalization of citizens in psychiatric hospital and about compulsory psychiatric survey, about introduction of corrections or changes in civil registration, about contest of committed notarial actions or refusal in their commission – initially comprise dispute on the subjective right: civil or public. Therefore, they should be carried respectively to claim proceeding or to proceeding on the cases arising from public legal relationship.

As to the judgment it is necessary to note that, any judgment possesses subjective borders, validity of the judgment extends only on the persons participating in case — «Res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest». The judgment of the special procedure doesn't create prejudice for the persons not involved in adjudication. The person participating in procedure of special proceeding isn't released in other process from averment of circumstances established in procedure of special proceeding.

For a long time scientists of civil procedural law noted that judicial act which has been taken out within special procedure, doesn't create prejudice in disputes on the right with participation of other persons as existence of dispute on the right would interfere to disposal of case in special procedure. Thus, «proofs» extracted within special procedure don't create prejudice in dispute on the right. [4; 70]

At first sight, it deprives of need of appeal of such judicial acts, but only at first sight as sometimes within special procedure cases which shouldn't be considered within special procedure, for example cases on recognition of information materials by the extremist are considered. Therefore the appeal of the judicial act and deprivation of its all-obligation in some cases is the unique effective remedy of protection.

A number of civil procedural scientists consider possibility of restoration of broken rights of the persons which have not been involved in adjudication, by filing of application about revision on again opened circumstances.

For lack of standard regulation of filing of application about revision on again opened circumstances the persons who have not been involved in adjudication, possibility of protection of the rights in such a way remains more theoretical, than practical.

Though it is necessary to notice that filing of application about revision on again opened circumstances looks faster means of restoration of broken rights. When the applicant hid existence of dispute on the right and presence of interested persons from court, the appeal to court of the first instance of the interested person looks more preferable [5; 218].

Cases of special proceeding are various according to the contents, problems connected with these cases are various also.

In our country one of problems the adoption problem is. Protection of the rights and protection of legitimate interests of children, including orphaned children and children without parental custody, is one of the main priorities of policy of our state.

For example, accepting the statement for adoption, the court checks, whether the statement corresponds on form and content to requirements, according to civil procedural legislation. At the same time, on the basis of specifics of cases of this category, it is necessary to pay attention to existence in the statement of data for

adoptive parents, children which they wish to adopt, their parents, requests for possible changes in birth record of adopted children, and also circumstances with which the law connects possibility to be the adoptive parent, proofs confirming them with the annex to the statement of necessary documents.

The development of the modern world community doing by transparent borders between the states, freedom of communication between people of the different countries, nationalities, ethnic groups leads to growth of interest and to our country, including in questions of the international adoption. Adoptive parents are citizens of the USA, Canada, Germany, Spain and the neighboring countries. The priority in questions of adoption is given to citizens of the Republic of Kazakhstan who have the right to adopt the child from the moment of definition of his status as without parental custody.

The international adoption as one of ways of protection of the right of child on upbringing in family, has development and in Kazakhstan. Adoption by foreigners of children without parental custody is allowed only in those cases if it is not obviously possible to transfer these children to upbringing to the Kazakhstan citizens who are constantly living in the territory of Kazakhstan or on adoption to relatives of children irrespective of nationality. Adoption is allowed concerning minor children only in their interests.

The court is obliged within three days from the date of the introduction in validity of judgment about adoption of the child to send an extract from this judgment to Civil Status Registration Office and tutorship and guardianship authority in a place of pronouncement of the judgment.

It is necessary to pay attention that adoption — questions which are extremely delicate and cause the greatest response in the hearts of people. Therefore it is especially important, that all procedure on transition of children to new families occurred in strict accordance with legislation requirements, and the main thing — taking into account the rights and interests of children.

The imperfect Kazakhstan legislation on the international adoption allows possibility of illegal export of the Kazakhstan children abroad. Offered standards of the code «About marriage (matrimony) and family» are urged to solve this problem [6].

In Kazakhstan problem of illegal export of orphan children abroad already long time excites the public, causing concernment on the occasion of further destiny of the adopted kids.

By the Kazakhstan legislation adoption of children by foreign citizens is allowed at observance of a number of conditions, personal participation of future parents in a choice of the child, collection of information and paperwork.

In case of cancellation of the adoption made by foreign citizens there are questions how properly to hand over to the foreign adoptive parents living in the country with which the contract on mutual assistance on family cases isn't signed, copies of the statement and other documents, how properly to inform them on time and an adjudication place, how to return the child back to the country in case of cancellation of the judgment on establishment adoption. Answers to the put questions would allow excluding cases of transfer of children to the persons which are not meeting requirements shown to adoptive parents.

The legislation of majority of countries uses elements of introduction to the personal law of the adoptive parent and adopted in a combination with each other; sometimes it is directly pointed to application and that and other law (for example, in Hungary) [7; 399].

Children, thus, receive as though double protection — and by rules of the foreign legislation (the law of the country of nationality of the adoptive parent), and by rules of the Hungarian legislation. If requirements of this or those of these laws aren't observed, adoption can't take place. The conflict rule of the Code about marriage (cohabitation) and family of the RK is unilateral; it extends only on cases of regulation of a subject to application of family law at adoption of the Kazakhstan children by foreigners in Kazakhstan.

The volume of this conflict rule, i.e. circle of the relations on which it extends, is defined in the most this rule by a way of renvoi to provisions concrete articles of the Code about marriage (cohabitation) and family of the RK. But here it is necessary to mean that the list of articles of Code about marriage (cohabitation) and family of the RK, which observance of rules demands Code about marriage (cohabitation) and family of the RK, includes also articles containing rules, having the procedural character, relating to procedure of adoption; relating to such relations the conflict question doesn't arise at all.

It is a question, in particular, about regulation of an order of disposal by court of cases on adoption; order of the accounting of children who are subject to adoption. Therefore articles which are given in the list of Code about marriage (cohabitation) and family of the RK it is necessary to divide into two categories, allocating what define the sphere of action of considered conflict rule. It is rules defining:

First, possibility of the person to be adoptive parent. So, in Kazakhstan it is necessary: to consider moral and other personal qualities of the adoptive parent (the circumstances characterizing behavior of the applicant on work, in a life, criminal record existence for deliberate crimes, etc.), a state of his health.

Secondly, consent of parents and, probably, other persons on adoption of the child (conditions of consent receiving, its form, the right to withdraw consent, possibility to dispense with such consent).

Thirdly, consent of the adopted child to adoption.

Fourthly, possibility of the child to be adopted.

Fifthly, possibility of cancellation of adoption of the child. It is not mentioned regulations of name, patronymic and surname of the adopted child, change of date and a place of his birth, record of adoptive parents as parents of adopted, legal consequences of adoption of the child, the bases and consequences of cancellation of adoption.

The legislator wasn't limited to the general instruction on application of the Kazakhstan family law at adoption in Kazakhstan of Kazakhstan children by foreigners, and considered necessary to point directly to the corresponding articles of the Code about marriage (cohabitation) and family of the RK, hardly it is possible to extend action of this conflict rule to the relations which are falling outside the limits of the provided list of articles.

The question of the law which is subject to application to cancellation of adoption is especially important in this regard, as in some countries (for example, in Great Britain, France, the USA) reorganization of the child in other family provided but not adoption cancellation at the initiative of the adoptive parent.

In practice the question arises at receipt in Kazakhstan courts of statements of foreigners adoptive parents about cancellation of adoption made by Kazakhstan court earlier, in connection with the defined impossibility of adaptation of the child in their family. In our opinion, from the requirement of the law about application to cancellation of adoption of adopted legislation of country of nationality follows that the Kazakhstan courts should make judgments about adoption cancellation with return of the child to an orphan home.

Thus, the situation on a problem of the international adoption remains open, despite long disputes of the various parties. The imperfect legislation on this problem gives the chance to each participant of process of the international adoption to use loopholes and incorrectness of the law in their purposes and as a whole promotes illegal export of the Kazakhstan children abroad. Absence in the law of the corresponding points, in reference to activity of the international agencies in the territory of Kazakhstan, discredits positive activity of legally operating agencies assisting sick children.

Equally important problem is the problem of incapacitation and restriction of legal capacity. Civil capability is defined in the law as ability of the citizen by his actions to get the civil rights and to create for himself civil duties.

To possess capability — means to have ability personally (through the representative) to make various legal actions: to sign contracts, to issue powers of attorney, etc., and also to be responsible for the done property harm (damage or destruction of another's property, health damage, etc.), for default of contractual and other duties.

On this basis, it is considered to be that capability includes, first, ability to transactions (bargaining power) and, secondly, ability to bear responsibility for wrongful actions (passive dispositive capacity).

However in determination of capability of citizens, it is not told about ability of the citizen by the actions to carry out the civil rights and duties. It is possible to consider it as imperfection of the specified norm for if the citizen can independently get the right; behind it is necessary to recognize and ability to carry out it.

Value of the called category is defined by that capability legally provides active participation of the person in an economic turn, economic life, realization of the rights to possessions, first of all the property rights, and also the personal non-property rights [8; 79–82].

Therefore, the category of capability of citizens presents great value owing to that is legal means of expression of freedom of «sovereignty» of the person in the sphere of the property and personal non-property relations. Court, having established that the members of the family who have submitted the application, acted unfairly for the purpose of obviously unreasonable restriction or deprivation of capability of the citizen, collects from them all court costs.

The judgment by which the citizen is recognized restricted of legal capacity or incapacitated, is the basis for appointment by Child Protection Services to restricted of legal capacity — the curator, and incapacitated — the trustee.

It is difficult to recognize citizen incapacitated in judicial order. Interested persons should show conclusive proofs of that this measure is really necessary. And to cancel recognition of the person incapacitated (restricted of legal capacity) even more difficultly [9; 78].

When the interested person asks to limit capability of his relative and later in the statement asks to cancel restriction of legal capacity. It turns out that they can be covered in a case when someone from relatives turns something to advantage, for example, that citizen temporarily (for example, at the conclusion of the important transaction) was recognized incapacitated and couldn't prevent of. It follows from this that it is necessary to strengthen an order of such measures.

Complaints to notarial actions or to refusal in their commission are too one of cases considered as special proceeding.

Along with loopholes in the legislation and collisions in legal regulation of the ground relations the order is insufficiently accurately stated. At the certificate of transactions with real estate notaries apply standards of the Civil Code of the RK, the Ground Code of the RK, the code of the RK «About marriage (matrimony) and family», the Law of the RK «About notariate», Rules of commission of notarial actions by notaries, Rules on notarial correspondence in the Republic of Kazakhstan, and other legislation. The analysis of notarial practice testifies that at the certificate of transactions with real estate notaries correctly apply standards of the specified laws.

Contracts make sure according to the general rules of the certificate of the transactions, provided by Rules of commission of notarial actions by notaries. Notaries will obtain on demand all necessary documents for the certificate of transactions, namely documents of title on real estate objects, certificates of the registered rights (encumbrances) on real estate and its technical characteristics, in necessary cases and consent of owners [10].

At the same time, at the certificate of separate categories of transactions with real estate there are problems which, first of all, are connected with a current state of the legislation of the Republic of Kazakhstan regulating that or other branch. Imperfection of the legislation also takes place and in questions of lodgement with powers of notaries which testify that the legislator doesn't allocate the notary with powers and doesn't provide possibility to use the right as the tool for high-quality registration of the transaction.

So, at the certificate of contracts of property disposition the lack of consent of the spouse on registration of the transaction will be violation which is necessary for obtaining on demand. In such cases the transactions admit as nude because of false suggestion of the notary that the property isn't participatory property. Notaries aren't allocated with powers on clarification of circumstances of marital status at property acquisition. The notary has no guarantees of receiving reliable information at the solution of this question. An important question at the certificate of transactions is also establishment of capability of the citizen.

At the certificate of transactions the notary must check capability of individuals and capacity of the legal entities participating in transactions is checked too. In case of transaction by the representative his powers are checked. Clarification of capacity of the individual, that is ability the actions to get and carry out his own civil rights, to execute them, consists in authentic establishment of his age, and in certain cases — receiving reliable information about a condition of his psychological health. The condition of mental health of the person is criterion of an assessment of his capability.

The existence of symptoms of any mental disorder or representation to the notary of the reference on a mental disease available for it at the person can't be the basis for refusal by the notary in commission of notarial actions concerning this person. The citizen, who owing to a mental disorder can't understand value of the actions and direct them, can be recognized as incapacitated by the court.

Thus, before removal by court of the judgment on recognition of the person incapacitated, in a type of the specified circumstances, this person has the right to make legally significant actions, including directly addressing to the notary for commission of notarial actions.

If the notary has bases to assume that someone from participants of the transaction owing to mental illness or imbecility can't understand value of the actions or direct them owing to alcohol or narcotic substances misuse puts a family in difficult financial position, and data on recognition of the person by the incapacitated aren't available. After clarification of a question of lack of judgment, the notary reports about the assumption to one of persons or one of the organizations which can bring the question of recognition of the person incapacitated or restricted of legal capacity before court.

In practice of notaries the violations allowed by bodies, giving out the documents establishing the property right meet. The notary in this case believes that provided for transaction registration documents are lawful and proved. Carrying out activity, notaries quite often meet illiteracy and misunderstanding not only citi-

zens, but also representatives of the organizations, including those who should carry out protection of the rights and legitimate interests of citizens.

In the specified cases there is a question of the status of the private notary. So far the question of notariate recognition by the public and legal institute, urged to provide equation of the state and private interests in the sphere of the civil-law relations isn't solved. The private notary should receive the status of the independent representative of the state submitting in implementation of functions assigned to him only to the law. It will mean that the state authorized to carry out of obligations and functions under full professional and property responsibility of the notary.

Such recognition will allow the notary to have the stamp with the image of the State Emblem. It is necessary to eliminate an available contradiction between the functions which are actually carried out by notaries and legal status of the notary as protection of the rights and legitimate interests of citizens and legal entities by commission of notarial actions is function of the state.

Without stopping on questions of the certificate of separate types of transactions, it would be desirable to pay attention to the problems connected with the certificate by notaries of transactions with the land lots. Now contracts on disposition of the land lots belong to category of the most difficult transactions. It is connected, first of all, as with dependence in the existing ground legislation of the number of questions, arising in practice and demanding settlement at legislative level, and to absence of uniform practice according to the certificate of the transactions connected with use of lands.

Synthesis of practice carried out by Republican notarial chamber according to the certificate of transactions with the land lots showed that there are mistakes allowed by notaries which it is possible to divide conditionally into the following groups:

- observance of requirements of the Land Code of the Republic of Kazakhstan (the partition of an indivisible lot, mistakes at transactions with a part of divisible property, disposition of land lot without the corresponding registration of real estate);
- observance of requirements for reclamation of title documents and determination of powers of the owner on disposition of rights belonging to him.
- observance of requirements of the legislation on ensuring the rights of owners, the rights of spouses and the rights of the third parties;
- observance of requirements to content of the contract.

References

- 1 *Klyaus N.V.* Some problems of subject of judicial protection in civil process on cases of special proceeding www.underlaw.ru
- 2 *Kallistratova R.F.* Establishment of the legal facts by court in special proceeding. — Krasnodar: Pub. House of KSU, 2007. — 179 p.
- 3 *Zolotukhin A.D.* Legal proceedings problems on cases of establishment of the facts having legal value in special proceeding. — Moscow: International relations, 2003. — 168 p.
- 4 *Kryuchkov G.K.* Judicial establishment of the legal facts on which emergence, change or the termination of personal or property rights of citizens depends. — M.: Juridical literature, 1986. — 160 p.
- 5 *Ivanova O.V.* The persons who have not been got to take part in the case whose rights are broken by the judgment. — Moscow: Publishing center «Akademiya», 2010. — 340 p.
- 6 The law «About marriage (matrimony) and family» of the Republic of Kazakhstan from December 26, 2011. — № 518-IV www.zakon.kz
- 7 *Skaridov A.S.* International private law. — Moscow: International relations, 1998. — 496 p.
- 8 *Dechenko T., Tanyaylova Yu.* Civil rights and ways of their protection // *Femida*. — 1997. — № 8. — P. 79–82.
- 9 *Pyatiletov I.I.* Features of legal proceedings on cases of recognition of the citizen by the incapacitated. — Moscow: Yurist, 1984. — 151 p.
- 10 The law of the Republic of Kazakhstan «About notariate» from July 14, 1997. — № 155-1 www.zakon.kz

Л.Р.Әлиева

Азаматтық іс жүргізудегі ерекше өндіріс бойынша істерді қарастыру мәселелері

Мақала азаматтық іс жүргізу құқығындағы ерекше іс жүргізу істерін қарастыру ерекшеліктеріне арналған. Ерекше іс жүргізу істерін қарастыру кезінде туындайтын негізгі мәселелер зерттелді. Автор азаматтық сот ісін жүргізудің бір түрі ретінде ерекше іс жүргізу туралы қолданыстағы азаматтық заңнамаға талдау жүргізді. Бала асырап алу туралы, сондай-ақ халықаралық бала асырап алу туралы істерді қарастыру кезінде туындайтын мәселелер қарастырылды. Нотариаттық әрекеттерге немесе оларды жүзеге асырудан бас тартуға шағымданумен байланысты мәселелерге көңіл бөлінген. Сонымен қатар қарастырылатын құқықтық қатынастар туралы доктриналық ілімдер де талданды.

Л.Р.Алиева

К вопросу о рассмотрении дел особого производства в гражданском процессе

Статья посвящена рассмотрению дел особого производства в гражданском процессуальном праве. Показаны основные проблемы по делам особого производства. Автором проанализировано действующее гражданское законодательство об особом производстве как одном из видов гражданского судопроизводства. Исследованы вопросы, возникающие при рассмотрении дел об усыновлении, (в том числе о международном усыновлении). Уделено внимание проблемам, связанным с жалобами на нотариальные действия или на отказ в их совершении. Подвергнуты анализу также различные доктринальные положения о рассматриваемых правоотношениях.

УДК 346.26(574)

А.С.Киздарбекова

Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова (E-mail: alua76@mail.ru)

К вопросу о систематизации законодательства, регулирующего предпринимательскую деятельность

Статья посвящена проблемам развития законодательства, регулирующего предпринимательскую деятельность в Республике Казахстан. Отмечено, что рассматриваемый вопрос является предметом оживленных дискуссий как среди ученых, так и в среде самих предпринимателей, которые возлагают большие надежды на законодателя в части эффективного регулирования отношений в указанной сфере. Определено, что причиной повышенного внимания к вопросам правового обеспечения деятельности предпринимателей, наряду с проблемами правоприменительной практики, стало решение о разработке предпринимательского кодекса. Автором изложена позиция на совершенствование законодательства в сфере предпринимательства.

Ключевые слова: предпринимательство, систематизация, кодификация, концепция проекта, гражданское право, имущественные отношения.

Одним из самых актуальных вопросов в цивилистическом мире в последнее время является вопрос, связанный с систематизацией законодательства в сфере предпринимательской деятельности. Актуальность данного вопроса обусловлена, наряду с проблемами правоприменительной практики в указанной сфере, предложением о реформировании законодательства путем принятия Предпринимательского кодекса. Была разработана одна концепция Предпринимательского кодекса, вторая, затем представлен проект. Вопрос о кодификации предпринимательского законодательства стал предметом обсуждения на различных конференциях как международного, так и республиканского уровня,

были проведены круглые столы, участниками которых были как ученые, так и предприниматели. Мнение большинства ученых сводится к тому, что все признают тот факт, что совершенствовать законодательство в указанной сфере необходимо, но не путем кодификации. В обоснование нецелесообразности разработки и принятия Предпринимательского кодекса приводились различные аргументы — от критики мысли о самостоятельной роли хозяйственного права в системе права до анализа проблем правоприменительной практики в случае принятия Предпринимательского кодекса [1].

Разработчики проекта основываются на следующих аргументах, которые, по их мнению, доказывают необходимость разработки данного кодифицированного акта:

- массив законодательных актов огромен; нет законодательных пределов и гарантий остановки его дальнейшего роста; невозможно удовлетворить каждую новую отрасль или вид предпринимательства «своим» законом. Налицо процесс измельчания, дробления предметов законов;
- нужна единая понятийная и методологическая база для всех нормативных правовых актов, которыми регулируются предпринимательская деятельность и предпринимательские отношения;
- нет единых «правил игры» для всех предпринимателей, и в первую очередь для начинающих предпринимательскую деятельность; господствует принцип «прибыль любым путем», от которого зачастую страдают потребители;
- гражданский кодекс перестал быть стержнем всего частного, в том числе предпринимательского законодательства, о чем свидетельствует бурный рост специализированных законов, регулирующих предпринимательскую деятельность, а также пополнение ГК нормами, не относящимися к частно-правовым, — корпоративными, организационными и пр. Гражданский кодекс перестает быть актом прямого действия, поскольку значительная часть его положений является нормами отсылочными;
- в Гражданском кодексе, по определению, не могут находиться нормы, определяющие основы взаимодействия предпринимателей и государства, стимулирующие государственно-частное партнерство, формы и направления государственного регулирования предпринимательской деятельности, начала функционирования объединений предпринимателей и др.;
- ГК устанавливает единые правила для привлечения к гражданско-правовой ответственности предпринимателей и обычных потребителей, но такой подход нарушает основополагающий принцип хозяйствования о повышенной ответственности предпринимателя [2; 201, 202].

Рассматривая данные аргументы, следует заметить, что предпринимательская деятельность на сегодняшний день весьма многообразна. Рыночная экономика создает довольно благоприятные условия для проявления инициативы предпринимателя. Удовлетворение спроса на товары, работы и услуги может происходить в различных формах. С каждым годом эти формы порождают новые виды предпринимательской деятельности. И вся эта деятельность нуждается в правовом регулировании. Поэтому разрастание массива нормативных актов, регулирующих предпринимательскую деятельность, — процесс закономерный. В рамках одного закона невозможно предусмотреть все тонкости осуществления различных видов предпринимательской деятельности. И вызывает большое сомнение та уверенность, которую высказывают авторы Концепции предпринимательского кодекса, считающие, что урегулировать все виды предпринимательской деятельности возможно в рамках одного Предпринимательского кодекса. Утопичность данного решения подтверждает опыт Украины. Так, например, как указывает профессор Н.С. Кузнецова, «в четырех статьях ХК, посвященных ценным бумагам, не содержится каких-либо особых положений, относящихся к правовому режиму, ... последний определяется в специальном законе. ... Аналогичная законодательная конструкция используется во ... многих других статьях Хозяйственного кодекса» [3; 48]. Таким образом, Предпринимательский кодекс не остановит дальнейшего роста массива законодательных актов, регулирующих предпринимательскую деятельность. Претендуя на роль специального закона, он не станет таковым, нарушив существующее взаимодействие общих и специальных норм, регулирующих данную сферу, поскольку придется устанавливать соотношение не только Гражданского кодекса и специальных законов в сфере предпринимательства, но и каждого из них с Предпринимательским кодексом как специальным кодифицированным законом, связывающим Гражданский кодекс и другие специальные законы в сфере предпринимательства. И уж тем более Предпринимательский кодекс не удовлетворит каждую новую отрасль и вид предпринимательства, если ее или его невозможно удовлетворить даже «своим» законом. Если рассматривать дальнейшую судьбу Хозяйственного кодекса Украины, то попытки согласовать два кодекса — Гражданский и Хозяйственный — не принесли желаемых резуль-

татов, вследствие чего Кабинет Министров Украины поручил Минюсту подготовить проект закона, который будет определять единые правовые и организационные принципы хозяйственной деятельности и регулировать отношения, возникающие между субъектами. Предусматривается, что со вступлением в силу этого закона утратит силу Хозяйственный кодекс Украины, кроме глав 8 «Государственные и коммунальные унитарные предприятия» и 12 «Объединения предприятий» II раздела [4; 90]. Так что вернулись к тому, с чего начали.

Если говорить о единой понятийной и методологической базе для всех нормативных правовых актов, которыми регулируются предпринимательская деятельность и предпринимательские отношения, то для начала необходимо определить, что такое предпринимательские отношения и какие отношения возникают при осуществлении предпринимательской деятельности. Любая деятельность, включая предпринимательскую, направлена на приобретение и использование каких-либо благ, удовлетворяющих потребности человека, а именно имущественных благ, в частности, дохода, прибыли. Удовлетворение спроса на товары, работы и услуги происходит путем заключения и исполнения договоров купли-продажи, подряда, возмездного оказания услуг, перевозки, хранения и др. Кроме того, субъектами предпринимательской деятельности выступают коммерческие юридические лица. Нормы, так или иначе затрагивающие предпринимательскую деятельность, рассредоточены по всем разделам ГК, а также во множестве других законов и нормативных правовых актов гражданского законодательства. Соответственно, предпринимательские отношения — это имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников, которые возникают между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, и выступают предметом гражданско-правового регулирования. Отношения с участием предпринимателей, регулируемые гражданским правом, подчиняются особому общедозволительному методу регулирования: «разрешено все, что прямо не запрещено законом».

Наряду с гражданскими отношениями в предпринимательской сфере существуют отношения по государственному регулированию и контролю в сфере предпринимательства, основанными на власти и подчинении, которые возникают между государством в лице его органов и должностных лиц и являются предметом публично-правового регулирования. Среди таких отношений могут находиться и отношения, по сути, являющиеся имущественными, но основанными на административном или ином властном подчинении одной стороны другой. К таким отношениям, в том числе к налоговым и другим бюджетным отношениям, гражданское законодательство не применяется, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами. Такие отношения подчиняются разрешительному началу регулирования: «можно только то, что прямо предписано законом».

Таким образом, гражданское право охватывает существенную часть отношений в области осуществления предпринимательской деятельности. Именно поэтому предпринимательское право в узком смысле понимается как часть, подотрасль гражданского права, хоть и не обособленная в виде отдельного раздела, как другие подотрасли, но сосредоточивающая нормы вокруг специального субъекта — предпринимателя, в широком — как комплексная отрасль права.

Определяя место коммерческого права в системе гражданского права, В.Ф. Попондопуло, определяет его как функциональную подотрасль гражданского права. Критерий выделения коммерческого права в системе гражданского права (отношения с участием специального субъекта — предпринимателя), указывает он, сходен с критерием выделения международного частного права в системе гражданского права (отношения, осложненные иностранным элементом). Другие подотрасли гражданского права (вещное право, обязательственное право, право интеллектуальной собственности, наследственное право) являются предметными подотраслями, так как выделяются в системе гражданского права по содержанию регулируемых отношений [5; 25].

В западных странах к сфере предпринимательского права относятся любые нормы, регулирующие экономические отношения и затрагивающие интересы предпринимателей. Такое широкое понимание предпринимательского права не требует ограничения его предмета рамками отрасли права. Поэтому в данном случае к предпринимательскому праву относятся и такие нормы, которые в традиционном понимании (разделение на отрасли права) являются источниками других правовых отраслей, далеких от предпринимательства (например, экологическое, земельное, трудовое право). К ним относятся, в частности, требования к очистным сооружениям, санитарно-эпидемиологические требования [6].

В этой связи возникает вопрос: насколько целесообразно объединение в одном кодексе противоположных по своему содержанию отношений, даже с целью выработки единого понятийного аппарата

та или единой методологической базы Выработать единый метод для этих отношений невозможно. А в рамках существующих отраслей эти методы для данных отношений имеются.

Говоря о единых «правилах игры» для всех предпринимателей, следует отметить, что они должны быть действительно таковыми. Прежде всего, это должно касаться взаимоотношений власти и бизнеса. Проблема правового регулирования предпринимательской деятельности сегодня состоит в том, что нарушается баланс норм частного и публичного в регулировании отношений, по своей природе являющихся частными. Основополагающими принципами гражданского права являются свобода волеизъявления и равенство участников. Но заключенные в гражданском праве возможности не используются в полную силу, поскольку к примеру, налоговым, финансовым, банковским и другим законодательством установлены различные ограничения для отдельных субъектов. Потребители страдают не от того, что предприниматель этого хочет — он поставлен в такие условия, когда, вложив деньги в производство продукции, не реализовав ее, т.е. не получив доход, он уже должен заплатить налог за произведенную продукцию. Кроме того, публичным интересом отягощены некоторые классические конструкции, например, договор купли-продажи — правилами о государственных закупках. Неравенство субъектов демонстрируют и льготы, предоставляемые отдельным субъектам предпринимательской деятельности, например, субъектам малого предпринимательства. Данный подход вытекает из политики государства по защите и поддержке малого бизнеса. Но, вступая в эти отношения, субъект изначально знает, что эти отношения носят алеаторный характер и, соглашаясь на этот риск, субъект принимает на себя всю ответственность за свою предпринимательскую деятельность. Следует признать, что предприниматели в условиях рыночной экономики являются независимыми товаровладельцами (частными собственниками) и не могут действовать иначе, кроме как реализовывать свои частные интересы путем совершения самостоятельных, инициативных действий на свой риск и под собственную имущественную ответственность. Следовательно, правовое оформление их деятельности не может быть никаким иным, кроме как частноправовым. Необходимо расширять сферу гражданского права, а не сужать ее путем включения норм публичного права или отсеечения отдельных норм в искусственно созданные отрасли права. Конечно, развитая предпринимательская деятельность немыслима без публично-правового контроля и ряда необходимых разумных ограничений, которые, в известной мере, сужают частноправовые права и свободы предпринимателей, но вовсе не отменяют их и не изменяют их юридической природы. Особенности отношений в предпринимательской сфере и их правового регулирования «не меняют природы коммерческого права как частного, не отменяют действия общих принципов частного права» [5; 35].

А в гражданском праве, даже при наличии разумного публично-правового контроля и ряда необходимых ограничений, есть механизмы, способные обеспечить «единые правила» для всех участников предпринимательской деятельности.

Гражданский кодекс — основной законодательный акт, объединяющий нормы частного права, включая и те из них, которые отражают особенности предпринимательской деятельности. Гражданский кодекс является своеобразным стержнем частного права и занимает центральное место среди источников предпринимательского права как наиболее стабильный акт, гарантирующий предпринимателю наиболее стабильные условия деятельности, вокруг которого группируются специальные законы и подзаконные акты, регулирующие предпринимательскую деятельность. Это, в частности, выражается в том, что «нормы гражданского законодательства Республики Казахстан не могут противоречить основным началам гражданского законодательства Республики Казахстан» (п.2 ст.3 ГК РК). Наличие прямых отсылок к конкретным законам в Гражданском кодексе следует воспринимать как деятельность законодателя по повышению роли законов в регулировании отношений в сфере предпринимательской деятельности:

- во-первых, исключено регулирование соответствующих отношений подзаконными актами;
- во-вторых, сфера прямой законодательной регламентации существенно расширена;
- в-третьих, предусмотрено создание системы согласованных конкретных законов, опирающихся на единую законодательную базу.

Гражданское право включает в свой состав ряд специальных норм, рассчитанных на применение исключительно к отношениям с участием предпринимателей. К ним, в частности, относятся правила об имущественно-правовом статусе предпринимателей, коммерческом представительстве, особенностях возникновения и исполнения обязательств при осуществлении предпринимательской деятельности. Однако специфика выступления в имущественных отношениях предпринимателей не исключает, а предполагает применение к этим отношениям общих положений гражданского права, например,

о юридических лицах, вещных правах, сделках, обязательствах и др. Если говорить о включении норм корпоративного права в ГК, то, по мнению цивилистов, включение в Гражданский кодекс статей об акционерных обществах является весьма важным [7; 31]. Важность такого подхода определена А.Л.Маковским, который указывает, что этим предопределяется основное содержание самого закона об акционерных обществах и решается вопрос о подчинении соответствующих отношений общим положениям Гражданского кодекса: «Сразу становится ясно, что этот закон из сферы гражданского права, не применяйте его нормы отдельно от норм Гражданского кодекса» [8; 688].

Наряду с гражданскими отношениями, как это было указано выше, в предпринимательской сфере существуют отношения по государственному регулированию и контролю в сфере предпринимательства, основанными на власти и подчинении, которые возникают между государством в лице его органов и должностных лиц и являются предметом публично-правового регулирования. Среди таких отношений могут находиться и отношения, по сути, являющиеся имущественными, но основанными на административном или ином властном подчинении одной стороны другой. К таким отношениям, в том числе к налоговым и другим бюджетным отношениям, гражданское законодательство не применяется, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами. Часть таких отношений урегулированы нормами Закона «О частном предпринимательстве» от 31 января 2006 г., в связи с чем нет необходимости разрабатывать для их специального урегулирования кодифицированный акт, остальные урегулированы соответственно нормами налогового и финансового законодательства. Существование таких отношений и их взаимодействие с имущественными отношениями в сфере предпринимательского права, составляющими предмет гражданского права, нами уже было отмечено.

Говоря об основополагающем принципе хозяйствования о повышенной ответственности предпринимателя, следует отметить, что гражданско-правовая ответственность в сфере предпринимательской деятельности является разновидностью юридической ответственности предпринимателей, заключающейся в обязанности нарушителя гражданских прав и обязанностей, возникающих в процессе осуществления им предпринимательской деятельности, претерпевать в добровольном либо принудительном порядке нежелательные имущественные последствия в виде лишения гражданских прав или возложения новых или дополнительных гражданско-правовых обязанностей в пользу лица, права которого нарушены.

Мы уже отмечали, что для достижения максимального эффекта правового регулирования в сфере предпринимательства необходима *разумная* соразмерность между публичными и частными интересами, которая «не меняет природы коммерческого права как частного, не отменяет действия общих принципов частного права» [5; 35].

Баланс публично-правовых и частноправовых интересов в качестве специального принципа гражданско-правовой ответственности выступает в двух аспектах: содержательном (социально-правовом, материальном) и формальном (техничко-юридическом). Под содержательным аспектом следует понимать объективно существующие интересы, определенную шкалу ценностей (благ), на получение которых направлены действия субъектов. Сюда относится решение вопросов о том, каковы приоритеты этой шкалы, т.е. какой интерес подлежит первоочередному удовлетворению, от чего зависит такая пропорция, при наличии каких объективных и субъективных условий она существует и сохраняет значимость с точки зрения целей и задач правового регулирования.

Техничко-юридический аспект должен проявляться в соответствующих средствах выражения достигнутого баланса на уровне законодательных актов, в том числе в формулировании целей законопроекта, его принципов, общих положений, а также конкретных предписаний [9].

Сейчас такой баланс соблюдается не в полной мере. Основные понятия, относящиеся к определению оснований гражданско-правовой ответственности в сфере предпринимательской деятельности, сформированы и применяются в контексте публично-правовой культуры. Поэтому признак публичности гражданско-правовой ответственности получил доминирующее значение в процессе осмысления категорий «вина» и «риск». В результате получены выводы относительно того, что ответственность субъекта при осуществлении предпринимательской деятельности несоизмеримо выше, чем у всех других участников гражданского оборота.

Такое отступление от юридического равенства обычно пытаются оправдать с позиции еще не устоявшихся рыночных отношений, поскольку при развитой рыночной экономике повышенная ответственность предпринимателей неприемлема, дискредитирует законодателя, а потому порок этой конструкции, как правило, должен быть устранен. Однако ориентиром почему-то все равно остается публично-правовая культура. Ценности же частноправовой культуры, составляющие часть правового

наследия, воспринятого современными правовыми системами ряда европейских государств, во внимание практически не принимаются.

И этому тоже находится объяснение. Правопорядок охраняется государством. Именно публичные аспекты в результате их теоретического осмысления послужили основой для традиционных в отечественном правоведении определений понятия юридической ответственности, выявления ее принципов и функций. Тем самым создана своеобразная «публичная система координат» юридической ответственности, в которую гражданско-правовая ее разновидность включается обычно с оговорками, так как имеет ярко выраженное отличие — презумпцию вины (вместо обычной для публичной сферы презумпции невиновности).

Между тем, если в вопросах гражданско-правовой ответственности в сфере предпринимательской деятельности последовательно руководствоваться принципом баланса публично-правовых и частноправовых интересов, то необходимо учесть не только аспект внешнего принуждения, но и внутренние этические компоненты, моральные критерии и оценки делового оборота. При такой постановке вопроса корректно классическое прочтение понятия вины в отношениях с участием предпринимателей как несоблюдения того поведения, которое требуется правом, включая надлежащую меру заботливости обычного предпринимателя. Другими словами, в сфере применения гражданско-правовой ответственности в сфере предпринимательства важно не только внешнее принуждение, но и внутренне свободное убеждение заботливого предпринимателя, его «моральное самообязывание» проявлять такое же рвение, прилежание к интересам контрагентов, как и к своим собственным. Таким образом, то, что мы называем повышенной ответственностью, на самом деле связано с мерой заботливости. Тем самым на предпринимателя, по существу, возложен риск ответственности за ненадлежащую меру заботливости, т.е. он, помимо прочего, рискует еще и настолько, насколько такую заботливость не проявил.

В современной правовой трактовке риск нейтрален по отношению к морали, тогда как вина имеет определенную этическую сторону. Именно такая разнопорядковая сущность не позволяет с достаточной степенью корректности говорить о том, что вина является частным случаем риска, их нельзя отождествлять. Экономическая же интерпретация риска в предпринимательстве ближе к моральным аспектам, что в большей степени соответствует классическим правовым представлениям о риске у юристов Древнего Рима. Такое осмысление предполагает баланс публично-правовых и частноправовых начал, проявляемый, в свою очередь, через соотношение категорий самостоятельность — добросовестность — вина — риск. Если воспринимать их только с позиций внешнего принуждения, то получим, действительно, теорию «виновного начала с исключениями», а при попытке объяснить существование таких исключений — различные трактовки вины и риска, обсуждение неких новых оснований гражданско-правовой ответственности в сфере предпринимательства. Если же обратиться к первоначальному, классическому для всей цивилистики смыслу названных категорий, выявленному, по существу, римскими юристами, то гражданско-правовая ответственность в отношениях с участием предпринимателей уже не будет представляться «повышенной».

Таким образом, вопросы систематизации законодательства в сфере предпринимательской деятельности требуют дальнейшего детального анализа.

References

- 1 The enterprise code as the tool of disorder of legal system of Kazakhstan: The collection of articles / The editor-in-chief M.K.Sulejmenov. — Almaty: The Caspian public university, 2011 — 228 p.
- 2 The concept of the project of the Enterprise code of Republic Kazakhstan // The Enterprise code as the tool of disorder of legal system of Kazakhstan: Col. Articles / Editor-in-chief M.K.Sulejmenov. — Almaty: The Caspian public university, 2011. — P. 201.
- 3 *Kuznecova N.S.* Once again to a question on ordering of the economic (enterprise) legislation: myths and realities of the Economic code of Ukraine // Enterprise code as the tool of disorder of legal system of Kazakhstan: The collection of articles / The editor-in-chief M.K.Sulejmenov. — Almaty: The Caspian public university, 2011. — P. 48.
- 4 *Kornilyk O.* Uniform rules for businessmen // Accounts department. — 2008. — № 44. — P. 90–96.
- 5 *Popondopulo V.F.* The commercial (enterprise) right. — Moscow: Norm, 2008. — 800 p.
- 6 Civil law: in 4 b. B.1. The general part / under the editorship of E.A.Suhanova. — Moscow: Volters Kluver, 2008. — 816 p.
- 7 *Karagusov F.S.* Bases of the corporate right and the corporate legislation of Republic Kazakhstan. — Almaty: Bastau, 2011. — 248 p.
- 8 *Makovsky A.L.* new civil codes of the states-participants CIS: stability and transitive character of regulation // Makovsky A.L. About codification of civil law (1922–2006). — Moscow: The Statute, 2010. — 736 p.

9 Chamidulina F.I. Civil-law responsibility of subjects of enterprise activity: The dissertation ... can. of jurisprudence. — Kazan, 2005. — 186 p.

А.С.Қыздарбекова

Кәсіпкерлік қызметті реттеуші заңнама жүйесі туралы мәселеге

Мақала Қазақстан Республикасындағы кәсіпкерлік қызметті реттеуші заңнаманы дамыту мәселелеріне арналған. Қарастырылатын сұрақ ғалымдар, сондай-ақ кәсіпкерлер арасында қызу пікірталас тудырады, соның ішінде көрсетілген аяда қатынастарды тиімді реттеуде заңшығарушыға үлкен үміт артады. Құқықты қолдану тәжірибесінің мәселелерімен қатар, кәсіпкерлік қызметті құқықтық қамтамасыз ету сұрағына үлкен көңіл бөлуіне кәсіпкерлік кодексті өңдеу туралы шешім себеп болды. Автор кәсіпкерлік аясында заңнаманы жетілдіруге байланысты көзқарасында өз ұстанымын баяндады.

A.S.Kizdarbekova

To the question on systematization of legislation adjusting entrepreneurial activity

Given article is devoted to problems of progress of the legislation adjusting entrepreneurial activity in the Republic of Kazakhstan. The given question is subject matter of the spirited debate both among scientists, and among businessmen which put hopes upon the legislator regarding effective regulation of relationship in the specified area. The decision on formation of the enterprise code became the reason for enhanced attention to questions of legal guarantee of businessmen activity alongside with problems of law enforcement practice. In offered work the author states the position in a sight at perfection of the legislation in area of business.

ӘОЖ 333.187.44

Р.А.Тоқатов

Е.А.Бөкетов атындағы Қарағанды мемлекеттік университеті (E-mail: tokatov77@mail.ru)

Франчайзинг шартының қалыптасуының теориялық аспектілеріне жалпы сипаттама

Кәсіпкерліктің инновацияға негізделуі осы заманғы талапқа және тұтынушылар сұранысына сай қызметтер мен тауарлар ұсынысымен шартталатынын ескерсек, ол салада инновациялық тәсілдемелерді, ерекшеліктерді қолдану қажет. Сондықтан да әсіресе шағын және орта бизнес саласында маңыздылықты атқаратын франчайзингтік жүйенің ролі зор. Франчайзинг арқылы кәсіпкерлік саланың дамуына «тың» әрі жаңа серпін беруге болады, әлемге танымал, сапалы болып саналатын беделді сауда маркаларындағы өнімдердің отандық нарыққа енуі және де оларды өндіру бойынша тәжірибелілікті меңгеру жас мемлекетіміздің экономикасын жандандыруға жаңа мүмкіндіктердің бірін қамтамасыз етеді. Мақалада осы франчайзинг шартының қалыптасуының теориялық аспектілеріне жалпы сипаттама берілген.

Кілтті сөздер: франчайзинг, кәсіпкерлік, бизнес-жоба, сауда маркасы, технология, ноу-хау, айрықша құқықтар, кәсіпорын, компания, шаруашылық субъектілер, франчайзингтік бизнес, әлемдік экономика, Халықаралық франчайзинг ассоциациясы, антитрастік заңдылығы, халықаралық сарапшылар, бизнес алпауыттары, инвестициялау.

«Франчайзинг» термині француздік «franchise» сөзінен туындай отырып, «жеңілдік, ерекшелік, қатысу құқығы» мағынасын білдіреді, бұл — өзін-өзі ақтаған, сыналған технологияларды игеру, әйгілі, атақты тауар маркасын қолдану, жаңа істі жүргізу бойынша оқудан өту және сол қызмет ету барысында қажетті кеңестер алу мүмкіншілігін меңгеру. Яғни, әйгілі кәсіпкерлердің біреуі (франчайзер) өздерінің тауарларын, қызметтерін өткізу нарықтарын кеңейту және басқа да нарықтарды жаулап алу арқылы жалпы табыстылық мөлшерін ұлғайту үшін «бизнес-жобаның»

үлгісін (сауда маркасын, технологиясын, ноу-хауын және т.б. айрықша құқықтарын енгізе отырып) әзірлеп, оны пайдалану құқығын нарықта жылдам танымалдылық пен табыстылыққа қол жеткізуді көздеген, басқа бір кәсіпкерге (франчайзифға) белгілі бір төлемдік негізде ұсынуын (өткізуін) қарастырады.

Осы екі кәсіпкердің (кәсіпорынның, компанияның, шаруашылық субъектілердің) арасындағы қатынастық жағдайдың түпкі мақсаты екі жақтың да белгілі бір пайда алуын көздеуден туындап отыр. Сондықтанда франчайзингтік қатынастардың жиынтығы, негізгі мақсаттары пайда алу болып саналатын кәсіпкерлік қызметті сипаттайды. Осы сипат франчайзингтік қызмет арқылы өз кәсіптерін құрушы шаруашылық субъектілердің іс-әрекеттерімен байланысты болғандықтан, «франчайзингтік бизнес» ұғымы қалыптасады. Франчайзингтік бизнес кәсіпкерліктің бір саласы тұрғысында, өзіне франчайзингтік қатынастарға тиесілі барлық белгілерді, ерекшеліктерді енгізеді. Осы атағанымыздай, франчайзинг бизнесті ұйымдастыру мен дамытудың қазіргі заманғы үлгісі ретінде қалыптасқандықтан, алдымен, жалпы «кәсіпкерлік» ұғымы мен оған қатысты сипаттамаларды қарастырғанды орынды санаймыз [1].

Кәсіпкерлік феномені ерте кезден бері әлеуметтік-экономикалық ғылымның назарын аударуда. Жалпы өркениеттің дамуы мен азаматтық қоғам мен құқықтық мемлекеттің қалыптасуы, адамдардың жеке тұлғалық идеяларының пайда болуы мен оны іске асыру қажеттілігі, жеке меншіктік қызметпен шұғылданушылықтың өріс алуы, нарықтық экономика механизмдерінің кең таралуы кәсіпкерлік қызметтің пайда болуы мен бекуіне себеп болды.

Алғашқыда «кәсіпкерлік» *тәуекелділік* сөзімен берілсе, ал кәсіпкер тауарлар мен қызмет өндірісіне байланысты туындайтын сол тәуекелділікті және жауапкершілікті өз мойнына алатын тұлға ретінде сипатталды. Ричард Кантिलлон 1725 жылы кәсіпкерлікті тәуекелділікті қабылдаушы қызметпен байланыстырып, бірақта кәсіпкерлерді капитал салымын қамтамасыз ететін және меншіктік еңбек пен ресурстарды қолданушы тұрғысында жіктеп қарастырған. Кәсіпкерлік әр түрлі елдерде бірқатар тұлғалармен 800 жылдың көлемінде әрқалай түсіндіріле отырып, ғылыми әдебиеттерде оның мазмұны әр түрлі талқылануда.

Франчайзингтік бизнестің бүгінгі мәнін айқындайтын түп негіздің қалыптасуына шолу жасайтын болсақ, оның пайда болуы мен дамуы 500 жылдан астам уақытты қамтиды деген жорамал бар. Ағылшын тілінің Оксфордтық сөздігі «franchising» 1559 жылы корольдердің өз қол астындағы адамдарына, ақсүйектеріне ұсынған құқықтарының жиынтығы ретінде сипатталса, ал «franchises» олардың сауда жүргізу үшін орны тұрғысында түсіндірілген.

Осы түсінікті жете қарастыратын болсақ, бұл жағдайдағы барлық меншік иесі билік басында отырған патшаға тиесілі болғандықтан, оның ұсынған айрықша құқықтарынан белгілі бір кәсіпкерлік қызметтегі іс-әрекеттер туындай қойғаны екіталай болса да, франчайзингтің «айрықша құқықтарды ұсыну, жеңілдіктер беру, ерекшелікті таныту» белгілері қолданылған. Яғни, франчайзинг басқарудың бір формасы тұрғысында сипатқа ие болып, басқарушының тапсырысын бұлжытпай әрі жылдам орындағандарға, оның бекіткен ережелерін бұзбағандарға «жылы көзқарас» таныту мақсатында жеңілдікті ұсынушылықпен сипатталған.

Осы сияқты ежелгі гректер мен римдіктерде бір-бірлеріне қару-жарақ пен киім-кешекті франчайзи желісі арқылы саудаласқан деген жорамал бар. Орта ғасырларда, мысалы, Англия королі өзінің ақсүйектеріне салық жинау құқығын ұсына отырып, олардың осы атқарған қызметтері үшін, жинақталған түсімнің бір бөлігін қалдырған. Сонымен қатар жәрмеңкелер өткізу, базарларды ұйымдастыру, паромдар, су көліктерімен адамдарды тасымалдау, аң аулау, жолдар салу немесе ағылшын сырасын өндіру құқықтарын сатып алу мүмкіндіктері болған. XIX-шы ғасырдың басында сол Ұлыбританияда «байланыстырылған үйлер» жүйесі енгізілген. Оның негізінде белгілі бір өнімдермен сауда жүргізу құқығын арнайы лицензиясы бар керуен сарайлар (қонақтар тоқтап, дем алатын жер) иелеріне ұсынылған. Осындай меншік иелерінің бірқатары керуен сарайларды лайықты деңгейде ұстап, лицензия төлемдерін төлеуге қаражаттарды иемдене алмаған. Сондықтан да сыра қайнатушылар керуен сарай иелеріне қарызға қаражат пен жалға өз мүліктерін ұсына отырып, есесіне оларға өз сыраларын және басқа да өнімдерін өткізуде франчайзингтік жүйені қолдана білген. Тағы да бір осы аталғанға ұқсас жоба, XV-ші ғасырда Испания патшаймы Христофор Колумбқа, оның ашқан жерлеріне үстемдік құрып, сауданың дамуынан белгілі бір пайданы алу құқығын ұсынған. Осы дәйектемелер, франчайзингтің басқарушылық формасынан, бизнесті ұйымдастыру мен дамытуда мүдделілікті арттыратын құрал тұрғысында және де XIX-шы ғасырдан бастап өндіруші

кәсіпкерлердің өз өнімдерінің нарықта тұрақты түрде сатылуына септігін тигізетін іскерлік жүйе ретіндегі сипаттамасын анықтайды. Негіздемеміздің дәлелі ретінде, яғни франчайзингтің коммерциялық қызметпен сипатталып алатынын алғашқы мысалдарының бірі, XIX-шы ғасырдың орта шенінде Германияда байқалғандығын атап өтуге болады. Бұл кезеңде немістің сыра ашытушылары өздерінің ерекше өнімдерін таверна меншік иелерінің сатуына құқықты беру бойынша өзара шарт жасаған. Осы дәйектемеге байланысты «франчайзинг» терминінің қолданылып, франчайзингтік қатынастардың арнайы құжатпен рәсімделуінің бизнестік үрдісті танытқан мерзімі ретінде 1840 жыл саналған [2].

Әлемдік экономиканың дамуымен байланысты, франчайзинг тұжырымдамасы да өзгеріп отырғандығын Халықаралық франчайзинг ассоциациясының мәліметтерінен байқай аламыз. Осыған байланысты франчайзингтің экономикалық қатынас тұрғысындағы тұжырымдамасын келесідей топтастыруға болады:

1840–1880 жылдар. Бұл кезеңде франчайзинг құрылып, өріс ала бастаған өндіруші компаниялардың кәсіпкерлік қызметін жандандырушы құралы іспеттес болған. Іс тігетін машина өндірумен айналысатын «Зингер», сусындар өндірісімен айналысатын «Кока-Кола», автомобиль индустриясының негізін қалаушылар «Дженерал Моторс», «Форд» американдық компанияларының өз өнімдерін кең тарату мақсатында сауда маркалары мен технологияларын франчайзингтік негізде ұсына бастауын келтіреміз. Бұл компаниялардың франчайзингтік қызметінің негізі, тауарларын өндіру мен саудаласудың ерекше құқығын белгілі бір аумақтағы тәуелсіз дистрибьюторлар мен кәсіпорындарға төлемдік шартта ұсынуларымен сипатталған. Осы кезеңді франчайзингтік бизнестің алғашқы қағидалары мен түп негіздерінің қалыптасуының бастамасы тұрғысында қарастыруға болады. Өйткені аталған компаниялар бұрын шығындар мен тәуекелділіктің жоғарғы деңгейіндегі факторларымен сипатталатын жаңа территорияларды қиындықсыз меңгеруге мүмкіндік беретін, қазіргі заманғы франчайзингтік мәмілелердің түпнұсқасы саналатын, франчайзингтік өзара шарт арқылы кәсіпкерлік қызметті дамытуды қолға алған.

1880–1950 жылдар. Американың және алдыңғы қатарлы елдердің (Германия, Ұлыбритания және т.б.) кейбір қалаларының көше тасымалдаушыларына монополиялық франшизаны, сонымен қатар кәріз құбырлар жүйесін пайдалануға және де су, газ, соңыра электр қуаты жүйелерін қолдануға франшиза ұсыныла бастады. Екінші дүниежүзілік соғыстан кейін тауарлар мен қызметтерге қажеттілік арта бастап, қонақ үй, мейманханалық-туристік секторлар мен қоғамдық тамақтандыру индустриясының тез дамуы үшін франчайзинг өте қолайлы, әрі табысты бизнес үлгісі болып саналды.

1950–1990 жылдар. Бұл кезең франчайзингтік қатынастар арқылы бизнес үрдісінің жылдам екіпінділікпен дамуын айқындайды. Осы мерзімде сүт коктейлі өндірісі үшін аппараттар сатушысы Рэй Крок, ағайынды Макдональдтармен басқарылатын «Сан-Бернардино» жылдам қызмет көрсетуші паркинг-дәмханасының бизнес франшизасына құқықты сатып алып, қазіргі уақытта әлемге танымал тамақ индустриясының ірі желісін құрғандығын айта кеткен жөн.

1990–2005 жылдар. Америка және экономикасы дамыған әлемнің алдыңғы қатарлы елдерінде франчайзингтік компаниялардың үлесі жалпы нарықтың сауда көлемінің жартысына жуық мөлшерін қамтыды. 2003 жылдың басына әлемнің алдыңғы қатарлы 40-қа жуық елінде 1,6 млн франчайзиларды иемденген 16490 франчайзерлер 23 млн адамдарды жұмыспен қамти отырып, жылдық айналымы 1,5 млрд долл. құрайтын франчайзингтік бизнестің қызмет атқаруын қамтамасыз еткен.

Франчайзингтік бизнестің даму эволюциясына көз жүгіртсек, алғашқында (1840 ж.) франчайзинг сол кезеңде өз кәсіпкерлік қызметін жандандыруды көздеген компаниялардың бизнес құралы іспеттес болса, бертін келе (1880 ж.) тек қана жеке меншік компаниялар емес мемлекеттік, аймақтық, жергілікті әкімшілік мекемелер мен қызмет көрсету саласындағы кәсіпорындардың іс-әрекеттерінде қолданыла бастаған, ал өткен ғасырдың орта шенінен бастап саналы түрде бизнестерін дамытуды көздеген қазіргі заманғы кәсіпорындардың қалыптасуындағы үлгілік сипатты танытса, ал 90-шы жылдардан бастап, франчайзингтік бизнес әлемнің алдыңғы қатарлы елдерінің экономикасында сала тұрғысында дамушылыққа қол жеткізіп, кәсіпкерлікті жандандырудың жаңа үлгісі ретінде толықтай көрініс тапқан.

Жоғарыдағы эволюциялық өзгерістер франчайзингтік бизнестің қалыптасып, дамуы франчайзингтік қатынастар арқылы қатысушы жақтардың мүдделіктерін енгізетін қызметтердің үрдісімен тығыз байланыстылығын айқындайды. Осы франчайзингтік қатынас, фирмалық атауды және саудалық белгіні иемденуші-кәсіпорын «франчайзердің», өзінің фирмалық белгілерін қолдануға құқықты «сатқан» кәсіпкерлер мен кәсіпорындар (құқықты қолданушы) «франчайзи» арасындағы қарым-қатынастан туындай отырып, сол берілетін құқықтар кешенін

«франшиза» ретінде қарастырған орынды. Осы қарым-қатынас белгілі бір реттілікпен, ережелерді қарастыратын франчайзингтік өзара шарт бойынша бекітілуі міндетті. Осыған байланысты, француз тілді елдердің бірқатарында «франчайзинг» терминімен қатар, «contrats de franchise, contrats de franchissage» терминінің қолданылып, түпкі мағынасы «франчайзинг өзара шартын» білдіруі өте маңызды. Франчайзинг франчайзингтік желі арқылы, франчайзингтік жүйе негізінде, франчайзингтік қатынастарды орнату нәтижесінде бизнесті ұйымдастыру мен дамытудың жаңа үлгісі тұрғысындағы сипатқа толықтай ие болды.

Франчайзингтен объективті түрде үшінші мүдделі жақ — қатардағы тұтынушы, тапсырыс беруші клиент те ұтады. Оларға бір-бірінен айырмашылығы жоқ арнайы фирмалық сауда мен сервис орындарында емес, жеке-даралық шартта бірнеше франшизалық мекемелерде тауарлар мен қызметтер ұсынылады. Франчайзинг франшизалық желілерді «сырттан», «бөтендерден» келетін бәсекеден қорғасада, франчайзиға қызмет көрсету мен сауданың жағымды шарттарын туғыза отырып, басқа да франшизалық территориялардан өздеріне тұтынушыларды тартуға шектеу қоймайды.

Франчайзингтің дамуынан, жалпы алғанда, қоғам да ұтады. Франчайзинг азғантай ғана қаржылық құралдарды иемдене отырып, өзінің жеке меншіктік бизнесін құруды армандайтын бірқатар адамдардың, қызметтік тәжірибесі мол әріптестермен біріге отырып, сол арман-мұраттарының орындалуына тамаша мүмкіндік береді. Нарықтық қатынастардағы елдердің әлеуметтік-экономикалық дамуының қазіргі заманғы үрдісі франчайзингтік жүйенің әлеуетті қатысушылар санын ұлғайтуда. Олардың қатарында ғылыми-техникалық прогрестің нәтижесінде экономика саласында жұмыссыз қалғандар немесе қызметінен кеткен, босатылған әскери қызметкерлер, зейнеткерлер, үй шаруашылығындағылар, мамандықтары бойынша жұмысқа тұра алмаған оқу орындарының түлектері, иммигранттар және де т.б. атап өтуге болады. Олар франчайзингтік жүйеде бейімділікті танытып, қазіргі заманғы мемлекеттің әлеуметтік тірегі — қоғамның орта табын күшейте отырып, меншіктік мүліктері бар шағын кәсіпкер санын толықтыруда. Франчайзи жергілікті нарықтың конъюнктурасы мен ерекшеліктерін нақтырақ білуі, маңызды түрде жағымды фактор болып саналады. Бірдей уақытта оған тауарды өткізуден түскен табыстың белгілі бір пайызы аударылып отырады. Жеке меншіктік сауда және өндірістік орындарды ұйымдастыруға қарағанда, аса көп емес салымдар қажет етіледі. Бұдан басқа мағынасы айқындалмаған түрде бірқатар артықшылықтар бар: франчайзи «бөтен» сауда белгісімен жұмыс істей отырып, оның құнының өсімін қамтамасыз ету арқылы, белгілі бір пайдалылықты игереді [3].

Ағылшын тілінің оксфордтік сөздігінде (1933ж.) былай деп көрсетілген: *franchising* дегеніміз — 1559 жылы патша тәжімен сыйға тартылған епископтардың барлық құқықтары мен міндеттері, ал *franchises* — жәрмеңкелер, базарлар және сауда-саттық үшін бөлініп берілген өзге де жерлер. Орта ғасырларда Британияда патша барондарға әр түрлі қызметтерге, мысалы, әскерге жауынгерлер жіберіп тұру міндетіне айырбас ретінде белгілі территорияларда салықтар жинау құқығын беретін болған. Еркін адамдарға өз тауарларын қала аумағындағы базарлар мен жәрмеңкелерде сатуға рұқсат (франшиза) берілді. Қазіргі күннің өзінде Ұлыбританияда жәрмеңкелер өткізуге, базарлар ашуға, көпір салуға құқықтар беретін ежелгі франшизалар сақталған [4].

Тағы да бір мысал ретінде XII ғ. лондондік Ситиде гильдия жүйесінің құрылуын келтіруге болады. Көбісі мысал ретінде пабтар (сыра барлары) жүйесін келтіреді, алайда бұл жеңілдетілген кәсіпкерлік жүйесінің көптеген элементтері жоқ сатып алу туралы эксклюзивтік шартқа көбірек ұқсайды.

Егер нақты құқықтық терминдерді қолдансақ, «франшиза» сөзі патша атынан құқықтарды беруді, ал кейбір мемлекеттерде, мысалы, АҚШ пен Австралияда, сот органдарының тұжырымдамаларына сәйкес «франшиза» сөзі мемлекеттік билікпен құқықтардың берілуін білдіреді.

Франчайзингтің қазіргі кездегі тәсілдері XIX ғасырда АҚШ-та азаматтық соғыстан кейін тігін машиналарын шығаратын «Зингер» компаниясы (Singer Sewing machine company) дилерлік торабын құрғаннан кейін өз бастауын алды. 1800-ші жылдардың ортасында Америкада Зингер өзінің компаниясына ең бәсекелестік бағалар бойынша сауда жасауға мүмкіндік беретін сериялы өндірісті өрістетті. Алайда бір орында тігін машиналарына орталықтандырылған қызмет көрсетуді және бұзылған бөліктерін ауыстыруды ұйымдастыру экономикалық тұрғыдан тиімсіз болып шықты. Қаржылық жағынан тәуелсіз фирмаларға белгілі территорияда тігін машиналарын сатуға және оларға қызмет көрсетуге айрықша құқықтар беретін франчайзингтік жүйе құрылды. Бұл алғашқы франшизалар өзінің мәні бойынша талап етілген жағдайларда машиналарға қызмет көрсету жөніндегі

франчайзидің (дилердің) қосымша міндеттері көзделген әрекет етуші дистрибьюторлық келісімдер болып табылған.

Ұқсас жүйені 1898 жылдан бастап «Дженерал Моторс» (General motors) компаниясы қолдана бастады. Бұл жүйе бойынша дилерлердің өзге өндірушілердің машиналарын сатуға құқығы болмады және олар қызмет көрсетудің жоғары деңгейін қамтамасыз ету және франшиза сатушы фирманың имиджін қолдау үшін іске өздерінің капиталын салуға міндетті болды. Бұл жүйе қазіргі күннің өзінде автокөліктерді сатудың негізгі әдісі болып табылады.

«Дженерал Моторстың» үлгісі бойынша «Рексол» (Rexall) өзінің дәріханаларын ашуға франшизаларды тиімді сатып отырды.

Франчайзинг қазіргі күнге дейін «Кока-кола» (Coca-Cola), «Пепси» (Pepsi), «Севен-ап» (7-UP) компанияларымен шыныдағы алкогольсіз сусындар жасау өндірісінде тиімді қолданылып келеді. Франшизаның арқасында бұл компаниялар қойылтылған шырынды бір орталықтан өндіруге және оны жергіліктік бөлшектеп сатуды басқаратын франчайзилердің меншігіндегі зауыттарға тарату мүмкіндігін алды. Франчайзилердің фирмалық шыныларды сатып алу және фирмалық тауар белгісін пайдалану құқықтары болған [5].

XX ғ. басында автокөліктер мен алкогольсіз сусындар франчайзингтік іс-әрекеттің катализаторына айналды деп айтуға болады.

1920-шы жылдары АҚШ-та бизнесті ұйымдастыру нысаны ретіндегі франчайзинг идеясы «көтерме саудагер — жеке сатушы» қатынастар жағына ойысты. Көтерме саудагер (франчайзер) жеке саудамен айналысатын кішігірім ұйымдарға көптеген жеңілдіктерден қосымша пайда табу, сауда фирмасының маркасын пайдалану және оған қоса өз тәуелсіздігін сақтап қалу мүмкіндігін берді. Ұлыбританияда франчайзингтің бұл типін «Спар» (Spar) және ВГ (VG Grocery stores) бакалеялық дүкендер қолданды.

1930-шы жылдары, экономикадағы дағдарыстан кейін, АҚШ-та мұнай өндіруші кәсіпорындар өз жанар-жағармай станцияларын басқаруды франчайзингтік жүйеге көшірді. Бензоколонкаларды франчайзилерге жалға бере отырып, олар рента алып отырды және компанияның имиджін өсірді, ал франчайзилер бағаларды жергілікті жағдайларға сәйкес белгілеу құқығын алды. Нәтижесінде машина отынын сату деңгейі едәуір өсіп, кіріс деңгейі ұлғая түсті.

1940-шы жылдары белгілі американдық кәсіпкер Говард Джонсон франчайзингті жол бойы мейрамханаларын ұйымдастыруда қолданды.

Франчайзингтік жүйенің қалыптасуының және дамуының ең көрнекті және сенімді мысалдарының бірі болып қазіргі кезде жедел қызмет көрсету саласының даусыз лидері ретінде қарастырылуы мүмкін «МакДональдс» (McDonald's) фирмасының қызметі табылады. 1940-шы жылдардың аяғында кішігірім жол бойы кафесінің иелері ағайынды Ричард және Морис МакДональдтар клиенттерге қызмет көрсетуді жақсартудың және, сәйкесінше, кірісті ұлғайтудың тиімді әдісін тапты: олар мәзірдегі тағамдар санын үшке дейін азайтып, технологияны конвеерлік жүйенің негізінде стандарттады және тағамдарды дайындауды ұйымдастырудың рецептурасын бір ізге салды. Мұндай ұйымдастыру тиімділікті арттырып, шығындарды азайтты. Осындай кәсіпорындар жедел қызмет көрсету саласында көптеп ашыла бастады.

АҚШ-та франчайзингтің қарқынды дамуына 1946 жылы қабылданған тауар белгілері туралы заң мүмкіндік туғызды. Кәсіпкерлер қосымша табысты өзге кәсіпорындарға өздерінің тауар белгілерін заңның жан-жақты бақылауымен және қорғауымен пайдалануға беру өз бизнестерінің шектерін қосымша үлкен шығындарсыз кеңейту мүмкіндіктерінің болуының арқасында тапты.

Кәсіпкерліктің бұл нысанының тұрақты түрде дамуы 1950-ші жылдардың аяғы мен 1960-шы жылдарда байқалды: қазіргі франчайзерлердің онының тоғызы бизнеске 1954 жылдан кейін келді. Аталған кезеңде франчайзингтік жүйе бөлшектеп сатудың жаңа салаларына таралып, жедел қызмет көрсету кәсіпорындарының дамуының жоғары қарқынын қамтамасыз етті.

АҚШ-та танымал және кең таралған франчайзинг нысандарының қарқынды дамуына сәйкес жол шаруашылығын, автожөндеу және бензин құю жүйелерін құруды, демалу, тұрмыс және қызмет көрсету өндірісін ұйымдастыруды талап еткен халықтың жаппай автомобилизациялануы, жоғары сапалы штаттаралық автомагистральдер торабының салынуы, тұрақты қарқынды миграциялық және туристік ағымдардың пайда болуы түрткі болды. 1950-ші жылдары «Кентукки фрайд чикенс», кейінірек «Пицца-хат» сияқты қуатты франчайзерлермен біріктірілген әлемге әйгілі қоғамдық тамақтандыру «империялары» пайда болды. Қонақ үй бизнесінде «Хилтон», «Шератон», «Холидей-инн» сияқты франчайзинг «алыптары» кең танымал болды [6].

1960-шы жылдардың екінші жартысында АҚШ-та шағын бизнестің ел экономикасындағы ролі және маңызы туралы сұрақ ең алғаш рет үкіметтік деңгейде көтеріліп, 1969 ж. шағын бизнес істері жөніндегі Басқарма (Small Business Administration) құрылды. Осы кезден франчайзинг үлкен өндірісте және тауарлар мен қызметтерді өткізу жүйесінде шағын бизнесті пайдалану әдісі ретінде қарастырыла бастады. Франчайзингті зерттеу және насихаттау бойынша арнайы шаралар қабылданды. 1970 ж. Калифорнияда франшизалық инвестициялау туралы заң қабылданғаннан кейін Үкімет пен Конгресте ұзақ талқылау жүргізілді. Нәтижесінде бизнес сферасындағы заңдылықты толықтыратын құжаттар қабылданды. Осылайша АҚШ-та франчайзингтің дамуына қажетті заңдық орта қалыптастырылды.

Франчайзингтік қатынастардың дамуындағы нағыз қарқынды кезең 1970-ші жылдары АҚШ-тың антиконтрасттік заңдылығы оның жолында тұрған негізгі кедергілерді жойғаннан соң басталды. 1970 ж. франчайзинг негізінде жұмыс істейтін кәсіпорындардың сатылым көлемі 100 млрд долл. құрады, бұл АҚШ-тағы бөлшектеп сатудың жалпы сомасының 25%-нан артық. 1975 ж. франчайзингтің көлемі екі есе ұлғайды, 1984 ж. АҚШ-тың барлық дүкендеріндегі сауда көлемінің үштен бірі (500 млрд долл.) франчайзингтік фирмалар арқылы жүзеге асырылды. 1988 ж. АҚШ-та экономиканың 45 саласында 416878 «бірлік» — франчайзилерді біріктіретін 3 000 франчайзер-компаниялары әрекет етті. «Бірліктерге» бензин құю станциялары, автомектептер, әр түрлі техниканы прокатқа алу пунктері, әмбебап және мамандандырылған дүкендер, жөндеу-құрылыс кәсіпорындары, кәсіпкерлерге арнайы сервистік, маркетингтік және консалтингтік агенттіктер, емдеу-сауықтыру орталықтары, сән және косметикалық салондар, дәріханалар, жұмыс күшін қайта даярлау орталықтары, іздестіру бюролары, үйде қызмет көрсету жөніндегі агенттіктер, мектепке дейінгі тәрбиелеу топтары және орталықтары, саяхат агенттіктері, кір жуатын үйлер, риэлтерлік агенттіктер, компьютерлік қызмет көрсету, тұрмыстық, электр және электрондық аппаратураны жөндеу жөніндегі пунктер, жартылай көтерме сауда дүкендері және т.б. жатады. Олардың барлығы франчайзингтік қауымдастықтың орталығы ролін атқаратын өз саласының флагмандарының бірінің фирмалық атауын немесе коммерциялық белгісін пайдаланады.

1990-шы жылдары АҚШ-та бөлшек сауданың және қызметтердің айналымының 40 % франчайзингтік жүйе бойынша жұмыс істейтін фирмалардың үлесіне тиесілі болды. Көптеген белгілі мамандардың болжамдарына сәйкес, франчайзинг ХХІ ғасырда шағын бизнесті дамытудың басым күші болады. Белгілі болжаушы, «Мегатрендтер» атты кітаптың авторы Дж. Несбит франчайзингті ХХ ғ. пайда болған тауарлар мен қызметтерді нарықтарға таратудың «жалғыз ең тиімді концепциясы» деп атады [7].

Бүгінде франчайзинг АҚШ-тың жалпы ұлттық өніміндегі ұлттық байлықтың 13 %-ын береді. Жұмыс беруші ретінде франчайзинг 7 млн астам жұмыс орнын қамтамасыз етеді.

Бизнесті ұйымдастыру және жүргізу әдісі ретінде франчайзинг ХХ ғ. соңғы он жылдықтарында экономикалық даму деңгейі әр түрлі елдерде кеңінен таралды. Қазіргі кезде көптеген елдердің экономикасы әр түрлі франчайзингтік жүйелерге кіретін фирмалардың тұрақты жұмыс істеуіне едәуір дәрежеде тәуелді.

АҚШ өзінің трансұлттық корпорациялары арқылы франчайзингтің ең ірі экспортеріне айналды. «Кока-кола», «Пепси», «Фанта», «Макдональдс», «Пицца-хат», «Хилтон», «Шератон» және т.б. көптеген американдық корпорациялар-франчайзерлер шетелде жергілікті кәсіпкерлер-франчайзилерді таңдап алып, оларды алдыңғы қатарлы технологиялармен қамтамасыз етеді, бизнесті жүргізудің қазіргі кездегі тәсілдерін үйретеді, бұл жергілікті ұлттық кәсіпкерліктің қалыптасуына ықпал етеді. Кейіннен жергілікті ірі ұлттық компаниялар франчайзерлерге айналып, өз кезегінде мемлекеттік шекаралардан аса бастайды [8].

Түсінікті себептермен франчайзинг Канадада кең таралды: 1986 ж. бұл елде 60 000 «бірлік»-франчайзилерді біріктірген 1440 компания-франчайзерлер (240-американдық) әрекет етті. Бірқатар өзге мемлекеттер бойынша бұл көрсеткіштер: Жапонияда (1988 ж.) — 619 франчайзер және 102 397 «бірлік»; Ұлыбританияда (1990 ж.) — 379 және 18 620, Францияда (1991 ж.) — 600 және 33000, Испанияда (1991 ж.) — 200 және 20 000. Австралия үкіметі жүргізген зерттеулердің нәтижелері бойынша, 1989 ж. бұл елдегі франчайзерлердің саны бір миллион халыққа шаққанда 13,9 (АҚШ-та сәйкес көрсеткіш — 8,4), бір миллион халыққа шаққандағы франчайзилердің саны 671 (АҚШ-та — 1456).

Франчайзингтік жүйенің дамуы экономиканың масштабтарымен тығыз байланысты. ХХ ғ. алғашқы онжылдықтарында АҚШ-тың масштабтары бойынша үлкен нарығы мен географиясы

максималды түрде жергілікті кәсіпкерлердің белсенділігін, интеллектуалдық және материалдық ресурстарын орталықсыздандырылған бақылау схемаларымен үйлестіре пайдалануға мүмкіндік беретін басқару жүйесін еугізуді талап етті. Нарығы ұлттық территорияларға бөлшектелген Еуропада франчайзингтік қатынастардың қарқынды дамуы 1980-ші жылдары біртұтас экономикалық кеңістіктің қалыптастырылу кезеңінен басталды. Қазіргі кезде Еуропада франчайзингтің қалыптасуына және дамуына Еуропалық қауымдастық мүмкіндік жасап отыр. Алайда, АҚШ-пен салыстырғанда, Еуропада қазірдің өзінде тілдік кедергілер, ұлттық мәдениеттердің (әсіресе тауарлар мен қызметтерді тұтынумен байланысты ұлттық дәстүрлер мен дағдылардың), бизнесті ұйымдастырудың нысандары мен әдістерінің ерекшелігі мәселелері бар. Еуропалық одақ елдерінде бизнесті жүргізу ережелерін реттейтін заңдарды бірегейлендіру жөніндегі айтарлықтай іс-шараларға қарамастан, қазіргі кездің өзінде заңдылықтарында франчайзингтің жылдам таралуына кедергі келтіретін ерекшеліктер сақталып келеді [9].

Басқару жөніндегі халықаралық сарапшылардың болжамдары бойынша, келесі онжылдықтар шағын бизнесті ұйымдастырудың және басқарудың бұл әдісінің екпінді даму кезеңі болады. Халықаралық франчайзинг ассоциациясының (International Franchising Association) сарапшылары франшизалық жүйелердің жылдам дамуына және ғаламдануына алғышарттар жасайтын келесі факторларды атап көрсетеді:

1. Дәстүрлі бағыттардағы (жылдам тамақтандыру, минимаркеттер, қонақ үйлер, автокөліктерді жалға беру) франшизалық жүйелердегі сатылым көлемдерінің өсу қарқынының түзелуі. Бұл салалардың әрқайсысында ғаламдық масштабта белгілі сауда маркаларына ие санаулы компаниялар басымдыққа ие болады.

2. Ұлттық экономикаларда және тұтастай дүниежүзілік экономикада қызмет көрсету секторының жылдам өсуінің жалғасуы. Халықаралық франчайзинг ассоциациясының арнайы зерттеуіне сәйкес қызмет көрсету сферасында мамандандырылу жалғасады. Тұрған үйлерге жөндеу жұмыстарын жүргізу, дизайнерлік жобаларды жүзеге асыру, тұрғын үйлермен қамтамасыз ету саласындағы қызметтер, тәрбиелеу және білім беру саласындағы қызметтер бизнес-қызметтердің кейбір түрлерімен қатар франчайзинг қолданылатын бірінші кезектегі салаларға айналады.

3. Кішігірім фирмалар бір бірімен бірігіп, бірақ ақыр аяғында бизнес алпауыттарының құрамына қосылатын бірігу және қосылу процестерінің белсенділігі. Корпоративті Америка франшизалық жүйелерге инвестициялау объектісі ретінде жоғары қызығушылық танытуда.

4. Тәуелсіз шағын кәсіпкерлердің франшизалық жүйелерге қосылу тенденциясының күшеюі. Бұл процесс екі бағытта жүреді: франшизалық жүйелер тәуелсіз операторларды тарту арқылы өздерінің ықпал ету сферасын кеңейткісі келсе, екінші жағынан, тәуелсіз шағын кәсіпкерлер белгілі сауда маркасына ие фирмаларға қосылу арқылы өздерінің бәсекелестік қабілеттілігін арттыру жолдарын іздестіруде.

5. Ғаламдану. Франчайзингтік компаниялар, басым түрде американдық, ХХ ғ. соңында әлемдік нарықтарға белсенді шыға бастады. Мысалы, соңғы онжылдықта «Макдональдс» халықаралық экспансия есебінен ғана өзінің операторларының санын екі есе ұлғайтып, американдық нарықта 12–13 мың кәсіпорын әрекет етеді. Берілген көрсеткіш бойынша бұл фирманы АҚШ және Канада нарығында оның тұрақты бәсекелесі — «Сабвей» қуып жетті. Бір мезгілде, алайда айтарлықтай кіші масштабтарда, АҚШ-та шетел сауда маркаларына негізделген франшизалық жүйелер пайда бола бастады. Мысалы, қытай тағамдарының немесе славяндық бәліштер негізіндегі жылдам тамақтандыру жүйелері.

6. Кемелденген басқару тұжырымдамалары мен жүйелерінің қалыптасуы. Қазіргі кездегі франчайзинг көшбасшыларының көпшілігі 1975 ж. кейінгі кезеңде қалыптасты. Бұл компаниялардың өсіп, кемелденуіне қарай өзге жүйелерден ерекшеленетін корпоративті мәдениет қалыптасып, басқару нысандары мен әдістері белгіленуде.

Франчайзинг дамыған елдерде қоғамның әр түрлі қызметтерге қажеттілігін қамтамасыз ету құралы ретінде ғасырлар бойы пайдаланылып келсе де, біздің экономикамыз үшін ол жаңа құбылыс болып табылады. Орталықтандырылған экономика жағдайында тауарлар мен қызметтер өндірушілер арасында бәсекелестік болмағандықтан, тауар белгісін ұсыну қолданылмаған.

Қазіргі кезде де Қазақстанда франчайзингтік қатынастар кең таралған жоқ, бірақ өз қызметін франчайзингтік жүйе негізінде жүзеге асыратын бірқатар фирмалар бар. Оларға «Фуд Мастер», «Сэт», «Кока-кола боттлерс», «Филипп Моррис», тағы басқалар жатады.

References

- 1 *Sabden O.S., Toksanova A.N.* Small entrepreneurs management theoretical and practice issues. — Astana: Elorda, 2009. — P. 308.
- 2 *Zemlyakov D.N., Makashev M.O.* Franchising. Integration forms of business: Textbook. — Moscow: Unity-Dana, 2010. — 142 p.
- 3 *Lebedev I.T.* Russian's Franchising: Myths and realities: Textbook. — St.Petersburg: Vektor, 2006. — 160 p.
- 4 *Financial and Organizational consulting — Franchizing as develop of business.* — Moscow: Akademkniga, 2009. — 11 p.
- 5 *Sosna S.A., Vasilyeva E.N.* Franchizing Commercial Consessing. — Moscow: TKC. Akademkniga, 2005. — 375 p.
- 6 *Private interpreneurship: basic define, theory and practice: Textbook.* — Moscow, 1994. — 143 p.
- 7 *Stenword D., Smith B.* Franchizing in small business / Translating from English of Pavlova N.N. — Moscow: Unitu, 1996. — 200 p.
- 8 *Philip F. Zaidman.* Franchizing. — Washington: Rudnik company, 1998. — 80 p.
- 9 *Yanovskaya U.M.* New method doing business – franchising // Work at abroad. — Moscow: Norma press, 1997. — № 3. — 35–42 p.

Р.А.Тоқатов

Общая характеристика теоретических аспектов формирования договора франчайзинга

В статье отмечено, что предпринимательство должно основываться на инновации, так как требования потребителей и товарные запросы данного времени обуславливаются инновационными методами. Одним из инновационных методов развития экономики считается договор франчайзинга. Определено, что в сфере малого и среднего бизнеса система франчайзинга выполняет большую роль. Доказано, что на основе франчайзинга осуществляется дальнейшее развитие сферы предпринимательства, на отечественном рынке производятся авторитетные мировые товарные марки, также открываются новые возможности дальнейшего развития экономики. Автором описаны общие теоретические аспекты формирования договора франчайзинга.

R.A.Tokatov

Common characteristic of theoretical positions of franchising contract's formation

Entrepreneurship must base on nowadays laws, also must correspond on consumer's requests and goods requests rely on bases and principles in this sphere. There are little and medial business sphere franchizing system is very important. Based on franchizing development of sphere gives new wave, oecumenical, global celebrity and reconnoitre good product to homeland market, and also help to develop practice to young government, to develop economy. In this article I describe general apprehension aspect theory of franchizing treaty.

ҚЫЛМЫСТЫҚ ПРОЦЕСС ЖӘНЕ КРИМИНАЛИСТИКА УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

УДК 343.147

Л.К.Аренова

Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова (E-mail: www200762@mail.ru)

Актуальные вопросы производства религиозной экспертизы

Отмечено, что исследование актуальных вопросов производства религиозной экспертизы необходимо рассматривать с позиций криминалистической и психологической наук в связи с их значимостью в практическом и теоретическом аспектах. Определены место веры и религиозных воззрений в светском обществе, их влияние на формирование и изменение поведения человека в социуме. Установлено, что при криминалистической характеристике преступлений террористической и религиозно-экстремистской направленности, их доминирующих элементов назначение и производство религиозной экспертизы являются доминирующими, так как определяют соответствие объектов религиозной экспертизы национальному перечню запрещенных религиозных организаций.

Ключевые слова: религия, религиозная экспертиза, нетрадиционные религиозные конфессии, экспертное заключение, объект религиозной экспертизы, материалы, представляемые для исследования при производстве религиозной экспертизы.

Религиозная экспертиза, ее назначение и производство как процесс выявляют с практических и теоретических позиций определенные вопросы о разработанности не только понятия такой экспертизы в целом, но и ее правового статуса как вида экспертизы, степени разработанности конкретных рекомендаций по ее назначению и производству, составу экспертов и их полномочиям, а также относительно объекта исследования — механизма признания материалов, предметов религиозного назначения экстремистскими.

В настоящее время вопросы, связанные с назначением и производством религиозной экспертизы, являются достаточно дискуссионными и сложными не только с позиций практического исполнения, но и, в большей степени, теоретической разработанности самого понятия религиозной экспертизы и организационно-административных начал, в плане определения ее правового статуса, субъектов исследования и соответствия возможных объектов религиозной экспертизы только лишь национальному перечню запрещенных религиозных организаций, что значительно ограничивает задачи, поставленные перед религиозной экспертизой.

Религия как необходимость человеческого бытия в современном обществе из гаранта духовного развития и залога сохранения традиционных ценностей, культуры, традиций и права все чаще стала преобразовываться в орудие и мотивы преступлений, способных разрушить устои государства и общества. Например, в ноябре 2011 г. Сарыаркинский райсуд Астаны приговорил шестерых членов запрещенной международной экстремистской партии к лишению свободы на срок от четырех до семи лет. По материалам уголовного дела было установлено, что участники ячейки запрещенной международной экстремистской партии планировали устроить несколько терактов и лишить сограждан светского уклада жизни, заменив республику на Халифат. Организатор ячейки несколько лет назад побывал в г.Казани (Татарстан), где пережил серьезную промывку мозгов в террористической группировке, а вернувшись в РК, начал преступную деятельность с вербовки помощников. В съемную квартиру под предлогами бытового характера приглашались разные люди. Пришедших убеждали: «ислам — это хорошо, а христианство — плохо, женщин надо обязать носить хиджабы, а мужчин — тюбетейки».

Кроме того, провозглашалась идея исключительности, превосходства и неполноценности граждан по религиозному признаку, расовой принадлежности и даже языку. Новых adeptов снабжали запрещенной литературой на казахском и русском языках, показывали слушателям видеозаписи с террористами, убитыми федеральными войсками на Кавказе.

Также сообщается, что намеренно проводились разговоры о том, что «пора поднять бунт и устроить джихад, а чтобы дезорганизовать полицейских, взорвать в первую очередь здания правоохранительных органов» [1].

В соответствии с заключением экспертов, в действиях осужденных имеются побудительные конструкции, направленные на насильственное изменение конституционного строя, признаки возбуждения национальной и религиозной вражды, содержатся высказывания негативно-оценочного характера по отношению к другим нациям.

Анализ эксперта-политолога свидетельствует, что изъятые запрещенные материалы к исламу не имеют никакого отношения, а его каноны трактовались искаженно.

17 мая 2011 г. в результате взрыва бомбы в здании департамента КНБ Актюбинской области пострадали три человека, сам смертник погиб на месте [1].

Необходимо отметить, что интерес к религиозной сфере со стороны общества достаточно возрос в настоящее время. Прежде всего, это вызвано социально-экономическими и политическими изменениями, произошедшими в последние десятилетия в Республике Казахстан, которые существенно повлияли на морально-психологическое состояние общества.

Возрос интерес к религиозной деятельности, свободе вероисповедания, подразумевающей заинтересованность различных религиозных течений и культов нетрадиционного характера в экспансии на территории стран СНГ с целью набора adeptов, что повлекло усиление религиозной активности в обществе. Это способствовало резкому увеличению роста религиозных объединений, в том числе деструктивной направленности, появилось много религиозных центров, мистических культов, в особенности исламского толка, возникших на основе ислама.

Adept [от лат. *adeptus* — достигший] трактуется в двух определениях: как посвященный в тайны какого-либо учения, религиозного культа, секты и как ревностный приверженец какого-либо учения. [2; 308].

По данным Национального центра культуры и религий при АДР по состоянию на 1 января 2012 г., в Казахстане действуют 4479 религиозных общественных объединений, в том числе 2756 — мусульманских, 1256 — протестантских, 303 — православных, 87 — католических, 27 — иудейских, 5 — буддийских. Нетрадиционных религиозных конфессий насчитывается свыше 2000 [3].

Многие нетрадиционные религиозные организации различной конфессиональной направленности — протестантские и евангельские («Адвентисты Седьмого Дня», «Церковь Грейс», «Свидетели Иеговы»), восточные религии («Бахаи», «Общество сознания Кришны», «Аум Синрике»), исламского типа («Аль-Каеда», «Алля Аят», «Ата жол», «Братья мусульмане», «Боз Гурд», «Хизб-ут-тахрир аль-ислами», «Движение талибан», «Джамаат моджахедов Центральной Азии»), — научные культы («Саентология», «Дианетика», «Нью-Эйдж»), сатанисты и молодежная контркультура, появившиеся в последние годы не только в Республике Казахстан, но и странах постсоветского пространства, как правило, используют такие формы деятельности, которые не только нарушают права личности, но имеют признаки конкретных преступных деяний и являются деструктивными.

В настоящее время в национальный перечень запрещенных в Казахстане террористических и экстремистских структур включено 15 организаций, среди которых только «Аум Синрике» относится к восточной религии, а остальные — исламской направленности.

Однако угроза распространения нетрадиционных религиозно-культовых идей отмечается не только со стороны указанных выше религиозных структур, деятельность которых носит, очевидно, деструктивный характер, но и религиозных организаций, не входящих в национальный перечень, хотя в отношении которых имеются не только материалы проверок правоохранительных органов, но и возбужденные уголовные дела по различным преступным проявлениям.

Как правило, деятельность нетрадиционных религиозных организаций связана с физическим и психологическим насилием над личностью и наносит непоправимый вред психическому и физическому здоровью человека, а также представляет серьезную угрозу национальной, государственной безопасности государства.

Деятельность нетрадиционных религиозных организаций имеет латентный характер, в том числе и по распространению исповедуемых идей посредством печатных изданий, аудиозаписи и видеоматериалов.

териалов, иллюстрирующих вероучение и соответствующую ему практику (богослужения, религиозные обряды, церемонии и паломничество), аудио- и видеоматериалов богословского и религиозно-образовательного содержания (кроме анимационных, игровых (художественных) фильмов), а также материалов и литературы религиозного содержания, предметов религиозного назначения.

Однако религия как духовная потребность, идеологическая составляющая государства является закрепленным конституционным правом на свободу вероисповедания, и законодательно предоставляется возможность для деятельности религиозных организаций, в том числе нетрадиционного характера. Это определяет не только актуальность и социальную значимость исследования проявлений религии и ее влияния на общество, но и порождает ряд сложных проблем в части дозволенного и запрещенного в подобной деятельности, что послужило основанием для появления такого действия, как религиоведческая экспертиза.

Религиоведческая экспертиза, ее назначение и производство как процесс государственного регулирования в сфере религиозной деятельности позволяют выявить с практических и теоретических позиций определенные проблемные вопросы о разработанности не только самого понятия религиоведческой экспертизы в целом, но и ее правового статуса как вида экспертизы, о степени разработанности конкретных рекомендаций по ее назначению и производству, составе экспертов и их полномочиях, а также относительно объекта исследования — механизма признания материалов, предметов религиозного назначения экстремистскими.

Производство религиоведческой экспертизы осуществляется в целях установления соответствия учредительных документов, а также других документов религиозного содержания, духовных (религиозных) образовательных программ, информационных материалов религиозного содержания и предметов религиозного назначения действующему законодательству в государстве [4].

Однако на современном этапе в Республике Казахстан, как равно и в других странах СНГ, религиоведческая экспертиза не имеет определенного правового статуса, не включена в перечень судебных экспертиз. Являются достаточно сомнительными ее производство, назначение и компетенция лиц на соответствие с законодательным требованиям и экспертным исследованиям.

В настоящее время в Республике Казахстан религиоведческая экспертиза не наделена правовым статусом, т.е. не имеет установленных нормами права положения ее субъектов, а также совокупности их прав и обязанностей. Также религиоведческая экспертиза не входит в официальный перечень судебных экспертиз в Республике Казахстан, не является одним из видов судебных экспертиз, что существенно отличает её от иных видов судебной экспертизы (например, психиатрической, судебно-медицинской, почерковедческой и пр.).

Это профанирует ее и характеризует как дилетантство, значительно снижая степень серьезности выводов в большей степени для заинтересованных в прохождении экспертизы религиозных организаций, что служит для таких структур поводом для споров не только в судебном порядке, но и в средствах массовой информации. Такой фактор воспрепятствует достижению задач уголовного процесса и делает невозможным установление истины по уголовным делам без использования объективных выводов экспертных исследований.

Привлечение общественных объединений и богословов к проведению религиоведческой экспертизы также не имеет под собой ни теоретической, ни законодательной, ни практической основы, что нарушает принципы производства любого рода экспертизы, тем более религиоведческой.

Привлечение к участию в производстве религиоведческой экспертизы общественных объединений, которые носят публичный характер, является неприемлемым. Это обусловлено тем, что состав общественных объединений включает в себя контингент, выражающий свою гражданскую позицию и недостаточно сведущий в вопросах специальных познаний, которые требуются для проведения экспертной оценки по вопросам религий, религиозного мировоззрения, догматов веры различных конфессиональных структур, а также человеческий фактор как субъективное начало. Как правило, общественные объединения не являются профессиональными сообществами или группами и, следовательно, не имеют необходимую научную компетенцию для официальной оценки представленных материалов.

Возможное использование знаний богословов также является сомнительным, так как, вне зависимости от конфессиональной принадлежности, богословами выражается собственная, личная духовная точка зрения, которая может быть отличной от позиции непосредственно официальной конфессии, например, официального мнения Русской Православной Церкви, Римско-Католической или Греко-Римской Церкви или Духовного управления мусульман. В этом смысле необходимо также

учитывать, что конкретные религиозные объединения, так называемые традиционные, культуuroобразующие, мировые религии, в соответствии с действующим законодательством не могут быть единственными участниками, привлекаемыми к проведению религиозно-экспертной экспертизы. В противном случае, это является проявлением нарушений прав и свобод в деятельности иных религиозных конфессий и деноминаций, которые по своей сути являются нетрадиционными.

Наделение полномочиями участия в проведении религиозно-экспертной экспертизы различного рода конфессий является нарушением принципа объективности. Более того, в соответствии с конституционными нормами РК религия отделена от государства, и религиозные объединения не могут принимать участие в делах государства, а экспертная деятельность осуществляется именно государственными органами.

С целью объективного, полного и всестороннего исследования объектов религиозно-экспертной экспертизы более рационально и эффективно проведение религиозно-экспертной экспертизы поручать независимым экспертам из числа ученых различного профиля, а именно религиоведов, психологов, правоведов и иных специалистов, в зависимости от поставленных вопросов, являющихся сотрудниками высших учебных заведений и научно-исследовательских институтов.

Официальное разъяснение религиозных норм, понятий отдельного священнослужителя, христианина или мусульманина — это не есть официальная позиция Церкви или Духовного управления мусульман. В этой связи необходимо привлекать только официальные структуры духовенства культуuroобразующих конфессий, которые способны объективно, обоснованно выразить официальную позицию по представляемым объектам.

Кроме того, религиозно-экспертная экспертиза должна быть официально признана одним из видов судебной экспертизы, с целью ее официального признания, правового статуса и исключения ошибочных исследований объекта, и, следовательно, входит в состав государственных экспертных учреждений, например, Центра судебной экспертизы.

В этом смысле привлечение ученых и научных сотрудников высших учебных заведений, научно-исследовательских институтов различного профиля также является достаточно эффективным не только при разработке и определении понятия религиозно-экспертной экспертизы, но и в научно-исследовательском плане. Весь процесс действий в соответствии с действующим законодательством РК по производству экспертного исследования исходит из установленных принципов, где наиболее значимыми в практическом и теоретическом плане выступают полнота и объективность, независимость, научная обоснованность, компетентность, всесторонность, профессиональная этичность.

Полученное экспертное заключение является доказательством, свидетельствующим о наличии либо отсутствии интересующих фактических данных в разрешении того или иного вопроса, что в дальнейшем становится решающим основанием по месту требования.

Религиозно-экспертная экспертиза достаточна, эффективна для процесса выявления, раскрытия и расследования преступлений, связанных с деятельностью нетрадиционных религиозных конфессий, деноминаций и культов, в том числе террористической направленности, что является специфической чертой, отличающей ее от иного вида экспертизы. Однако наибольших результатов и объективности религиозно-экспертная экспертиза достигает тогда, когда проводится в комплексе с иными видами экспертиз, а именно судебной экспертизы психофизиологических процессов человека и судебно-психиатрической экспертизы.

Объектами религиозно-экспертной экспертизы в соответствии с действующим законодательством в Республике Казахстан являются учредительные и другие документы религиозных объединений, в том числе материалы религиозного содержания и предметы религиозного назначения.

Необходимо отметить, что объекты религиозно-экспертной экспертизы в первую очередь должны быть идентифицированы с конкретным религиозным течением, так как это отвечает требованиям полноты исследования, а также способствует контролю за религиозной ситуацией в государстве, выявлению и предупреждению подготовки и совершения общественно опасных деяний.

Материалы, представляемые для исследования, различны и определены действующими правилами производства религиозно-экспертной экспертизы, к ним относят:

- учредительные документы, представляемые для регистрации и перерегистрации религиозного объединения;
- документы религиозного содержания;
- религиозные образовательные программы;
- информационные материалы религиозного содержания;
- предметы религиозного назначения [4].

Указанные объекты, например, теоретического или практического характера, религиозная литература, издательская продукция религиозного назначения, предметы религиозно-культового назначения в зависимости от конфессиональной принадлежности — предметы религиозной символики и атрибутики, в том числе кресты всех разновидностей, панагии, медальоны, памятные знаки, ордена и медали религиозных организаций, вещества и предметы, необходимые для совершения богослужений и религиозных обрядов, предметы храмового убранства и архитектурные элементы храма, священные предметы, предметы религиозного поклонения, одежда и головные уборы религиозного назначения, специальные вспомогательные предметы, необходимые для хранения, установки, функционирования и перемещения предметов, представленные для религиозоведческой экспертизы, носят достаточно общий характер и не конкретизированы, что значительно может затруднить их интерпретацию и значение в религиозно-культурной деятельности. При этом все объекты религиозоведческой экспертизы могут подразделяться на различные группы и подгруппы, например:

- предметы для религиозного помещения, т.е. места, где происходят богослужения, чтение молитв (например, у мусульман — ежедневно пятикратное чтение намаза);
- предметы необходимые при отправлении богослужений и молитв, а также ритуалов и церемоний;
- предметы, вспомогательного обеспечения по богослужению и превознесению молитв;
- издательские материалы (книжная продукция, методические указания, пособия и пр.);
- аудиозапись и видеоматериалы.

Как правило, указанные объекты, относимые к религиозоведческой экспертизе, отличаются содержательностью и информативностью об их истинном предназначении.

Учитывая, что деятельность нетрадиционных религиозных конфессий, деноминаций и культов носит в большинстве своем латентный характер, то и находящиеся в их распоряжении материалы также будут носить скрытый, замаскированный характер, как правило, под видом психологической научной литературы и тестов.

Особое место в этом плане занимают нетрадиционные протестантские и евангельские религиозные организации («Церковь Грейс», «Свидетели Иеговы», «Адвентисты Седьмого Дня», «Новая Жизнь» и пр.) и научные культы («Саентология», «Дианетика»), которые типичный корыстный мотив в своей деятельности маскируют под религиозными идеями и проповедями, например, достаточно распространенной темы общей духовной семьи, всеобщей любви и прощения, отказа от материальных ценностей, индивидуальности, любви к человечеству и ценности человеческой личности в мире и пр.

Значительное количество нетрадиционных религиозных объединений принадлежит протестантским, пресвитерианским и евангельским нетрадиционным религиозным объединениям, чья деятельность и существование не запрещены действующим законодательством Республики Казахстан, что вносит противоречие между их деятельностью, по поводу которой возбуждаются уголовные дела, и свободным доступом к издательским изданиям таких религиозных объединений. Например, сотрудники Комитета национальной безопасности РК выявили факты отчуждения имущества прихожан пресвитерианской церкви «Грейс» в Караганде. В связи с этим возбуждено уголовное дело по ст.177 УК РК — мошенничество, а также незаконное хранение сильнодействующих психотропных лекарственных препаратов в молельном здании. Кроме того, были обнаружены материалы, содержащие признаки пропаганды исключительности и превосходства одного вероучения над другими, разжигания межконфессиональной розни. Также 7 сентября 2007 г. 14 пасторов объявили голодовку, протестуя против возбуждения в отношении них уголовного дела и проводившегося обыска в здании церкви и в домах ее служителей. Трое служителей церкви — архиепископ, его сестра и администратор — подозреваются в совершении преступления по ст.165 УК Республики (государственная измена). Поводом для проверки пресвитерианской церкви стали перечисления ей крупных денежных сумм частным предпринимателем, который подозревается в государственной измене и в настоящее время находится в следственном изоляторе Алматы [1].

Необходимо отметить, что указанный пример, как и многие другие подобные преступные факты, позволяют поставить вопрос о несоответствии национальному перечню запрещенных в Казахстане террористических и экстремистских структур и распространяемых материалов, в том числе литературы, аудио-, видеоматериалов, содержащихся в проповедях, и в целом деятельности таких нетрадиционных религиозных структур. Данный фактор особенно характерен в отношении протестантских и евангельских нетрадиционных религиозных организаций, восточных религий и научных культов, чья

деятельность имеет признаки экстремизма, а именно применение их религиозных практик, основанных на нетрадиционных религиозных идеях, способно вызвать угрозу жизни, здоровью (особенно психическому), нравственности, правам и свободам человека и гражданина, а также угрозу безопасности государства и общества в целом, т.е. законодательно определяемого как религиозный экстремизм.

В связи с этим религиозно-экспертная экспертиза должна проводиться не только в отношении материалов и предметов нетрадиционных религиозных организаций, находящихся под запретом и входящих в национальный перечень, но и в отношении уже зарегистрированных, проходящих очередную перерегистрацию и осуществляющих религиозную деятельность вне зависимости от конфессионально-религиозной или культовой принадлежности. Это связано с тем, что религиозные организации, осуществляющие свою деятельность в соответствии с регистрацией (например «Церковь Грейс», «Свидетели Иеговы» и пр.), имеют признаки противозаконности.

Обеспечение проведения экспертизы производится уполномоченным органом — Агентством по делам религий Министерства культуры Республики Казахстан, функции и полномочия которого находятся в сфере межконфессионального согласия, обеспечения прав граждан на свободу вероисповедания и взаимодействия с религиозными объединениями. Проведение религиозно-экспертной экспертизы возлагается на экспертов Экспертного совета по изучению развития религиозной ситуации при Агентстве по делам религий. При этом к производству экспертизы могут привлекаться представители государственных органов, религиоведы, юристы и другие специалисты в области права на свободу совести.

Принятие решения о назначении и производстве религиозно-экспертной экспертизы инициируется департаментами юстиции областей при регистрации или перерегистрации религиозных объединений либо в целях установления соответствия учредительных документов, а также других документов религиозного содержания, духовных (религиозных) образовательных программ, информационных материалов религиозного содержания и предметов религиозного назначения законодательству Республики Казахстан.

Однако внесение решения о проведении религиозно-экспертной экспертизы Департаментом юстиции, ее обеспечение Агентством по делам религий и проведение Экспертным советом как структурным подразделением одного из подведомственных структур Министерства культуры вызывают сомнения. В первую очередь это связано с тем, что религия, как одна из составляющих жизнедеятельности государства, должна контролироваться со стороны государственной власти и разрешение вопросов в целом по религии должно осуществляться судебной властью. Указанные выше полномочия необходимо передать Верховному Суду РК либо областным судам с целью определения механизма признания объектов религиозно-экспертной экспертизы не противоречащими действующему законодательству государства (в том числе не экстремистскими).

Таким образом, рассмотренные позиции по проведению религиозно-экспертной экспертизы позволяют сделать следующие выводы.

Во-первых, религиозно-экспертная экспертиза — это один из видов судебной экспертизы, так как имеет объект, задачи исследования; также определен круг ее субъектов и, соответственно, подлежит определению ее правовой статус. Кроме того, религиозно-экспертная экспертиза имеет специфические особенности, позволяющие выявлять, предупреждать преступления и противодействовать таким, которые связаны с деятельностью нетрадиционных религиозных конфессий, деноминаций и культов.

Во-вторых, необходимостью осуществления религиозно-экспертной экспертизы в связи с ее специфическими особенностями является то, что она должна иметь официально закрепленный правовой статус судебной экспертизы, проводиться исключительно с участием независимых экспертов, т.е. незаинтересованных сведущих лиц — ученых соответствующего поставленным вопросам профиля, (религиоведов, правоведов, филологов, психологов и иных лиц) и носить комплексный характер, полностью исключая участие общественных объединений. Богословы религиозных объединений могут привлекаться к участию в религиозно-экспертной экспертизе только в качестве специалистов по профилю, в связи с возникающей необходимостью и по отдельным вопросам, относящимся к отрасли богословия.

Кроме того, религиозно-экспертная экспертиза должна проводиться не только в отношении объектов (предметов, учредительных документов, документов религиозного содержания, религиозных образовательных программ, информационных материалов), впервые осуществляющих регистрацию как религиозное объединение, но и религиозных объединений, проходящих перерегистрацию, вне зависимости от религиозной или культовой принадлежности.

В-третьих, религия, как одна из составляющих жизнедеятельности государства, должна не только контролироваться со стороны государственных структур, но и путем законодательных механизмов полномочия по определению объектов, не противоречащих действующему законодательству государства (в том числе экстремистскими), должны быть переданы Верховному Суду РК либо областным судам.

References

- 1 On materials of an official site www/knb.kz
- 2 Dictionary of foreign words. Edition 13. — Moscow «Russian» 1986 library.stavsu.ru/?act=encyclop&p=811.
- 3 According to national center of culture and religion of agency on affairs of religions of MK РК adilet.minjust.kz/rus/docs/P1100000
- 4 The resolution of the government of the Republic of Kazakhstan of February 7, 2012 No. 2091 «About the approval of Rules of carrying out theological examination and about recognition become invalid some decisions of the Government of the Republic of Kazakhstan» ru.government.kz/documents/premlaw/022012

Л.К.Аренова

Діни сараптама өндірісінің өзекті мәселелері

Діни сараптама өндірісінің өзекті мәселелерін зерттеуді криминалды және психологиялық ғылымдар тұрғысынан бастау қажет, себебі олар теориялық және практикалық аспектілерде маңызды болып табылады. Зайырлы мемлекеттегі дін және діни ұстанымдардың орны анықталған. Сондай-ақ лаңкестік және діни-экстремистік бағыттағы қылмыстарды криминалдық сипаттауда діни сараптауды тағайындау және қолдану басымдылыққа ие, өйткені сарапталуға тиісті нысан ұлттық тыйым салынған діни ұйымдар тізімімен сәйкестігі тексеріледі.

L.K.Arenova

Actual production problems religious expertise

Study on relevant issues of denominational expertise must be considered from the perspective of, criminal and psychological Sciences, due to their importance in the practical and theoretical aspects. This indicates the determination of the place of faith and religion in a secular society, their influence on the formation and change of human behaviour in society, criminal characteristics of crimes of the terrorist and religious extremist their dominant elements where the appointment and production expertise denominational are dominant, because determines that the examination with the national denominational objects list of banned religious organizations.

Р.М.Жамиева¹, Б.А.Жакупов²¹Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова;²Карагандинская академия им. Б.Бейсенова МВД РК (E-mail: roza_mus@mail.ru)

Некоторые проблемы оказания юридической помощи: исторический и зарубежный опыт

В статье проанализированы проблемные вопросы в организации и деятельности адвокатуры, деятельности адвоката в уголовном процессе. Выделено три формы участия адвоката в уголовном процессе: защитник, представитель, адвокат свидетеля. Отмечено социальное значение адвокатуры в обеспечении принципа состязательности. Рассмотрены возможности использования исторического и зарубежного опыта в организации институтов помощника и стажера адвоката. Показаны взаимоотношения общества, государства и адвокатуры. Определено, что в содержание понятия «квалифицированная юридическая помощь» входят не только консультативная и представительская функции, но также и вопросы определения и реализации методики и тактики деятельности.

Ключевые слова: адвокатская деятельность, институт помощничества, присяжный поверенный, стажировка адвокатов, муниципальная адвокатура, уголовный процесс, квалифицированная юридическая помощь, состязательная сущность процесса, адвокатура.

Прогрессивные изменения законодательства в области адвокатской деятельности существенно изменили статус и роль адвоката. Тем не менее осталось еще много неразрешенных проблем, которые влияют на эффективность оказания юридической помощи населению. Так, не разрешены проблемы стимулирования оказания юридической помощи в отдаленных районах, в сельской местности, стажерства, обеспечения оказания бесплатной юридической помощи, не ясен до конца статус помощников адвокатов.

Если обратиться к истории становления и развития российской адвокатуры, то данная ситуация не нова. Так, в известной работе 1914 г. «История русской адвокатуры» И.В. Гессена отмечается следующий факт: «Председатели провинциальных судов то и дело обращаются в Петербург и Москву с просьбой найти желающих поселиться в округе того или другого суда. Препровождая одно из таких обращений (председателя Владимирского Округного Суда) в Совет, председатель Спб. Округного Суда Г.Н. Мотовилов просит узнать, не найдется ли желающих переселиться во Владимир и «оказать там деятельности суда то необходимое содействие, без которого судебная реформа не достигает цели». Председатель Кашинского суда сообщает, что «он приглашал в январе и в феврале месяцах 1867 г. через публикацию в «Московских и Петербургских Ведомостях» лиц, желающих быть присяжными поверенными при суде, но желания на это никто не изъявил» [1;121]. Известный юрист XIX в. К.К. Арсеньев также отмечал: «В небольших провинциальных городах при окружных судах четвертого разряда институт присяжных поверенных разрастается не скоро, несмотря ни на какие искусственные меры» [2;27].

Следует отметить, что сегодня на территории Казахстана много юристов, имеющих лицензию на право занятия адвокатской деятельностью, не желают заниматься ею в сельской местности. Сами областные коллегии адвокатов пытаются найти выход из ситуации, хотя бы на корпоративном уровне путем уменьшения сумм вступительного и текущих взносов, а то и освобождения от вступительного взноса. И все же, при огромном количестве адвокатов в городах их катастрофически не хватает на селе. Думается, что эта проблема неразрешима на уровне ведомственного или корпоративного урегулирования. Должны быть заложены законодательные основы, создающие льготы при прохождении стажировки, сдаче экзамена на лицензию в случае, если лицо планирует работать в сельской местности. Все это в целях гарантирования должно отражаться в определенном договоре, по которому, в случае отказа от такой работы, происходит аннулирование лицензии, прекращение ее действия, исключение из коллегии адвокатов.

В силу исторически сложившихся причин, как в экономике, культуре, образовании и других сферах деятельности, так и в сфере оказания юридических услуг, село еще нуждается в государственной поддержке. Предоставляются же некоторые льготы для поступающих из сельской местности по определенным квотам. Вспомним институт земских врачей, учителей, существовавший в прошлом, ведь именно там оттачивалось мастерство будущих профессионалов. И думаем, что данная

мера не будет противоречить принципу равенства всех перед законом, а, наоборот, способствовать выравниванию положения жителей городской и сельской местности. Это не возврат к советскому прошлому, а мера гуманизации и демократизации взаимоотношений между двумя социальными группами. Поэтому, считаем, что необходим законодательный механизм, направленный на разрешение данной проблемы.

Институт помощничества известен адвокатуре давно. Он представляет собой инструмент не только организационно-технического обеспечения эффективности деятельности адвоката, но и форму подготовки качественного кадрового потенциала для адвокатуры. В период судебно-правовых реформ в России в девятнадцатом веке, несмотря на введение института присяжных и частных поверенных, не было уделено должного внимания помощникам, отсутствовала какая-либо регламентация.

Вопрос о помощниках — вопрос будущности сословия присяжных поверенных [1; 239], основной вопрос жизни сословия [1; 230]. Хотя при определенной загруженности адвокатов помощники могли оказывать реальную квалифицированную помощь. В то время в Петербурге и Москве было только по одному присяжному поверенному, которые проводили реальную работу с помощниками, обсуждали с ними дела, разрешали практические вопросы. «Большинство помощников на самом деле только числятся при своих патронах, отношения между ними имеют совершенно формальный характер» [2; 44]. В Москве выработалась другая организация. Присяжный поверенный Ф.Н. Плевако установил для своих многочисленных помощников товарищеский суд чести. Это те единичные случаи попыток присяжных поверенных внести какое-либо содержание в личный патронаж и установить нравственную связь со стажерами.

С одной стороны, некоторые юристы избегали данного института, а пребывали в должности кандидата в судьи, занимаясь частной практикой, а с другой — сомнительные люди стремились к данной должности. Отсутствие должного контроля, длительный стаж нахождения в этой должности, небольшая оплата труда создали в последующем проблемы, которые послужили предметом большой дискуссии. Обсуждался вопрос регламентации помощничества, предоставления помощникам права судебного представительства по уголовным и гражданским делам, пути сближения помощников по своему статусу с присяжными поверенными.

Стажерство, несмотря на имеющиеся преимущества, тем не менее, краткосрочно и не всегда помогает приобрести необходимые навыки в работе. Специфика адвокатской профессии заключается в том, что мастерство оказания юридической помощи приобретается в течение достаточно длительного времени, путем участия в большом количестве дел. То есть это не только опыт обобщенный, но во многом и лично приобретенный.

Институт помощничества значительно выигрывает перед стажерством, что верно отметил Ю.И. Стецовский: «Срок стажировки может быть удлинен коллегией, но при этом нельзя забывать об ограниченности ее средств для оплаты труда стажеров. В связи с этим заслуживает внимания вопрос о введении института помощников адвоката. Находясь в течение нескольких лет после окончания стажировки под повседневным наблюдением опытных адвокатов, проводя несложные оплачиваемые дела, помощники приобретают опыт и знания, что улучшит подготовку адвокатов» [3; 95].

Например, стажировка будущих адвокатов в Казахстане на сегодня платная (сумма немаленькая), срок — до одного года. Стажер не получает оплаты за свой труд, за такой короткий срок не успевает набраться опыта. А если учесть, что в казахстанском законодательстве снято требование о наличии стажа по специальности для адвокатов, то можно себе представить, какую юридическую помощь будет оказывать вчерашний студент.

А с введением помощничества многое выглядело бы иначе. Студент после окончания вуза может пройти стажировку, которая в Казахстане входит в стаж по специальности. Затем он сдает экзамены в квалификационную коллегию для получения лицензии на право занятия адвокатской деятельностью; поступает в коллегию помощником адвоката на срок, определяемый коллегией, но не менее двух лет. По истечении этого срока коллегия решит вопрос о продлении пребывания в данном качестве на срок до пяти лет или о принятии в члены коллегии.

В связи с этим не можем согласиться с точкой зрения М.Ю. Барщевского, выступающего категорически против такой формы подготовки адвокатов, считающего, что «жестко связывать институт помощника и стажера не следует» [4; 74]. Нам видится, что именно в такой многоступенчатой системе подготовки в адвокатуре останутся только квалифицированные, понимающие собственное призвание люди. Также будет возможность заработать молодым, начинающим юристам, в то же время приобретая бесценный личный опыт. Как подметил в прошлом К.К. Арсентьев: «Мы убеждены, что

надежда скорее найти оплачиваемые, хоть и скудно, занятия для весьма многих служит единственной побудительной причиной к вступлению в помощники присяжного поверенного» [2; 41].

Несомненно, данное правило несколько иначе должно применяться к лицам, имеющим стаж работы по специальности. Возможно сокращение срока нахождения в помощниках или срока стажировки, введение аттестации вместо экзаменов для получения лицензии, как это относительно недавно введено в РК, — лица, работавшие следователем, дознавателем, судьей, прокурором более десяти лет, освобождаются от сдачи экзаменов, аттестуются.

Еще одна перспектива, в направлении которой можно было бы совершенствовать адвокатуру, — это пути создания муниципальной адвокатуры, тем более, что эта проблема тесно связана с обеспечением института обязательной защиты и присутствует в уголовном судопроизводстве любого типа.

В отличие от факультативной защиты по уголовным делам при необходимости оказания обязательной защиты, «не секрет, что всегда возникают трудности кадрового адвокатского обеспечения, сложных взаимоотношений с судом» [5; 65]. Наряду с этим существует проблема своеобразной зависимости адвокатов от органов, ведущих уголовный процесс, которая известна достаточно давно [6; 45, 46, 7; 38].

Возможны два варианта модификации зарубежного опыта. Известно, что в странах англосаксонской системы права существует условное деление лиц, оказывающих юридическую помощь на барристеров и солиситеров. На сегодня в результате совершенствования законодательства, например в Англии, происходит размывание существующих различий [8; 80]. Учитывая существующие тенденции глобализации и интеграции, опыт зарубежных государств представляет определенный интерес. Может, следовало бы в рамках адвокатуры создать определенное структурное подразделение (возможно даже с использованием института помощников). Причем лица, оказывающие такую помощь, не должны получать гонорара за участие в уголовном деле по назначению, а только зарплату. Это обеспечило бы независимость молодого адвоката от представителей органов, ведущих уголовный процесс, и других влияний извне, достойную оплату труда, неплохую практическую подготовку помощника и квалифицированную защиту обвиняемого.

Второй вариант может быть заимствован из практики адвокатуры в США, где в последнее время данный способ оправдал себя как более менее эффективный. Это создание так называемых публичных агентств по оказанию юридической помощи неимущим (*public defenders agencies*). Их финансирование осуществляется преимущественно за счет средств местного бюджета, специальных взносов и благотворительных пожертвований [8; 193, 194]. Такая модель вполне приемлема на территории наших государств, несмотря на спорность у себя на родине. В США, как и во всех государствах с таким типом судопроизводства, при абсолютной состязательности особенно остро стоит вопрос финансового обеспечения не только оказания юридической помощи обвиняемому, но и больших расходов по проведению параллельного расследования (экспертиза, розыск свидетелей, доказательство защиты, услуги частного детектива, доставка свидетелей и др.).

В континентальном типе уголовного судопроизводства нет необходимости проводить такое расследование. Бремя доказывания лежит на сторонах только в судебном разбирательстве, а обязанность доказывания — на органе, ведущем уголовный процесс. Поэтому расходы на содержание штатного адвоката будут намного меньше, чем оплата из федерального бюджета услуг адвоката по каждому уголовному делу. Не будет и так называемых «карманных адвокатов», будет гарантия независимой защиты. Это предпочтительнее ситуации, когда члены коллегии адвокатов формально подходят к своей работе по обязательной защите, акцентируя все усилия на оплаченных уголовных делах. А здесь у молодого адвоката не будет других (уголовных или гражданских) дел, кроме «бесплатных». Можно разработать норматив нагрузки на одного адвоката и определиться в необходимом штате.

Государство, охраняя права и законные интересы граждан и юридических лиц, в процессе расследования и разрешения уголовных дел вторгается в комплекс прав и свобод граждан, которые вовлекаются в орбиту уголовного судопроизводства. Очень высока вероятность необоснованного и незаконного нарушения неприкосновенности этих прав. Также подлежат охране права и законные интересы лиц, потерпевших от совершенного преступления. Возможны нарушения прав иных лиц, выполняющих в уголовном процессе вспомогательные функции. Если представители государства, органов, ведущих уголовный процесс, защищены на различных уровнях законодательства, то в отношении частных лиц необходимы дополнительные механизмы защиты их прав.

Одним из наиболее эффективных элементов такого механизма является участие адвоката в уголовном процессе. Формы участия разнообразны, и здесь всегда стоит проблема разграничения защи-

ты в широком и узком смысле слова, защиты и охраны [9; 34, 35]. Как различаются цели участников процесса, так и отличаются по своей функциональности задачи адвоката, в зависимости от того, чьи права и интересы он отстаивает. На сегодня в законодательстве РК известны три формы участия адвоката: защитник, представитель потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика, адвоката свидетеля.

В основе всех трех форм лежит общая цель — охрана прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц путем оказания им квалифицированной юридической помощи в сфере уголовного судопроизводства. Следует отметить, что в содержание понятия «квалифицированная юридическая помощь» входит не только консультативная и представительская функции, но также и вопросы определения и реализации методики и тактики в целях наиболее эффективного участия адвоката в надлежащем качестве. Цели и задачи участия адвоката в судебных действиях исходят из общих задач адвокатуры как института общества и государства.

«Адвокатура представляет собой не заместительницу тяжущихся, как субъектов процесса, а фактор правосудия и элемент судебной организации, являясь, таким образом, институтом в той ветви публичного права, которая носит название судебного или процессуального» [10; 10]. То есть следует подчеркнуть публично-правовой характер адвокатской деятельности, ее высокое социальное предназначение.

Состязательная сущность процесса предполагает наличие равноправных сторон, но не может быть равноправия при квалифицированном обвинении, с одной стороны и неквалифицированной защите — с другой.

«Каждый подсудимый заинтересован в том, чтобы быть оправданным и избежать наказания. Но для общества важно, с одной стороны, чтобы невиновный не понес незаслуженной кары, а с другой — чтобы виновный не избежал ее, как и то и другое одинаково опасно для общественного порядка» [10; 13]. Речь не идет о неоправданном освобождении от наказания виновного, а о справедливости всего судопроизводства. И будет справедливым оправдание невиновного, признание виновным при недоказанной виновности. Но обвинитель никогда не признает своих ошибок в силу субъективной направленности его деятельности (мы подразумеваем даже не психологическую субъективность, она иногда имеет место быть, а субъективность, обусловленную процессуальным положением субъекта стороны, специфичностью задач того или иного участника процесса). Только наличие такой же субъективно направленной деятельности квалифицированного участника другой стороны обеспечит необходимый баланс, способствующий справедливости судебного решения в итоге.

«Воззрение на адвокатуру, как на представительницу общества, вытекает из самой сущности уголовного и гражданского процессов из характеров отношения к ним государств и общества» [10; 12]. Адвокатура, защищая права конкретной личности, вступает в некое подобие конфликта с государством на примере конкретного дела, и данное противостояние придает адвокатской деятельности совершенно иной, лишенный частных, сиюминутных интересов смысл, наполненный гуманистическим, правозащитным содержанием. В некоторые периоды, особенно по так называемым политическим делам, адвокат становится одним из главных действующих лиц в развивающейся драме взаимоотношений общества и государства. «Уже одно то, что адвокатура служила в разные эпохи то опорой, то противовесом одной и той же политической системы, доказывает, что в ней не было ничего политического... что отношения ее к власти и взаимное отношение власти к ней зависели не от той или иной политической системы самой по себе, а от отношения этих систем к защищаемому ее правовому принципу» [11; 192].

Адвокатура представляет собой лакмусовую бумажку демократичности общества, государства, политического режима, потому что иногда находится на переднем фронте борьбы за права человека и гражданина. И чем больше попираются эти права, тем большую неприязнь вызывает этот институт. Если же адвокатура не выполняет свой профессиональный долг, то она вызывает недоверие у общества как нежизнеспособный орган для защиты прав личности. «Необходимо оговориться, что такое предубеждение против адвокатуры отнюдь не составляет какой-либо национальной или вообще специфической особенности. Оно встречается весьма нередко и при самых разнообразных обстоятельствах, но непременно при одном условии — при отсутствии принципа законности и господстве произвола» [6; 30]. То есть там, где профессия адвоката (адвокатура) является уважаемой обществом и признаваемой реальной силой государством, торжествуют право и справедливость.

«Нужно твердо помнить: не профессия адвоката сама по себе, а такое или иное отношение к ней власти придает профессии то более, то менее яркий политический оттенок, порою застилающий самое существо профессии. Исполняя свой профессиональный долг, отстаивая силу закона и протестуя против всяких на него посягательств, адвокат тем самым выступает против правительства, поскольку оно само насаждает произвол, и при таких условиях государственной жизни деятельность адвоката неизбежно приобретает «противоправительственный» характер» [1;31]. Так что расхожее выражение среди французских адвокатов, что «адвокаты — это проданная совесть» не совсем справедливо. Никакой гонорар не заставит адвоката идти против закона, поскольку в силу своих профессиональных задач он сам вынужден требовать соблюдения законности от органов, ведущих уголовный процесс.

Таким образом, возможности совершенствования адвокатуры широки, если учесть прошлый и зарубежный опыт. В случае взвешенного, обоснованного ее реформирования положительный эффект получают все: общество, государство, адвокатское сообщество и отдельно взятый человек и гражданин, для которого и существуют все эти институты.

References

- 1 History of Russian legal profession. Volume the first. Giessen I.V. Legal profession, a society and the state (1864–1914) / The composer S.N.Gavrilov. — Moscow: The lawyer, 1997. — 376 p.
- 2 *Arsenyev K.K.* Note about Russian legal profession: Theoretical works. Protective speeches. Sketches. — Tula: The Autograph, 2001. — 357 p.
- 3 *Stetsovskiy Yu.I.* Soviet legal profession. — Moscow: The Higher school, 1989. — 304 p.
- 4 *Barsheevskiy M.Yu.* Organization and activity of legal profession in Russia: the Scientifically-practical textbook. — Moscow: Vocational training, 2000. — 352 p.
- 5 *Filimonov B.A.* The lawyer in the German criminal trial. — Moscow: Spark, 1997. — 110 p.
- 6 *Nekrasov M.P.* Activity of the defender-lawyer on improvement of quality of investigation and consideration of criminal cases // Questions of maintenance of socialist legality in criminal legal proceedings. The collection of proceedings. — Tver: Tver's state university, 1991. — P. 41–47.
- 7 *Zhamiyeva R.M., Kairzhanov E.I.* The taktiks of lawyer protection on criminal cases. — Almaty: Civilization, 2000. — 228 p.
- 8 *Gutsenko K.F., Golovko L.V., Filimonov B.A.* The criminal trial of the western states. — Moscow: Reflection, 2001. — 470 p.
- 9 *Bormotova L.V., Karyakin E.A.* Pressing question of activity of the lawyer in criminal legal proceedings // Legal profession and lawyer activity in a view of a modern constitutional law (to the 10 anniversary of acceptance of the Constitution of Russia): Materials of scientifically-practical conference. — Ekaterinburg, 2004. — P. 32–40.
- 10 *Vaskovsky E.V.* The organization of legal profession. P. 2. Historical-dogmatic research. — SPb: Stasulevich's printing house, 1983. — 231 p.
- 11 *Винавер М.* Sketches about legal profession // The Lawyer in criminal trial / The doctor of jurisprudence, prof. P.A.Lupinskaja under edition and with foreword. — Moscow: New lawyer, 1997. — P. 189–238.

Р.М.Жәміева, Б.А.Жақыпов

Заң көмегін көрсетудің кейбір мәселелері: тарихи және шетелдік тәжірибе

Мақалада қылмыстық процестегі қорғаушының қызметі, адвокатураның қызметіндегі және ұйымдастырылудағы қиындық тудыратын мәселелер талданды. Қылмыстық процеске қорғаушы қатысуының үш түрі белгіленген: қорғаушы, өкіл, кәуәнің адвокаты. Сайысушылық қағидасын қамтамасыз етуде адвокаттың әлеуметтік маңыздылығы көрсетілген. Адвокаттың көмекшісі және тағлымдамадан өтушілер институттарын ұйымдастырудың тарихи және шетелдік тәжірибелерін қолданудың мүмкіндіктері қарастырылды. Қоғамның, мемлекеттің және адвокатураның өзара арақатынастары зерттелді. «Білікті заң көмегі» ұғымының мазмұнына тек қана кеңес беру мен өкілдік етудің қызметі ғана емес, сонымен қатар адвокаттық қызметтің әдісі мен тәсілін жүзеге асырудың және оларды айқындап алудың сұрақтары кіретіндігі айтылған.

R.M.Zhamieva, B.A.Zhakupov

Some problems of rendering of a legal aid: historical and foreign experience

Problem questions are analyzed in the organization and activity of legal profession, the lawyer's activity in the criminal trial. The three forms is allocated of the lawyer's participation in the criminal trial: the defender, the representative, the lawyer of the witness. Legal profession's social value is marked in maintenance to the competitiveness's principle. Opportunities are considered to use from historical and foreign experience in the organization the institutes of the assistant and the trainee of the lawyer. Mutual relations are considered of a society, the state and legal profession. It is marked, that « the qualified legal aid » enters into the maintenance of concept not only advisory and representation functions, but also and questions of definition and realization of a technique and tactics of activity.

УДК 343.98

Б.Р.Сембекова

*Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова (E-mail: www200762@mail.ru)***Установление обстоятельств преступлений, связанных с легализацией преступных доходов**

В статье рассмотрены вопросы криминалистического обеспечения решения уголовно-правовых и уголовно-процессуальных задач при раскрытии, расследовании и предупреждении преступлений, направленных на легализацию преступных доходов. Представлены определяющие признаки данного вида преступной деятельности. Механизм отмыwania денег как процесс выражения типичных проявлений условий и обстоятельств совершения преступлений показан в виде информационной модели расследования преступлений, связанных с легализацией незаконных доходов.

Ключевые слова: криминалистика, криминалистические методы расследования преступлений, установление обстоятельств, подлежащих доказыванию, криминалистическая характеристика, криминалистическая классификация, оказание противодействия легализации незаконных доходов.

Правонарушения в сфере финансовой и банковской деятельности представляют серьезную угрозу экономическим интересам всего общества. Анализ обстановки, складывающейся в сфере кредитно-финансовых отношений, свидетельствует о неослабевающем внимании криминальных структур к институтам финансового посредничества. «Грязные деньги» нарушают общепризнанные нормы экономической деятельности, принципы рыночной экономики, способствуют криминализации хозяйственной деятельности, являются питательной средой для организованной преступности.

Противодействие легализации преступных доходов является одним из приоритетных направлений борьбы с организованной преступностью и признано необходимой мерой обеспечения экономической безопасности Республики Казахстан и предотвращения сращивания преступного мира с легальным бизнесом. В связи с этим основная задача — необходимость правового урегулирования борьбы с таким новым явлением, как легализация доходов, полученных преступным путем. Одним из эффективных средств оказания противодействия в Казахстане явилось и принятие Закона РК от 28 августа 2009 г. № 191-IV «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных незаконным путем, и финансированию терроризма». В данном Законе учтены основные требования и стандарты международных конвенций, регламентирующих борьбу с легализацией незаконных доходов и финансированием терроризма, а также реализовано 49 рекомендаций FATF — международной организации по координации работы и осуществлению обмена и информации между странами, которые борются с отмыванием денег. В неё входит Евразийская группа по противодействию легализации преступных доходов (ЕАГ) (Казахстан, Беларусь, Индия, Китай, Киргизстан, Россия, Таджикистан, Туркменистан и Узбекистан). Пленарным заседанием ЕАГ в июне 2011 г. была дана оценка Казахстану по противодействию отмыванию денег и финансированию терроризма, проведен анализ ука-

занной деятельности. В отчете взаимной оценки по противодействию отмывания денег и финансированию терроризма отмечено: «несмотря на то, что в банковской сфере Казахстан предпринял шаги по противодействию открытию анонимных счетов или счетов на вымышленные имена, прямой запрет на открытие анонимных счетов или счетов на вымышленные номера отсутствует. Существует также ряд недостатков в законодательных требованиях по верификации (проверке) сведений, предоставляемых клиентом, выяснению, действует ли клиент от своего имени или нет, а также структуры собственности и управления клиентов, юридических лиц. Также законодательством не предусмотрен срок периодичности обновления данных существующих клиентов». Указанные недостатки организационного характера деятельности банков, являющихся, согласно ст. 3. Закона от 28 августа 2009 г. № 191-IV «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных незаконным путем, и финансированию терроризма», субъектами финансового мониторинга, способствуют совершению банковских операций криминальной направленности.

Характер преступной деятельности в банковской сфере обусловлен объективно-субъективными факторами формирования и развития причинно-следственных отношений между субъектами взаимодействия, исходя из целевой направленности на использование банковских операций для легализации преступных доходов. К объективным факторам, определяющим использование банковских операций для совершения, сокрытия преступлений, являются условия деятельности банков, назначение коммерческих фирм, система учета и отчетности, условия предоставления банковских кредитов, исследование которых способствует получению информации о характере преступной деятельности.

Как показывает практика, банковские структуры вовлекаются в механизм отмывания денег следующим образом: оформляются фиктивные предприятия на подставных лиц, с использованием их документов, лиц без определенного места жительства. После проведенных сделок с лжепредприятиями и аккумуляции на банковских счетах фиктивных компаний, товариществ с ограниченной ответственностью крупных денежных сумм через банки производится обналичивание незаконных денежных средств. В механизме отмывания денег легализация преступного дохода осуществляется лицами, получившими доход в результате совершения преступлений для занятия предпринимательской или иной экономической деятельностью, и лицами, осуществляющими легализацию преступного дохода, приобретенного другими лицами, к которым можно отнести сотрудников банков. Эти условия субъективного характера определяют механизм отмывания денег в банковской сфере, раскрываясь причинно-следственными отношениями формирования и развития события преступления.

Сотрудники банков, кредитных организаций, занимающихся оформлением кредитов, а также иные лица путем предоставления ложных сведений о заемщике, залоговом имуществе, целевом использовании кредита составляют фиктивные кредитные документы, определяющие механизм отмывания денег, т.е. раскрывается «банковский способ», который отмечен в работе А.Ю. Нигматулина. А.Ю. Нигматулин раскрывает типичную ситуацию: руководители коммерческого банка стабильно сотрудничают с криминальными клиентами, берут у них крупные денежные суммы, полученные незаконным путем, с единственным условием — не выплачивать проценты. Затем банкиры, прокрутив нелегальные средства, получают значительную прибыль. С кредиторами банкиры рассчитываются векселями. Обе стороны довольны — предприниматель получил «чистые» деньги, как погашение документально подтвержденного банковского долга, а банк имеет немалый доход. Можно выделить и однотипные способы отмывания денег, связанные с перемещением их за рубеж с использованием банков и компаний, зарегистрированных в оффшорных зонах. Распространенное и вместе с тем невольное участие банков в процессе «отмывания» денег и иного имущества, полученного незаконным путем, одновременно их делает важнейшим институтом, на который возлагаются функции по выявлению незаконных операций [1].

Итак, механизм отмывания денег обусловлен использованием финансовых учреждений, в первую очередь банков, осуществляющих банковские операции, используемые лицами, занимающимися легализацией преступного дохода, и лицами, способствующими этому. Использование банковских операций для отмывания денег под видом законных является как способом совершения, так и способом сокрытия преступлений, условия и обстоятельства которых отражаются в банковских записях об операциях со счетами — приходные ордера, расходные ордера, сводки расходов и доходов; в банковских записях об операциях, не связанных со счетами, — ссуды, акции, векселя, платежные поручения, банковские сейфы, займы, собственно следы экономических и налоговых преступлений. Таковыми являются записи в документах бухгалтерского учёта, финансовой и налоговой отчетности, которые создают ложные представления о хозяйственной деятельности и её фактических результатах.

Механизм отмывания денег, отражаясь условиями и обстоятельствами объективно-субъективного характера, проявляется в обстановке совершения, сокрытия преступлений закономерными процессами создания и использования их для достижения преступной цели — легализации преступных доходов, одним из которых является банковская сфера регулирования кредитно-финансовых, кредитно-расчетных отношений. Механизм отмывания денег — объективно-субъективный фактор предоставления информации о закономерных процессах по легализации незаконных доходов, которые информируют о типичных проявлениях условий и обстоятельств преступной деятельности, связанной с банковской сферой, с налоговой системой.

Таким образом, определяющей основой механизма отмывания денег являются обстановка и способ совершения, сокрытия преступлений, информирующие о направленности субъекта преступной деятельности на легализацию преступного дохода, раскрывающие побудительно-регулятивные основы личности преступника.

Условия и обстоятельства совершения и сокрытия преступлений, связанных с отмыванием денег, направлены на оказание противодействия расследованию в силу проявления потребностно-мотивационной сферы личности преступника, характеризуемой корыстной направленностью субъекта преступной деятельности. «Именно выявление способа совершения преступлений позволяет в ряде случаев быстро установить и изобличить виновников, выяснить все другие обстоятельства предмета доказывания. Происходит это потому, что способ совершения преступлений данного вида не может избираться преступниками произвольно. Он достаточно строго детерминирован, во-первых, обстановкой совершения и непосредственным объектом посягательства; во-вторых, необходимостью использования определенных финансовых операций и привлечения к участию в преступлении конкретных лиц, без которых оформление и совершение данных операций невозможно. Обусловленность преступных деяний постоянно действующими факторами приводит к повторяемости способов, в результате чего выявляются наиболее типичные» [2].

Указанная взаимообусловленность криминалистически значимых признаков преступной деятельности, связанной с легализацией преступных доходов, обеспечивает информационной основой методику раскрытия, расследования преступлений, определяет методы исследования доказательств в ходе раскрытия, расследования и предупреждения преступлений данных категорий дел. Иными словами, закономерная взаимообусловленность определяющих признаков преступлений, связанных с легализацией преступных доходов, является классификационной основой частной методики расследования, т.е. криминалистическая классификация преступлений как метод частной методики расследования преступлений обеспечивает системность исследования определяющих признаков преступлений, связанных с легализацией преступных доходов, выявляющих способы собирания, закрепления доказательственной информации.

Итак, закономерные процессы проявлений механизма отмывания денег, связанных с привлечением финансовых структур к легализации преступных доходов, одной из которых банки, способствуют выделению в одну классификационную основу преступлений, совершенных в банковской сфере, исследованию определяющих признаков этих категорий дел, обеспечивая информационной основой поисково-познавательную деятельность субъектов доказывания, раскрывая целевую направленность действий (бездействий) на легализацию преступных доходов. То есть анализ криминалистически значимых признаков преступлений, совершенных в банковской сфере, способствует выявлению признаков преступлений, связанных с легализацией преступных доходов, являясь основой для выдвижения и проверки версий, для установления причинно-следственных отношений в механизме преступной деятельности.

Механизм отмывания денег, закономерно связанный с банковской системой, определяющей, регулирующей, управляющей движением денежных средств, имущества, ценностей, являющихся предметом преступного посягательства при легализации преступных доходов, проявляет причинно-следственные отношения преступной деятельности, устанавливая направленность умысла субъекта преступной деятельности путем выявления условий и обстоятельств, способствовавших совершению, сокрытию преступлений. Использование банковских операций — один из неотъемлемых элементов способа совершения и сокрытия преступлений, связанных с легализацией преступных доходов, определяющих пути, средства и способы выявления этих категорий дел, получения ориентирующей и доказательственной информации.

Итак, криминалистический анализ преступлений, совершенных в банковской сфере, является определяющей основой выявления признаков преступлений, связанных с легализацией преступных

доходов, способствует выявлению признаков потенциальных финансовых нарушений, связанных с отмыванием денег.

1 Использование счетов, открытых на фиктивные имена или от имени лиц и организаций, действующих по поручению других получателей прибыли. Последняя категория включает целый класс агентов по отмыванию денег, таких как посредники, юристы (адвокаты) и специалисты по финансовой отчетности. Она также включает в себя компании прикрытия. Цель использования счетов — упростить депонирование или перевод нелегальных средств.

2 Использование для операций с доходами от криминальной деятельности официальных представительств иностранных банков.

3 Займы оффшорным компаниям.

4 «Телеграфные» (денежные) переводы.

Потенциальные финансовые нарушения, связанные с отмыванием денег, свидетельствуют об осуществлении преступной деятельности не только на внутригосударственном, но и на международном уровне, т.е. механизм отмывания денег, раскрываясь условиями и обстоятельствами объективно-субъективного характера, свидетельствует об организованной преступной деятельности, связанной с транснациональным характером. В связи с указанными закономерными процессами проявления преступлений, связанных с отмыванием денег, раскрытие, их расследование и предупреждение вызывает определенные сложности.

Итак, создаются условия для легализации преступных доходов под видом законных банковских операций, для противодействия которой необходим экономический, финансовый анализ информации, содержащейся в банковских документах, оформляющих кредитные, расчетные и депозитные операции. Одним из эффективных методов при раскрытии, расследовании и предупреждении преступлений является анализ финансовой документации, обеспечивающий выявление операций, сделок, вызывающих сомнение. Как метод выявления, исследования, собирания, закрепления доказательств, как способ познания механизма преступной деятельности, связанной с отмыванием денег, анализ финансовой и экономической документации определяет условия и обстоятельства оказания противодействия расследованию.

Условием и обстоятельством оказания противодействия расследованию является сам механизм отмывания денег, состоящий из следующих стадий: размещение (*placement*), расслоение (*layering*) и интеграция (*integration*). Указанные три стадии могут осуществляться одновременно или частично накладываться друг на друга. Это зависит от имеющегося механизма легализации и от требований, предъявляемых преступной организацией. «Типовая фазовая модель легализации «грязных» денег включает: а) введение «грязных» наличных денег в легальный оборот — «*placement*» (размещение — англ.); б) отделение «грязных» денег от источника их происхождения — «*layering*» («отводка ветки от корня»); в) использование «отмытых» денег в качестве финансовых инвестиций в экономику — «*integration*» (слияние капиталов)» [3].

Таким образом, механизм отмывания денег, состоящий из криминальных действий — размещения, расслоения, интеграции, направленных на легализацию преступного дохода, определяясь условиями и обстоятельствами преступной деятельности, является модельной основой для выявления источников получения как ориентирующей, так и доказательственной информации посредством выдвигания версий о субъектах, предметах, выявляя причинно-следственные отношения формирования и развития субъектно-объектных, субъектно-субъектных форм взаимодействия.

Итак, механизм преступной деятельности, связанной с легализацией преступных доходов, является информационной основой для применения эффективных методов, средств и способов познания характера преступной деятельности. Обусловленный условиями и обстоятельствами отмывания денег, закономерно отражается типичностью проявления процессов введения денег в легальный оборот, отделения «грязных» денег от источника их происхождения, использования этих «грязных» денег, исследование которых определяет источники раскрытия, расследования преступлений (условиями и обстоятельствами события преступления).

Типичные проявления условий и обстоятельств механизма преступной деятельности, связанной с легализацией преступных доходов, определяются в методике раскрытия, расследования информационной основой об исходных ситуациях, которые выделены в диссертации Д.Б.Жамбалова, который отмечает, что факты легализации преступных доходов:

- выявлены при расследовании базового преступления;
- содержатся в сообщении Комитета по финансовому мониторингу о фактах совершения финансовых операций или сделок, которые вызывают сомнения;
- выявлены при проведении оперативно-розыскных мероприятий органами УБЭП, УБОП МВД России и другими оперативными подразделениями, каждое из которых порождает свою систему тактических задач, направленных на доказывание правовых целей расследования [4].

Анализ ситуации свидетельствует об источниках, о субъектах, выявляющих признаки преступной деятельности, связанной с легализацией преступных доходов. В связи с этим практическая деятельность по раскрытию, расследованию и предупреждению преступлений должна совершенствоваться в этом направлении. То есть эффективность практической деятельности обусловлена взаимодействием следственно-оперативных органов, определением их форм и способов, взаимодействием правоохранительных органов с субъектами финансового мониторинга, которые определены в Законе от 28 августа 2009 г. № 191-IV «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных незаконным путем, и финансированию терроризма». В статье 3 Закона к субъектам финансового мониторинга отнесены: 1) банки, организации, осуществляющие отдельные виды банковских операций; 2) биржи; 3) страховые (перестраховочные) организации, страховые брокеры; 4) накопительные пенсионные фонды; 5) профессиональные участники рынка ценных бумаг, центральный депозитарий; 6) нотариусы, осуществляющие нотариальные действия с деньгами и (или) иным имуществом; 7) адвокаты, другие независимые специалисты по юридическим вопросам — в случаях, когда они от имени или по поручению клиента участвуют в операциях с деньгами и (или) иным имуществом в отношении следующей деятельности: покупки и продажи недвижимости; управления деньгами, ценными бумагами или иным имуществом клиента; управления банковскими счетами или счетами ценных бумаг; аккумулирования средств для создания, обеспечения, функционирования или управления компанией; создания, функционирования или управления юридическими лицами либо образованиями и купли-продажи предприятий; 8) аудиторские организации; 9) организаторы игорного бизнеса и лотерей; 10) операторы почты, оказывающие услуги по переводу денег [5].

В казахстанском законодательстве не наблюдается четкого регулирования взаимодействия субъектов финансового мониторинга с правоохранительными органами, механизма предоставления материалов, что реально отражается в правоприменительной деятельности. Возникают определенные сложности в процессе раскрытия, расследования и предупреждения преступлений, связанных с легализацией преступных доходов. Сложности возникают из-за недостаточной разработанности методики расследования этих категорий дел, слабой подготовленности субъектов доказывания по вопросам экономики, бухгалтерского учета, незнаний особенностей деятельности банков и т.д., инструментарий которых используется в механизме отмывания денег в качестве способов совершения и сокрытия преступлений.

Одним из основных направлений получения информации, исследования обстоятельств совершения, сокрытия преступлений, связанных с легализацией преступных доходов, является и налоговая система, которая также используется для отмывания денег. Познание финансовых нарушений в налоговой сфере является определяющей основой для исследования механизма отмывания денег. В связи с этим очень актуальной для практического применения является проведенная классификация по способам уклонения от уплаты налогов, когда субъектами являются организации.

Первая группа способов связана с непредставлением налоговой декларации: а) несоставление налоговой декларации, сопряженное с составлением документов бухгалтерской отчетности с достоверными сведениями либо таких же документов с заведомо ложными сведениями; б) составление налоговой декларации с достоверными сведениями; в) составление налоговой декларации с заведомо ложными сведениями, сопряженное с составлением документов бухгалтерской отчетности в указанных выше двух вариантах.

Вторая группа способов связана с непредставлением документов бухгалтерской отчетности: а) непредставление этих документов в ситуации, когда налоговая декларация была представлена с ложными сведениями, сопряженное с составлением бухгалтерской отчетности с достоверными сведениями; б) непредставление документов бухгалтерской отчетности и налоговой декларации.

Третья группа способов — включение в налоговую декларацию заведомо ложных сведений — может быть сопряжена с включением в документы бухгалтерской отчетности достоверных сведений

либо с искажением в них данных о доходах, расходах и объектах налогообложения, которое может начинаться на более ранних этапах бухгалтерского или налогового учета.

Четвертая группа способов — включение в документы бухгалтерской отчетности заведомо ложных сведений: а) способы занижения доходов; б) способы завышения расходов, кроме затрат на оплату труда; в) способы занижения затрат на оплату труда в общем составе расходов организации; г) способы сокрытия имущества организации как объекта налогообложения или занижения его стоимости (как налоговой базы); д) способы искажения в бухгалтерских документах иных данных, учитываемых при исчислении налоговой базы и суммы налога.

Эти способы уклонения от уплаты налогов с организаций могут быть использованы на всех этапах бухгалтерского учета:

- непосредственно в документах бухгалтерской отчетности при правильном отражении тех же данных на более ранних этапах учета;
- непосредственно в регистрах бухгалтерского учета при правильном отражении этих же данных в сводных документах;
- непосредственно в сводных документах при правильном отражении этих же данных в первичных учетных документах;
- искажение данных, учитываемых при исчислении налоговой базы и суммы налога, может быть начато в первичных учетных документах, в том числе путем их несоставления.

Эти же способы искажения данных могут быть использованы и при составлении документов налогового учета [6].

Актуальность указанной классификации заключается в том, что способы уклонения от уплаты налогов, систематизированные в одну классификационную основу, выявляя условия и обстоятельства совершения преступлений в налоговой сфере, определяют характер преступной деятельности. Итак, преступления, совершенные в налоговой сфере, являются одним из базовых преступлений, определяющих механизм отмывания денег; роль и значение организаций, где были выявлены финансовые нарушения.

Механизм отмывания денег, обусловленный условиями и обстоятельствами совершения, сокрытия преступлений, связанными с финансовыми нарушениями, в первую очередь в банковской, налоговой сферах, с организованной преступностью, имеющей транснациональный характер, определяет направления поисково-познавательной деятельности субъектов доказывания.

Итак, Закономерная взаимообусловленность типичных проявлений условий и обстоятельств отмывания денег, направленных на легализацию преступных доходов, отражаясь в механизме преступной деятельности, является информационной моделью для установления пространственно-временных факторов, причинно-следственных отношений, для диагностирования и прогнозирования условий и обстоятельств конкретного события преступления, выдвижения и проверки версий относительно обстоятельств, подлежащих доказыванию. Иными словами, типичные проявления условий и обстоятельств отмывания денег отражаются объективно-субъективными факторами механизма преступной деятельности, направленной на легализацию преступных доходов.

Таким образом, познание механизма преступной деятельности, связанной с легализацией преступных доходов, направлено на оптимизацию процесса раскрытия, расследования и предупреждения рассматриваемых категорий дел путем определения эффективных средств и способов оказания противодействия, один из которых — международно-правовые вопросы механизмов регулирования взаимодействия правоохранительных, судебных и финансовых органов. Механизмы международного сотрудничества являются эффективными средствами оказания противодействия процессам легализации преступных доходов.

References

- 1 *Nigmatulin A.* The prevention of money laundering in the Republic of Kazakhstan. Textbook. — LP «TSBO and MI», Astana, 2012. — 184 p.
- 2 *Sedykh A.V.* Application of technical and forensic tools and techniques for the detection and investigation of crimes in the banking sector. Dissertation for the degree of Candidate of Sciences. — Moscow, 2003. — 185 p.
- 3 *Krepysheva S.K.* Formation of predictive methods of investigation of crimes related to money (money laundering). Dissertation for the degree of Candidate of Sciences. — Nizhny Novgorod, 2001. — 189 p.

4 *Zhambalov D.B.* Basic methods to investigate money laundering or other property acquired by criminal means. Dissertation for the degree of Candidate of Sciences. — Krasnoyarsk, 2004. — 189 p.

5 About counteraction to legalization (laundering) of the income received by an illegal way, and terrorism financing the Law of the Republic of Kazakhstan from August 28, 2009 of No. 191-IV of the Sheet of Parliament of the Republic of Kazakhstan, 2009. — № 19, Art. 87; 2010, № 7, Art. 32; «The Kazakhstan truth» from 08.09.2009, № 214 (25958).

6 *Bebia Z.R.* The role of forensic data in the method of the investigation of the crime of tax evasion with the organization. Dissertation for the degree of Candidate of Sciences. — St.-Petersburg, 2004. — 210 p.

Б.Р.Сембекова

Қылмыстық жолмен алынған табыстарды заңдастырумен байланысты қылмыстық мән-жайларды белгілеу

Мақалада қылмыстық жолмен алынған табыстарды заңдастырумен байланысты қылмыстарды тергеу мен алдын алу кезіндегі қылмыстық-құқықтық және қылмыстық іс жүргізушілік міндеттерді шешу кезіндегі криминалистикалық қамтамасыз етілетін сұрақтар қарастырылды. Қылмыстық табыстарды заңдастыруға бағытталған қылмыстық әрекеттің анықтаушы белгілер көрсетілген. Қылмыс жасаудың мән-жайы үрдісі ретіндегі қылмыстық ақшалардың алыну механизмі қылмыстық жолмен алынған табыстарды заңдастырумен байланысты қылмыстарды тергеудің ақпараттық моделі ретінде зерттелді.

B.R.Sembekova

Establish the circumstances of the crime, related to money laundering

In article questions of criminalistic providing the decision criminally — legal and criminally — procedural tasks are considered at disclosure, investigation and the prevention of the crimes directed on legalization of the criminal income. Defining signs of the criminal activity directed on legalization of the criminal income are opened. The money laundering mechanism as process of expression of typical manifestations of conditions and circumstances of commission, crimes, is considered as information model of investigation of the crimes connected with legalization of the illegal income.

УДК 35.071.51+341.225.5

Л.С.Байбекова

Евразийский национальный университет им. Л.Н.Гумилева, Астана (E-mail: akutb@mail.ru)

Особенности применения метода срединной линии для делимитации морского пространства между прибрежными государствами

В статье детально рассмотрены особенности практического применения метода срединной линии для делимитации морских пространств между прибрежными государствами. Особое внимание уделено основным положениям Конвенции ООН 1958 г. и Конвенции ООН 1982 г. по вопросам разграничения морских пространств. Оценено достоинство метода срединной линии. Отмечено, что приведенные в настоящей статье анализы однозначно доказывают несовершенство метода срединной линии. Определено, что именно невозможность учета конфигурации, протяженности и взаимного расположения исходных (береговых) линий прибрежных государств является главной причиной несовершенства данного метода.

Ключевые слова: территориальное море, прилежащая зона, континентальный шельф, исключительная экономическая зона, срединная линия, исходная линия, береговая линия, конвенция, делимитация, прибрежное государство.

Разграничению морского пространства между береговыми государствами всегда уделяется особое внимание. Конференция, проходившая в Женеве с 24 февраля по 27 апреля 1958 г., была представлена 82 государствами. На ней были приняты следующие важные для института делимитации конвенции: Конвенция ООН о континентальном шельфе 1958 г. (особенно ее ст. 6), Конвенция ООН о территориальном море и прилежащей зоне 1958 г. (ст. 12), которые внесли весомый вклад в развитие международного морского права и повлияли на развитие национального законодательства приморских государств.

Пункт 1 ст. 6 Конвенция ООН о континентальном шельфе 1958 г. гласит: «Если один и тот же континентальный шельф примыкает к территории двух или нескольких государств, берега которых расположены один против другого, границы между шельфами определяются соглашением между ними. В случае, если соглашение отсутствует и если нет особых обстоятельств, которые оправдывали бы установление иной линии границы, границей между шельфами является срединная линия, каждая точка которой отстоит на равном расстоянии от ближайшей точки исходной линии, от которой отсчитывается ширина территориального моря каждого из государств» [1].

Пункт 2 ст. 6 Конвенция ООН о континентальном шельфе 1958 г. гласит: «Если один и тот же континентальный шельф примыкает к территории двух смежных государств, граница шельфа определяется соглашением между ними. При отсутствии соглашения и если иная линия не оправдывается особыми обстоятельствами, граница определяется по принципу равного отстояния от ближайших точек тех исходных линий, от которых отмеряется ширина территориального моря каждого из этих двух государств» [1].

Аналогичный метод срединной линии для разграничения территориального моря был определен ст. 12 Конвенции ООН о территориальном море и прилежащей зоне 1958 г. [2].

Итак, Конвенции 1958 г. установили, что главное правило разграничения континентального шельфа — это взаимное соглашение государств. В случае его отсутствия применяется метод срединной (равноотстоящей) линии. Но, как показала дальнейшая практика, юридические нормы, установ-

ленные в этих Конвенциях, до конца не смогли решить проблему морских границ между государствами. Морские споры становились источниками возникновения опасных конфликтных ситуаций между государствами. История данного вопроса отчетливо свидетельствует о больших трудностях, возникающих почти всякий раз, когда речь идет об установлении внешнего предела или внешних границ морских пространств. Примерами такого рода ситуаций являются греко-турецкий спор о делимитации континентального шельфа Эгейского моря в середине 1970-х гг, делимитация континентального шельфа Персидского залива между Ираном, Ираком, Кувейтом и др.

Также показательный пример: в феврале 1964 г. в Международный Суд ООН поступило заявление ФРГ, Дании и Нидерландов. Стороны просили Суд вынести решение о том, какие методы, принципы и нормы международного права должны быть применены к разграничению континентального шельфа в Северном море.

По нашему мнению, это означает, что метод срединной линии оказался непригодным для решения данной проблемы. Одним словом, этот метод не позволяет решить делимитацию морских пространств в полном объеме, следовательно, нуждается в совершенствовании.

Стало очевидным, что существует потребность в глубоком исследовании данного вопроса.

Следующим шагом для развития международного морского права было проведение Международной конференции по морскому праву в 1982 г.

В ходе Конференции ООН особое место занимал вопрос о делимитации морских пространств. Распространение деятельности государств на новые морские пространства (как исключительная экономическая зона, которая также нуждалась в разграничении между береговыми государствами, вынудило участников Конференции заново вернуться к этому вопросу. Принятию Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. предшествовал длительный процесс переговоров (около 10 лет).

Проблема делимитации территориального моря между государствами с противолежащими или смежными побережьями решился без особого труда. Была принята ст. 15 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., которая гласит: «Если берега двух государств расположены один против другого или примыкают друг к другу, ни то ни другое государство не имеет права, если только между ними не заключено соглашение об ином, распространять свое территориальное море за срединную линию, проведенную таким образом, что каждая ее точка является равноотстоящей от ближайших точек исходных линий, от которых отмеряется ширина территориального моря каждого из этих двух государств...» [3].

Обратим внимание, что для случая территориального моря принцип срединной линии становится обязательным (см.: «ни то, ни другое государство не имеет права... распространять свое территориальное море за срединную линию...»).

В ходе обсуждения проблемы делимитации исключительной экономической зоны и континентального шельфа между государствами с противолежащими и (или) смежными побережьями появились большие трудности. В процессе переговоров произошло разделение государств на две группы, которые высказывали противоположные позиции. Противоположность позиций особенно ярко проявлялась в различных взглядах на принципы, методы и способы, применяемые при делимитации морских пространств [4].

«Группа 22», состоявшая из 22 стран, в числе которых были Испания, Канада, Дания, Япония, Югославия, Швеция, Великобритания, Италия и др., предлагала осуществить делимитацию путем соглашения, с применением принципа срединной линии или линии равного отстояния.

Другая группа — «группа 29», состоявшая из 29 государств, в числе которых были Ирландия, Алжир, Аргентина, Франция, Ирак, Кения, Турция и др., предлагала осуществить делимитацию путем соглашения, в соответствии с принципами справедливости, с учетом всех существенных обстоятельств и с применением какого-либо метода, где это необходимо, для достижения справедливого решения. К тому времени в проекте будущей Конвенции появились статьи и положения об исключительной экономической зоне.

Разногласия заключались прежде всего в том, что «группа 22» расценивала «срединную линию» не только как метод, но и как принцип. При этом ставилась под сомнение роль «принципа справедливости», поскольку этот принцип был, якобы, не исследован, а множество других проблем можно было решить посредством «особых обстоятельств».

«Группа 29» отстаивала позицию, что срединная линия является методом, а основной принцип, который применяется при разграничении морских пространств, — это принцип справедливости.

После длительных переговоров стороны пришли к компромиссной формулировке и были приняты ст.ст. 74 и 83 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., которые имеют почти идентичную формулировку [3]. Статья 74 была принята для делимитации исключительной экономической зоны, а ст. 83 — для делимитации континентального шельфа.

1. Делимитация исключительной экономической зоны (континентального шельфа) между государствами с противоположными или смежными побережьями осуществляется путем соглашения на основе международного права, как это указывается в ст. 38 Статута Международного Суда, в целях достижения справедливого решения.

2. Если в течение разумного срока не может быть достигнуто соглашение, заинтересованные государства прибегают к процедурам, предусмотренным в части XV Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.

3. До заключения соглашения, как предусматривается в п. 1, заинтересованные государства в духе взаимопонимания и сотрудничества предпринимают все усилия для того, чтобы достигнуть временной договоренности практического характера и в течение этого переходного периода не ставить под угрозу достижение окончательного соглашения или не препятствовать его достижению. Такая договоренность не должна наносить ущерб окончательной делимитации.

4. Когда между заинтересованными государствами имеется действующее соглашение, вопросы, относящиеся к делимитации исключительной экономической зоны (континентального шельфа), решаются в соответствии с положениями этого соглашения.

Проблема делимитации прилегающей зоны между государствами с противоположными и смежными побережьями осталась открытой, она не нашла отражения в новой Конвенции 1982 г.

Заметим, что слова о срединной линии в ст.ст. 74 и 83 Конвенции 1982 г., в отличие от Конвенций 1958 г., не используются, тем самым Конвенция 1982 г. не обязывает государства применять метод срединной линии для делимитации исключительной экономической зоны и континентального шельфа.

Возникает закономерный вопрос: чем была вызвана необходимость изменять норму о делимитации континентального шельфа? Несомненно, что одной из основных причин могла быть международная практика. Например, по мнению А.Л.Колодкина, основным средством разграничения континентального шельфа служит соглашение между государствами. В то же время в научной юридической литературе при оценке практики применения Конвенции 1958 г. по разграничению континентального шельфа отмечалось, например, С.В.Молодцовым [5], что государствами, как правило, использовался способ срединной линии. Несомненно, здесь нет никаких противоречий, так как государства добровольно, по взаимному согласию, использовали при делимитации континентального шельфа метод срединной линии, а не в силу того, что не было достигнуто соглашения между ними или отсутствовали особые обстоятельства, и они просто вынуждены были прибегнуть к указанным методам.

Срединная линия как метод разграничения континентального шельфа была использована в соглашениях между СССР и Финляндией в Финском заливе [6]. Этот метод также был использован для разграничения континентальных шельфов в северо-восточной части Балтийского моря, а также в соглашениях между Англией и Норвегией, Англией и Голландией, Англией и Данией.

С другой стороны, ряд соглашений о разграничении континентального шельфа был заключен государствами с учетом «особых обстоятельств». К ним можно отнести соглашения между Ираном и Бахрейном, Ираном и Катаром [7]. В основу этих соглашений была положена идея справедливого разграничения континентального шельфа, над которым государства имеют суверенные права в соответствии с международным правом.

Из этих примеров следует, что оценка государствами положений ст. 6 Конвенции 1958 г. с точки зрения их международно-правового значения не является единообразной.

Пункт 1 статей 74 и 83 Конвенции 1982 г. призывает решить проблему делимитации континентального шельфа и исключительной экономической зоны путем соглашения на основе международного права в целях достижения справедливого решения.

Пункт 3 статей 74 и 83 Конвенции 1982 г. рекомендует сторонам предпринимать все усилия для того, чтобы достичь временной договоренности практического характера и в течение переходного периода не ставить под угрозу достижения окончательного урегулирования. В пункте 2 статей 74 и 83 говорится о необходимости для сторон прибегнуть к процедуре, предусмотренной в части XV Конвен-

ции 1982 г., т.е. к судебному урегулированию споров, если стороны в течение разумного срока не смогут достичь соглашения.

Следует сказать, что и после принятия Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. многие проблемы по разграничению морских пространств остались нерешенными. Например, до сих пор не решается проблема делимитации морского пространства между Россией (СССР) и США в Беринговом море. К этому примеру также можно отнести проблему делимитации морского пространства между Россией (СССР) и Японией в Японском море. В настоящее время также не решена проблема делимитации Каспийского моря.

Подобные примеры можно привести по всем континентам земного шара. После 1982 г. многие государства обращались в Международный Суд ООН с просьбой вынесения решений по спорам о делимитации морских пространств.

Заслуживает внимания следующий пример. В 1985 г. Международный Суд ООН вынес решение по спору о делимитации континентального шельфа между Ливией и Мальтой в Средиземном море. Спор был обусловлен тем, что еще в 1976 г. эти страны заключили между собой договор о делимитации континентального шельфа. Пройдя длительный переговорный процесс, стороны к какому-либо положительному соглашению не смогли прийти. В 1982 г. стороны совместно подали заявление в Высокий Суд. Они просили вынести решение по следующим вопросам: «какие принципы и нормы международного права применимы для делимитации континентального шельфа, прилегающего к побережьям этих стран, и как на практике без особых осложнений можно применить эти решения».

Суд вынес следующее решение:

«1. Линия делимитации должна быть проведена в соответствии с принципами справедливости и с учетом всех относящихся к делу обстоятельств, для достижения справедливого результата.

2. Протяженность континентального шельфа может достигать 200 морских миль, и естественная пролонгация не может быть основанием распространения юрисдикции за ее пределы».

В пункте 3 Суд указал, что окончательное решение должно быть принято с учетом таких обстоятельств, как береговая конфигурация, ее протяженность и длина шельфа. Для этого в пункте 4 Суд предложил провести медианную линию (т.е. срединную линию), которая должна равно отстоять от исходных линий [8].

Два факта этого решения обращают на себя особое внимание.

1. Международный суд ООН, несмотря на то, что в ст.ст. 74 и 83 Конвенция по морскому праву 1982 г. отказалась от принципа срединной линии, рекомендует сторонам решить проблему делимитации континентального шельфа методом срединной линии.

2. При этом Суд также рекомендует принять во внимание протяженность и конфигурацию береговой линии.

По нашему мнению [9], решая проблему делимитации методом срединной линии, абсолютно невозможно учесть протяженность и конфигурацию береговой линии. Это следует из самого определения срединной линии. Согласно ст.15 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., «срединная линия проводится таким образом, что каждая ее точка является равноотстоящей от *ближайших точек исходных линий*, от которых отмеряется ширина территориального моря каждого из этих государств».

Из этой формулировки видно, что при определении границ секторального разделения морской территории (пусть она будет территориальным морем или континентальным шельфом или чем-то другим) методом срединной линии рассматриваются только ближайшие точки исходных линий берегов каждой страны, а остальные точки в расчет не берутся. В принципе все точки исходной линии должны иметь определенную значимость. Каждая точка исходной линии, независимо от того, является ли она самой ближайшей или отдаленной, должна внести свой вклад в процесс разделения морских зон. Если рассмотреть этот вопрос с «юридической» точностью, то соседние точки должны быть не менее «весомыми», чем сама ближайшая точка. Мы убеждены, что рассмотрение только ближайших точек, без рассмотрения других, соседних к ним, также удаленных точек, совокупность которых определяет конфигурацию, протяженность и взаимное расположение береговых (исходных) линий прибрежных государств, неизбежно должно привести к искаженным результатам. Мы полагаем, что именно невозможность учета конфигурации, протяженности и взаимного расположения исходных линий является главной причиной несовершенства метода срединной линии. Следовательно, применение метода срединной линии для делимитации морских зон, не исключено, приведет к искаженным картинам, при этом получаемые результаты будут неверными [10].

При делимитации любого морского пространства, как верно рекомендует Высокий Суд ООН, необходимо в полном объеме учесть конфигурацию и протяженность береговой (исходной) линии.

С другой стороны, как было сказано выше, метод срединной линии не сможет это обеспечить. Следовательно, приведенное выше решение Международного Суда ООН, которое, призывая решить проблему справедливо и предлагая решить проблему делимитации морского пространства методом срединной линии и при этом рекомендуя принять во внимание протяженность и конфигурацию береговой линии, привело спорящие стороны к новой тупиковой ситуации.

Главной причиной такой ситуации, по нашему мнению, является то, что метод срединной линии нуждается в совершенствовании. Следовательно, вопрос о совершенствовании института делимитации (в частности методов разграничения морских пространств) заслуживает детального рассмотрения и особого внимания.

References

- 1 The Convention of the United Nations on a continental shelf of 1958 / <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1266932>
- 2 The Convention of the United Nations on the territorial sea and contiguous zone of 1958 / http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/gclos/gclos_r.pdf
- 3 The Convention of the United Nations on a marine law 1982 г. / <http://rise.odessa.ua/texts/JUNKLOS82.php3>
- 4 *Molchan L.P., Yankov A.* Legal regime of sea coastal spaces // *World Ocean and international law.* — Moscow: Beck. — 1987. — P. 185–190.
- 5 *Molodtsov S.V.* Legal regime of sea waters. — Moscow: International relations. — 1982. — P. 208.
- 6 *Sheets of the Supreme Council of the USSR.* — 1966. — № 33. — P. 740.
- 7 *National Legislation and Treaties Relating to the Law of the Sea.* United Nations. — N.Y., 1974. — P. 416–417.
- 8 *Pampulov D.Z.* International legal mode of sea waters and bottom of the Mediterranean Sea. — Moscow: Beck. — 1987. — 228 p.
- 9 *Baibekova L.S.* About differentiation of an exclusive economic zone and a continental shelf between the states // *The Law and time.* — 2012. — № 2 (134). — P. 70–73.
- 10 *Baibekov S.N., Abdiraiym B.Zh., Baibekova L.S.* A new method of modeling of sectoral division of the marine territory between the states // *Works of the II International scientific and practical conference «Society information».* MES and ENU name after L.N.Gumilev. — Astana, 2010. — P. 356–363.

Л.С.Байбекова

Теңіз аймағын жағалаулас мемлекеттер арасында бөлуге орта сызық әдісін қолданудың ерекшеліктері

Мақалада теңіз аймақтарын жағалаулас мемлекеттер арасында бөлуге орта сызық тәсілін қолданудың ерекшеліктері қарастырылды. 1958 жылғы және 1982 жылғы БҰҰ Конвенцияларының теңіз аймақтарын межелеу шарттарына ерекше көңіл аударылды. Келтірілген мысалдар орта сызық тәсілінің кемшіліктерін көрсетті. Орта сызық тәсілі көршілес мемлекеттердің жағалау сызықтарының конфигурациясын, ұзындығын және олардың өзара орналасуын толық есепке ала алмауы кемістігінің басты себебі екені анықталды.

L.S.Baibekova

Features of application of the method the median line for delimitation of the sea spaces between coastal spaces

The article is detail consider the features of practical application of the method of the median line for delimitation of sea spaces between the coastal states. The special attention is given to basic provisions of the Convention of the United Nations of 1958 and the Convention of the United Nations of 1982 concerning differentiation of sea spaces. The advantage of the method of the median line are estimated. The analyses provided in the present article clearly showing on imperfection of the method of the median line. At the end of article is defined what exactly the impossibility of the accounting of a configuration extent and a relative positioning of initial (coastal) lines of the coastal states is the main reason of imperfection of a method of the median line.

АВТОРЛАР ТУРАЛЫ МӘЛІМЕТТЕР СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Ahmetova, N.S. — Candidate of jurisprudence sciences, the professor candidate of jurisprudence, associate Professor of the chair of the theory and history of state and law, Y.A.Buketov Karaganda State University.

Aliyeva, L.R. — Art. lecturer in civil and labor law, Y.A.Buketov Karaganda State University.

Amandykova, S.K. — Doctor of legal sciences, Professor, Head of Department of Constitutional and International Law, Y.A.Buketov Karaganda State University.

Arenova, L.K. — Candidate of jurisprudence, associate Professor of the chair of criminal process and criminalistics, Y.A.Buketov Karaganda State University.

Baybekova, L.S. — Doctor PhD-doctoral ENU, ENU specialty «Jurisprudence», Astana.

Christian, Tsomplak — Doctor PhD, Professor of the University of Wroclaw, Poland.

Kizdarbekova, A.S. — PhD, associate professor Department of Civil and Labor Law, Y.A.Buketov Karaganda State University.

Marcos, Augusto Maliska — Doctor PhD, Professor of the University of Brazil.

Mendyk, Bartos — Doctor PhD, Warsaw, Poland.

Mironenko, Yu.D. — The undergraduate of law department, Y.A.Buketov Karaganda State University.

Sembekova, B.R. — Candidate of jurisprudence, associate Professor of the chair of criminal process and criminalistics, Y.A.Buketov Karaganda State University.

Tkhabisimova, L.A. — Doctor of legal sciences professor, deputy director for scientific work of the North Caucasian Institute of Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration.

Tokatov, R.A. — The senior lecturer of chair of the civil and labor law, Y.A.Buketov Karaganda State University.

Zhakupov, B.A. — PhD, assistant professor of Criminal Procedure of the Police Academy of Karaganda.

Zhamieva, R.M. — PhD, candidate of jurisprudence, associate professor Department of Criminal Procedure and Criminalistic, Y.A.Buketov Karaganda State University.

**2012 жылғы «Қарағанды университетінің хабаршысында»
жарияланған мақалалардың көрсеткіші.
«Құқық» сериясы**

№ б.

КОНСТИТУЦИЯЛЫҚ ЖӘНЕ ХАЛЫҚАРАЛЫҚ ҚҰҚЫҚ

<i>Амандықова С.К.</i> Қазақстан Республикасы Конституциялық Кеңесінің нормативтік қаулыларындағы адам және азаматтардың құқықтары мен бостандықтары конституциялық тұжырымдамасының дамуы.....	3	3
<i>Амандықова С.К.</i> Қазақстан Республикасы ұлттық қауіпсіздігінің конституциялық-құқықтық негіздері.....	2	3
<i>Амандықова С.К., Диль А.В.</i> Қазақстан Республикасында адам және азаматтың құқығы мен еркіндігі тұжырымдамасын қалыптастыруына Конституциялық Кеңестің рөлі.....	1	9
<i>Амандықова С.К., Кристиан Цомплак.</i> Қазақстан Республикасының конституциялық доктринасындағы адам және азаматтардың құқықтық мәртебесінің қалыптасуы мен дамуы.....	4	3
<i>Әбдәкімова Д.А.</i> Қазақстан Республикасының ұлттық қауіпсіздігінің сыртқы саяси негіздері.....	2	18
<i>Әлибаева Г.А.</i> Атқару билігі — Қазақстан Республикасының конституциялық құндылығы.....	2	9
<i>Базарова Г.С.</i> Әлеуметтік-экономикалық саясатты Қазақстан Республикасының 2010 жылдан 2020 жылға дейінгі кезеңге арналған құқықтық саясат тұжырымдамасына сай құқықтық реттеу мәселелері.....	1	20
<i>Бартош Мендык.</i> Емдеу әдістерін патенттеу саласында <i>de lege ferenda</i> салыстырмалы талдау және қағидалары.....	4	25
<i>Божқараулы А.</i> Ұлттық және аймақтық көші-қон үрдісін реттеудің ерекшелігі.....	1	14
<i>Елеусізова И.К.</i> Өнеркәсіптік меншік объектілерінің құқықтық реттелуінің шетел тәжірибесі.....	3	8
<i>Ержанова Ф.А.</i> Конституциялық бақылау объектілерінің конституциялығын бағалаудың бірқатар қырлары.....	2	24
<i>Көбеев Е.Қ.</i> Қазақстан Республикасында конституциялық реформалар жағдайында әлеуметтік мемлекеттіктің қалыптасуы және дамуы.....	1	4
<i>Маркус Августо Малиска.</i> 1988 жылғы Бразилия Конституциясы.....	4	10
<i>Мүсілімова К.С.</i> Қазақстан Республикасындағы Мемлекеттік қызметтің жаңа тұжырымдамасы тұрғысындағы мемлекеттік қызмет институтының дамуы.....	1	32
<i>Сабыров А.С.</i> Каспий теңізінің құқықтық мәртебесі және Қазақстан Республикасы.....	3	16
<i>Смирнова Е.С.</i> Еуразия аумағындағы азаматтық институт пен адам құқықтарын қорғау: тарихи және тәжірибелік мәселелер.....	3	23
<i>Тхабисимова Л.А.</i> Кабардино-Балкар Республикасының мемлекеттік басқару жүйесіндегі КБР Басшысының рөлі мен орны.....	4	18

МЕМЛЕКЕТ ЖӘНЕ ҚҰҚЫҚ ТЕОРИЯСЫ МЕН ТАРИХЫ

<i>Ахметова Н.С., Байжанова К.Т.</i> Мемлекет табиғатын зерттеуге жаңаша көзқарастар.....	1	43
<i>Ахметова Н.С., Кордас И.А.</i> Нормативтік құқықтық аспектілер түсінігінің теориялық-құқықтық аспектілері және заңды табиғаты.....	1	38
<i>Ахметова Н.С., Мироненко Ю.Д.</i> Ұлттық құқықтық жүйесінің конвергенциясы және оның ықпалы Қазақстанның заңнамасында.....	4	37
<i>Қожахметов Ф.З.</i> XX ғасырдың басындағы Ресейдегі парламент және патша өкіметі.....	1	53
<i>Қожахметов Ф.З.</i> КСРО-дағы ұлттық-мемлекеттік құрылыс пен социализмді орнатудағы сталиндік көзқарас.....	2	33
<i>Қожахметов Ф.З.</i> Саяси тұтқындардың еңбегін пайдаланудың мемлекеттік-құқықтық механизмі сталиндік экономиканың құрамдас бөлігі ретінде.....	3	30
<i>Турлаев А.В., Шәкірова А.Б.</i> Азаматтық қоғам мен құқықтық мемлекеттің дамуындағы теоретикалық-тарихи аспектілер.....	1	59
<i>Турлаев А.В., Шәкірова А.Б.</i> Қазақстан Республикасында азаматтық қоғамның қалыптасуы мен дамуы.....	3	34

АЗАМАТТЫҚ ҚҰҚЫҚ ЖӘНЕ АЗАМАТТЫҚ-ПРОЦЕССУАЛДЫҚ ҚҰҚЫҚ

<i>Әлиева Л.Р.</i> Азаматтық іс жүргізудегі ерекше өндіріс бойынша істерді қарастыру мәселелерін.....	4	45
<i>Қыздарбекова А.С.</i> Кәсіпкерлік дауларды шешудің баламалы тәсілдері.....	2	47
<i>Қыздарбекова А.С.</i> Кәсіпкерлік қызметті реттеуші заңнама жүйесі туралы мәселеге.....	4	51
<i>Мұқанова М.Ж.</i> Эмбрионның құқықтық мәртебесін анықтау мәселелері	1	66
<i>Тоқатов Р.А.</i> Франчайзинг шартының қалыптасуының теориялық аспектілеріне жалпы сипаттама.....	4	57
<i>Ілиясова Г.А.</i> Қазақстан Республикасының заңнамасы бойынша көліктік шарттар жүйесі	2	40

ҚЫЛМЫСТЫҚ ПРОЦЕСС ЖӘНЕ КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Аренова Л.К.</i> Діни сараптама өндірісінің өзекті мәселелері.....	4	65
<i>Жәмиева Р.М., Жақытов Б.А.</i> Заң көмегін көрсетудің кейбір мәселелері: тарихи және шетелдік тәжірибе	4	72
<i>Захарова С.В.</i> Қылмыстық-процессуалдық нысанның түсінігі мен қасиеттері	2	66
<i>Сембекова Б.Р.</i> Қылмыстарды тергеу барысындағы қақтығысты әрекеттесу тәсілі ретіндегі жәбірленушінің виктимді мінез-құлқы	2	59
<i>Сембекова Б.Р.</i> Қылмыстық жолмен алынған табыстарды заңдастырумен байланысты қылмыстық мән-жайларды белгілеу	4	77
<i>Шелухин С.</i> Ресейдегі экономикалық қылмыстылықпен күресу мәселелері	2	54

ЖАС ҒАЛЫМ МІНБЕСІ

<i>Абыласимов М.Н.</i> Қазақстан Республикасы Конституциялық Кеңесінің құқықшығармашылық нысандары	3	75
<i>Байбекова Л.С.</i> Теңіз аймағын жағалаулас мемлекеттер арасында бөлуге орта сызық әдісін қолдандудың ерекшеліктері	4	84
<i>Балғымбекова Г.У., БЫЫрай А.К.</i> Қазақстан Республикасы және шет елдердің конституциялық нормаларындағы азаматтық институтты құқықтық реттеу	2	72
<i>Ботағарин Р.Б.</i> Қазақстан Республикасы саяси жүйесінің конституциялық-құқықтық негіздері	1	87
<i>Рүстембекова Д.К.</i> Қазақстан Республикасы мемлекеттік ұлттық саясатының кейбір теориялық-құқықтық аспектілері	1	92

КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Зорин Р.Г.</i> Қылмыстық іс жүргізудегі мәнді ақаулықтардың өрісі мен динамикасын анықтау үрдісін криминалистикалық қамтамасыз ету	1	75
<i>Сембекова Б.Р.</i> Қақтығыс криминалистикалық танудың объектісі ретінде	1	81

ӘКІМШІЛІК ҚҰҚЫҚ

<i>Василевич С.Г.</i> Кішігірім талан-таражыға салған үшін әкімшілік жауапкершілік	3	42
--	---	----

ҚЫЛМЫСТЫҚ ҚҰҚЫҚ

<i>Ниетуллаев Н.Н.</i> Заңсыз табыстарды заңдастыру және Қазақстандағы «көлеңкелі» экономика	3	50
<i>Өзбеков Д.О.</i> Ұйымдасқан топпен жасалатын қылмыстарды саралаудың кейбір мәселелері	3	58

ПРОКУРОРЛЫҚ ҚАДАҒАЛАУ ЖӘНЕ КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Василевич Г.А.</i> Құқықшығармашылық пен прокурорлық қадағалаудың сапасы	3	64
<i>Сембекова Б.Р.</i> Заңсыз кірістерді заңдастыруға байланысты қылмыстарды тергеудің конституциялық негізі	3	69

ҒЫЛЫМИ ХРОНИКА

«Тәуелсіздік — демократиялық мемлекеттің басты құндылығы» Республикалық ғылыми-практикалық конференциясы жайлы	1	98
--	---	----

**Указатель статей, опубликованных
в «Вестнике Карагандинского университета» в 2012 году.
Серия «Право»**

	№	с.
КОНСТИТУЦИОННОЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО		
<i>Amandykova S.K., Christian Tsomplak</i> Development and establishment of the legal status of individuals and citizens in the constitutional doctrine of the Republic of Kazakhstan	4	3
<i>Marcos Augusto Maliska</i> The Brazilian Constitution of 1988 year	4	10
<i>Абдакимова Д.А.</i> Внешнеполитические аспекты национальной безопасности Республики Казахстан.....	2	18
<i>Алибаева Г.А.</i> Исполнительная власть — конституционная ценность Республики Казахстан	2	9
<i>Амандыкова С.К., Диль А.В.</i> Роль Конституционного совета в формировании концепции прав и свобод человека и гражданина в Республике Казахстан.....	1	9
<i>Амандыкова С.К.</i> Конституционно-правовые основы национальной безопасности Республики Казахстан	2	3
<i>Амандыкова С.К.</i> Развитие конституционной концепции прав и свобод человека и гражданина в нормативных постановлениях Конституционного Совета Республики Казахстан	3	3
<i>Базарова Г.С.</i> Вопросы правового регулирования социально-экономической политики в соответствии с Концепцией правовой политики Республики Казахстан на 2010–2020 годы.....	1	20
<i>Бартош Мендык</i> Сравнительный анализ и постулаты <i>de lege ferenda</i> в сфере патентования методов лечения	4	25
<i>Божжараулы А.</i> Региональные и национальные особенности регулирования миграционных процессов.....	1	14
<i>Елеусизова И.К.</i> Зарубежный опыт правовой охраны объектов промышленной собственности.....	3	8
<i>Ержанова Ф.А.</i> Некоторые аспекты оценки конституционности объектов конституционного строя.	2	24
<i>Кубеев Е.К.</i> Формирование и развитие социальной государственности в условиях проводимых конституционных реформ в Республике Казахстан	1	4
<i>Мусилимова К.С.</i> Развитие института государственной службы в свете Концепции новой модели государственной службы Республики Казахстан	1	32
<i>Сабыров А.С.</i> Республика Казахстан и правовой статус Каспийского моря.....	3	16
<i>Смирнова Е.С.</i> Институт гражданства и защита прав человека в Евразийском регионе: вопросы истории и практики	3	23
<i>Тхабисимова Л.А.</i> Роль и место Главы Кабардино-Балкарской Республики в системе государственной власти КБР	4	18
ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА		
<i>Ахметова Н.С., Байжанова К.Т.</i> Новые подходы в изучении природы государства	1	43
<i>Ахметова Н.С., Кордас И.А.</i> Теоретико-правовые аспекты понятия и юридической природы нормативных правовых актов.....	1	38
<i>Ахметова Н.С., Мироненко Ю.Д.</i> Конвергенция национальных правовых систем и влияние на казахстанское законодательство	4	37
<i>Кожжахметов Г.З.</i> Парламент и самодержавие в России в начале XX века	1	53
<i>Кожжахметов Г.З.</i> Государственно-правовой механизм использования труда политических заключенных как составная часть сталинской экономики	3	30
<i>Кожжахметов Г.З.</i> Сталинский подход к социализму и национально-государственному строительству в СССР.....	2	33
<i>Турлаев А.В., Шакирова А.Б.</i> Теоретико-исторические аспекты развития гражданского общества и правового государства.....	1	59
<i>Турлаев А.В., Шакирова А.Б.</i> Становление и развитие гражданского общества в Республике Казахстан.....	3	34

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

<i>Alieva L.R.</i> To the question on disposal of special proceeding cases in civil process.....	4	45
<i>Ильясова Г.А.</i> Система транспортных договоров по законодательству Республики Казахстан	2	40
<i>Киздарбекова А.С.</i> Альтернативные способы разрешения предпринимательских споров.....	2	47
<i>Киздарбекова А.С.</i> К вопросу о систематизации законодательства, регулирующего предпринимательскую деятельность.....	4	51
<i>Муканова М.Ж.</i> Проблемы определения статуса эмбриона.....	1	66
<i>Токатов Р.А.</i> Общая характеристика теоретических аспектов формирования договора франчайзинга	4	57

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Cheloukhine S.</i> Problem of policing economic crime in Russia	2	54
<i>Аренова Л.К.</i> Актуальные вопросы производства религиозно-экспертной экспертизы	4	65
<i>Жамиева Р.М., Жакупов Б.А.</i> Некоторые проблемы оказания юридической помощи: исторический и зарубежный опыт.....	4	72
<i>Захарова С.В.</i> Понятие и свойства уголовно-процессуальной формы	2	66
<i>Сембекова Б.Р.</i> Установление обстоятельств преступлений, связанных с легализацией незаконных доходов	4	77
<i>Сембекова Б.Р.</i> Виктимное поведение потерпевшего как способ конфликтного взаимодействия при расследовании преступлений	2	59

ТРИБУНА МОЛОДОГО УЧЕНОГО

<i>Абыласимов М.Н.</i> Формы правотворчества Конституционного Совета Республики Казахстан.....	3	75
<i>Байбекова Л.С.</i> Особенности применения метода срединной линии для делимитации морского пространства между прибрежными государствами	4	84
<i>Балгимбекова Г.У., Ыбырай А.К.</i> Правовое регулирование института гражданства в конституционных нормах Республики Казахстан и зарубежных стран.....	2	72
<i>Ботагарин Р.Б.</i> Конституционно-правовые основы политической системы Республики Казахстан ..	1	87
<i>Рустембекова Д.К.</i> Некоторые теоретико-правовые аспекты государственной национальной политики Республики Казахстан	1	92

КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Зорин Р.Г.</i> Криминалистическое обеспечение процесса распознавания диапазона и динамики существенных нарушений в уголовном судопроизводстве.....	1	75
<i>Сембекова Б.Р.</i> Конфликт как объект криминалистического познания.....	1	81

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

<i>Василевич С.Г.</i> Административная ответственность за мелкое хищение.....	3	42
---	---	----

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

<i>Ниетуллаев Н.Н.</i> Легализация незаконных доходов и «теневая» экономика Казахстана	3	50
<i>Узбеков Д.О.</i> Некоторые проблемы квалификации преступлений, совершенных организованной группой	3	58

ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР И КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Василевич Г.А.</i> Качество нормотворчества и прокурорский надзор	3	64
--	---	----

Указатель статей

<i>Сембекова Б.Р.</i> Конституционные основы расследования преступлений, связанных с легализацией незаконных доходов	3	69
--	---	----

ХРОНИКА НАУЧНОЙ ЖИЗНИ

Республиканская научно-практическая конференция «Независимость — главная ценность демократического государства»	1	98
---	---	----