

**ҚАРАҒАНДЫ  
УНИВЕРСИТЕТІНІҢ  
ХАБАРШЫСЫ**

**ВЕСТНИК**

**КАРАГАНДИНСКОГО  
УНИВЕРСИТЕТА**

ISSN 0142-0843

**ҚҰҚЫҚ**  
**сериясы**  
**№ 3(63)/2011**  
**Серия**  
**ПРАВО**

Шілде–тамыз–қыркүйек  
1996 жылдан бастап шығады  
Жылына 4 рет шығады

Июль–август–сентябрь  
Издается с 1996 года  
Выходит 4 раза в год

Собственник РГКП **Қарагандинский государственный университет  
имени 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 Комплак,       | д-р юрид. наук (Польша);     |
| К.З.Алимов,             | д-р юрид. наук (Узбекистан); |
| М.А.Сарсембаев,         | д-р юрид. наук;              |
| О.К.Кобабаев,           | 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,          | канд. юрид. наук;            |
| Б.Р.Сембекова,          | ответственный секретарь      |
|                         | канд. юрид. наук             |

Редакторы *Ж.Т.Нұрмұханова*  
Редактор *И.Д.Рожнова*  
Техн. редактор *А.М.Будник*

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](mailto:izd_kargu@mail.ru)

Басуға 22.09.2011 ж. қол қойылды.  
Пішімі 60×84 1/8.  
Офсеттік қағазы.  
Көлемі 9,0 б.т.  
Таралымы 300 дана.  
Бағасы келісім бойынша.  
Тапсырыс № 665.

Подписано в печать 22.09.2011 г.  
Формат 60×84 1/8.  
Бумага офсетная.  
Объем 9,0 п.л. Тираж 300 экз.  
Цена договорная. Заказ № 665.

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](mailto:vestnick_kargu@ksu.kz). Сайт: <http://www.ksu.kz>

© Карагандинский государственный университет, 2011

Зарегистрирован Министерством культуры, информации и общественного согласия Республики Казахстан.  
Регистрационное свидетельство № 1131–Ж от 10.03.2000 г.

## МАЗМҰНЫ

### КОНСТИТУЦИЯЛЫҚ ЖӘНЕ ХАЛЫҚАРАЛЫҚ ҚҰҚЫҚ

|   |    |
|---|----|
| <i>Амандықова С.К.</i> Қазақстан Республикасының 1995 жылғы Конституциясында адам және азамат құқықтарының конституциялық-құқықтық бекітілуі .....                          | 3  |
| <i>Әбдакімова Д.А.</i> ТМД мемлекеттерінің еңбек көші-қоны сұрақтарын реттеу бойынша халықаралық-құқықтық ынтымақтастығы.....   | 10 |
| <i>Кристиан Комплак.</i> Польшалық Конституциялық трибуналдың қызметіндегі теңбе-теңдік қағидасы .....  | 16 |
| <i>Мүсілімова К.С.</i> Қазақстан Республикасының сыбайлас жемқорлыққа қатысты заңнамасындағы жаңалықтар .....   | 21 |
| <i>Әбікенова Г.Б.</i> Ғаламдану жағдайындағы Қазақстан Республикасындағы мемлекеттік қызметтің қалыптасу және реформалану сұрақтары жайлы .....                             | 26 |
| <i>Балгимбекова Г.У., Исабекова В.Н.</i> Қазақстан Республикасындағы азаматтық туралы істер бойынша өндіріс пен шешімдерді орындаудың теоретикалық-құқықтық негіздері ..... | 32 |

### АЗАМАТТЫҚ ҚҰҚЫҚ

|   |    |
|---|----|
| <i>Адышев Б.Т.</i> Халықаралық жеке құқықтағы заңды айналып өтудің салдары .....  | 37 |
| <i>Акимжанова М.Т., Ильясова Г.А.</i> Қазақстан Республикасында жолаушыларды және теңдеме жүктерді тасымалдау шартын құқықтық реттеудің кейбір мәселелері ..... | 43 |
| <i>Асылбекова Г.А., Абдрашева Т.М.</i> Шетел азаматтарының Қазақстан Республикасы балаларын асырап алудың ерекшеліктері мен құқықтық салдары .....              | 49 |

### ЖАС ҒАЛЫМ МІНБЕСІ

|   |    |
|---|----|
| <i>Абыласимов М.Н.</i> Қазақстан Республикасының Конституциялық Кеңес мүшелерінің құқықтық мәртебесі.....                           | 58 |
| <i>Кәрібаева А.Е.</i> Солтүстік Америка мен Еуропалық Одақ елдерінің бәсекелестігі туралы заңнамасын салыстырмалы-құқықтық талдау . | 63 |
| АВТОРЛАР ТУРАЛЫ МӘЛІМЕТТЕР.....   | 70 |

## СОДЕРЖАНИЕ

### КОНСТИТУЦИОННОЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

|   |    |
|---|----|
| <i>Амандықова С.К.</i> Конституционно-правовое закрепление прав человека и гражданина в Конституции Республики Казахстан 1995 года                      | 3  |
| <i>Абдакімова Д.А.</i> Международно-правовое сотрудничество государств СНГ по вопросам регулирования трудовой миграции .....                            | 10 |
| <i>Dr. Hab. Krystian Complak.</i> Le principe de proportionnalite dans la jurisprudence du tribunal constitutionnel polonais.....                       | 16 |
| <i>Мусилимова К.С.</i> Новое в антикоррупционном законодательстве Республики Казахстан .....  | 21 |
| <i>Абикенова Г.Б.</i> К вопросу о функционировании и реформировании государственной службы в Республике Казахстан в условиях глобализации .....         | 26 |
| <i>Балгимбекова Г.У., Исабекова В.Н.</i> Теоретико-правовые основы производства и исполнение решений по делам о гражданстве в Республике Казахстан..... | 32 |

### ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

|  |    |
|--|----|
| <i>Адышев Б.Т.</i> Последствия обхода закона в международном частном праве.....  | 37 |
| <i>Акимжанова М.Т., Ильясова Г.А.</i> Некоторые вопросы правового регулирования договора перевозки пассажиров и грузов в Республике Казахстан..... | 43 |
| <i>Асылбекова Г.А., Абдрашева Т.М.</i> Особенности и юридические последствия усыновления иностранными гражданами детей Республики Казахстан.....   | 49 |

### Трибуна Молодого Ученого

|  |    |
|--|----|
| <i>Абыласимов М.Н.</i> Правовой статус членов Конституционного Совета Республики Казахстан .....                                   | 58 |
| <i>Кәрібаева А.Е.</i> Сравнительно-правовой анализ законодательства о конкуренции стран Северной Америки и Европейского Союза..... | 63 |
| СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ.....   | 70 |

---

# КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В КОНСТИТУЦИИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН 1995 ГОДА

УДК 342.4 (574)

## Конституционно-правовое закрепление прав человека и гражданина в Конституции Республики Казахстан 1995 года

Амандыкова С.К.

*Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова*

Мақалада 1995 жылғы 30 тамыздағы ҚР Конституциясы адам және азаматтың құқықтық мәртебесінің бекітілуіне талдау жасалған. ҚР-дағы жеке тұлғаның құқықтық мәртебесінің бекітілуі жаңа теорияны қалыптастырғаны туралы ерекше аталған. Өркениетті қоғамды қалыптастыруда адамдық құндылықтарды құрметтеу, оны жүзеге асыру 1995 жылғы Конституцияда бекітілген конституциялық құқықтар мен бостандықтардың Қазақстандық тұжырымдамасы негізінде ғана мүмкін болады. Автор ҚР Конституциясында көрініс тапқан қомақты адамның құқығы мен бостандығы жаратылыстық-құқықтық тұжырымдамасына сүйенгенін, сондай-ақ бұл тұжырымдамаға сәйкес адам жаратылысынан өзіне тиесілі құқықтары мен бостандықтарының қайнар көзі болып табылады, оны ешкімнің айыруына болмайтындығы және абсолютті екендігі мойындалатындығын ашып көрсеткен.

The author analyzes the concept of rights and freedoms of man and citizen, provided in the Constitution of the Republic of Kazakhstan, adopted on August 30, 1995. A completely new theory lies in the consolidation of legal status of individual of the Republic of Kazakhstan. The core of the Kazakhstani concept of constitutional rights and freedoms is guaranteed by the Constitution of 1995 which consists of universal values, for which a civilized society went for a long time. In general, it should be noted that the new approach to human rights and freedoms laid down in the last Constitution of Kazakhstan, is based on the recognition of common human values, including the idea of respecting the human rights, its legal protection, autonomy, identity, existence, scope, which are free from State intervention and officials' arbitrariness.

Конституционная доктрина Казахстана закрепила положение о естественном происхождении прав индивида и в ст.12, п.2, провозгласила, что права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми.

Одной из новелл современной конституции является установление о том, что права и свободы человека определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов. Это означает, что при издании законов Республики Казахстан государство должно исходить из конституционных прав и свобод индивида, из интересов человека и гражданина. Данная статья конституции впервые реально воплощает в жизнь казахстанского общества принципы конституционализма, в частности, принцип приоритета личности перед государством.

В то же время осуществление прав и свобод человека и гражданина имеет ограничительные рамки, которые выражаются в следующем:

- 1) оно не должно нарушать права и свободы других лиц;
- 2) оно не должно посягать на конституционный строй;
- 3) оно не должно посягать на общественную нравственность.

Совершенно новая теория заложена в закреплении правового статуса личности Республики Казахстан. В основе казахстанской концепции конституционных прав и свобод, закрепленных Конституцией 1995 г., лежат общечеловеческие ценности, к которым долго шло цивилизованное общество. Многие положения Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной ассамблеей ООН от 10 декабря 1948 г. [1], нашли отражения в современной Конституции РК.

Необходимо отметить, что естественно-правовая концепция прав и свобод нашла свое всеобъемлющее выражение в Конституциях РК. Согласно данной концепции человек является источником своих естественных прав и свобод, которые признаются абсолютными и неотчуждаемыми в соответствии со ст. 12 Конституции РК 1995 г. [2]. Важно иметь в виду, что права и свободы человека, независимо от гражданской принадлежности, признаются государством Казахстан, гарантируются и защищаются им. В то же время права и свободы человека не тождественны с правами гражданина, хотя и взаимосвязаны. Права и свободы человека и гражданина представляют собой фундаментальную категорию Конституции РК, призванной утвердить человека как высшую ценность казахстанского общества. Обеспечение гражданских прав и свобод является одним из принципов формирующегося казахстанского конституционализма.

В Конституции 1995 г. впервые установлен в качестве субъекта конституционных прав и свобод не гражданин, т.е. лицо, официально принадлежащее к данному государству и, соответственно, пользующееся его покровительством, а каждый человек, независимо от его гражданской принадлежности. Признание Конституцией РК прав человека означает признание конституционной доктриной Казахстана естественных прав, носящих неотъемлемый характер. Права человека являются исходными, они присущи всем людям от рождения, независимо от того, являются они гражданами государства, в котором живут, или нет, а права гражданина включают в себя те права, которые закрепляются за лицом только в силу его принадлежности к государству (гражданство).

Таким образом, в современном праве различаются два понятия: «права человека» и «права гражданина». Под первыми, первоначально возникшими, понимаются права и свободы, присущие всем людям, независимо от их гражданства, вытекающие из естественного права, под вторыми — права и свободы, предоставляемые позитивным правом государства своим гражданам.

Термин «права человека» употребляется всегда в международном праве, а термин «права гражданина» — в конституционном и другом внутригосударственном праве. Термин «права человека» употребляется и в конституционном праве Республики Казахстан, поскольку он предоставляет права и свободы не только своим гражданам, но в значительной мере и негражданам, находящимся на территории государства. Права человека, исходящие из естественного, надгосударственного права не исключают их позитивного оформления в конституционном и другом законодательном материале; таким способом сглаживается определенная противоречивость двух названных групп прав и свобод, имеющих различное происхождение.

Раздел второй Конституции 1995 г. посвящен закреплению правового статуса человека и гражданина. В отличие от Конституции 1993 г., где основам правового положения гражданина Республики Казахстан был посвящен первый раздел, состоящий из семи глав, Конституция 1995 г. без подразделения на главы выделяет этим целям тридцать статей.

Институт гражданства претерпел значительные изменения. Необходимо отметить, что сущность гражданства характеризуется его основными принципами и общими началами, закрепленными в Конституции РК и Законе «О гражданстве Республики Казахстан» от 20 декабря 1991 г. с изменениями и дополнениями от 3 октября 1995 г. [3].

На наш взгляд, наиболее ценным при становлении института гражданства Республики Казахстан является новое концептуальное содержание данного института — прежде всего воплощение общечеловеческих ценностей, признание человека и государства равноправными субъектами, наделение их взаимной ответственностью. Эти основополагающие начала и составили систему принципов гражданства Республики Казахстан [4; 60, 61].

Важнейший принцип гражданства Республики Казахстан — признание взаимной ответственности гражданина и государства — закреплен в ст. 1 Закона «О гражданстве Республики Казахстан»: «Республика Казахстан в лице своих органов и должностных лиц ответственна перед гражданами Республики Казахстан, а гражданин Республики Казахстан ответствен перед Республикой Казахстан».

Одним из существенных принципов гражданства, впервые конституционно закрепленных в 1995 г., является принцип единства и равенства гражданства. Единство гражданства проявляется в том, что каждый человек в Республике Казахстан имеет право на гражданство. И все граждане Республики Казахстан, независимо от места проживания, обладают равными правами и равной ответственностью. Принцип равенства проявляется в том, что все граждане равны перед законом, независимо от оснований приобретения гражданства, происхождения, имущественного положения, расовой и национальной принадлежности и т.д.

Принцип равенства граждан является всеобъемлющим по своему содержанию. Один из важных принципов гражданства, закрепленных в Конституции 1995 г., — принцип моногражданства: за гражданином Республики Казахстан не признается принадлежность к гражданству другого государства. Проблемы двойного гражданства, появившиеся с момента принятия Закона «О гражданстве Республики Казахстан» в 1991 г., явились одной из причин возникших осложнений с рядом государств. Наличие граждан, обладающих двойным гражданством, создает сложности как для государства, так и для конкретного лица. Практика законодательства о гражданстве большинства стран направлена на сокращение лиц с двойным гражданством.

Один из известных ученых-специалистов по вопросам гражданства Н.В.Витрук считает, что нахождение лица в двойном гражданстве способно нанести ущерб суверенитету государства, считающего это лицо в соответствии с внутренним законодательством своим гражданином [5; 4].

Прежде всего, нарушается основополагающий принцип государства — осуществление полной юрисдикции государственной власти над своим гражданином. А с другой стороны, возникают трудности у гражданина в пользовании своими правами. Все это вынуждает государство принимать меры к ликвидации причин, порождающих двойное гражданство. Согласно п. 3 ст. 10 Конституции РК «за гражданином Республики Казахстан не признается гражданство другого государства». Конституция, закрепив такое положение, исключила возможность института двойного гражданства [4; 62, 63].

Необходимо отметить, что впервые в основе конституционной концепции прав и свобод Республики Казахстан было заложено учение о свободе. Причем доктрина казахстанского конституционализма в своей основе имеет учение о свободе, пытается найти разумный баланс между свободой и социальной свободой, свободой и государственным регулированием. Идея свободы вначале несла в себе идею свободы человека от государственного вмешательства. Далее же в своем концептуальном развитии свобода стала рассматриваться как «участие в создании такого общества, в котором каждый человек выступает как его естественная составная часть. Ибо если человек — это социальное по своей природе существо, с необходимостью включенное в политическое общество, то подлинная свобода — это не просто личная свобода или свобода от общества: она состоит в реализации благороднейших качеств человека и добровольном подчинении законам, которые он помогает создавать. Поэтому свобода не сводится только к либеральным процедурным ограничениям, она подразумевает наличие объективных критериев блага и справедливости. Свобода трактуется как средство личностного саморазвития. Свобода в контексте гражданских прав — это не только свобода от произвола власти, но и свобода формирования общественного предназначения человека — свобода стать более достойным гражданином, достойным жизни в гармоничном и справедливом государстве [6; 84].

На протяжении долгих лет выкристаллизовывались ясные представления о содержании свободы и ее соотношении с государством. Документальное закрепление эти представления о свободе нашли в Декларации о независимости США 1776 г., Всеобщей декларации прав человека, принятой ООН в 1948 г., во Французской декларации прав человека и гражданина 1789 г. Эти величайшие по своей значимости документы и заложили фундамент современной цивилизации, в них — смысл и цель правового, конституционного государства.

В Конституции РК нашло отражение не только право на жизнь, но проистекающее из него право на признание его правосубъектности. Конституционно закреплено право каждого защищать свои права и свободы всеми не противоречащими закону способами, включая необходимую оборону. Статья 2 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. указывает на необходимость обеспечения правовой защиты для любого лица, требующего такой защиты [7]. Пункты 2 и 3 ст. 13 Конституции реализуют в конституционном законодательстве республики указанную выше статью Международного пакта о гражданских и политических правах.

Так, п. 2 ст. 13 Конституции предоставляет каждому право на судебную защиту своих прав и свобод. Решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц также могут быть обжалованы в суде. Каждый вправе в соответствии с международными договорами Республики Казахстан обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты. Пункт 3 ст. 13 гарантирует право на получение квалифицированной юридической помощи.

Закон РК «Об адвокатской деятельности» от 5 декабря 1997 г. [8] в качестве основной задачи возлагает на адвокатуру содействие реализации гарантированного государством и закрепленного Конституцией РК права человека на судебную защиту своих прав, свобод и получение квалифициро-

ванной юридической помощи. Статья 6 Закона «Об адвокатской деятельности» предусматривает случаи оказания юридической помощи бесплатно. При этом доверители, по их просьбе, освобождаются от оплаты, а юридическая помощь оказывается адвокатами за счет средств адвокатской конторы либо коллегии адвокатов.

Одним из важнейших принципов конституционализма является равенство. Казахская конституция закрепляет этот принцип в ст. 14 Конституции РК, в которой утверждается: «Все равны перед законом и судом». В ныне действующей конституции в таком виде нашла отражение ст. 7 Всеобщей декларации прав человека, где утверждалось, что «все равны перед законом и имеют право, без всякого различия, на равную защиту закона». Равенство всех перед законом означает одинаковое юридическое положение граждан (и неграждан) перед законом, т.е. совпадение всего комплекса прав и обязанностей у всех лиц. Содержание равенства предполагает отсутствие незаконных привилегий и запрет дискриминации по любым основаниям.

Пункт 2 ст. 14 конституционно закрепляет охрану личности от какой-либо дискриминации по мотивам происхождения, социального, должностного и имущественного положения, пола, расы, национальности, отношения к религии, убеждений, места жительства и т.д.

Конституция правового государства обеспечивает юридическое, т.е. формальное, равенство между людьми. Смысл формального равенства состоит в предоставлении всем равных стартовых возможностей, реализация которых зависит от таланта, разума и предприимчивости каждого человека. Закон не может без риска уничтожения свободы человека регулировать эти человеческие качества. Попытка привести их к «средней» величине неминуемо ведет к торможению общественной активности людей, утрате энергии самых сильных и общественно полезных личностей. Столь же важно равенство людей перед судом. Здесь не имеет значения правовой статус человека — все, т.е. каждый человек, как граждане, так и неграждане, а также иностранцы, предстают перед судом в равном статусе, получая одинаковую защиту своих законных прав и неся одинаковую меру ответственности.

Конституционализм усложняет принятие и выполнение государственных решений не в качестве самоцели, а для того чтобы люди жили свободно или, по крайней мере, были свободными от государственного произвола. Конституция, соответствующая требованиям конституционализма, отличается от простых основных законов, определяющих государственную структуру, тем, что она стремится обеспечить именно свободу. Право на свободу есть не что иное, как сама свобода, т.е. возможность совершать любые правомерные действия. В этом праве заложено ограничение свободы для других людей, особенно для должностных лиц, обладающих возможностью применения принуждения к людям.

Основополагающее право человека — это неотъемлемое и естественное право каждого на жизнь, которое закреплено в ст.15 Конституции Республики Казахстан. В целях соответствия европейским стандартам в данную статью 21 мая 2007 г. были внесены изменения. Отныне смертная казнь устанавливается законом как исключительная мера наказания только в следующих случаях [9]:

- за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей;
- за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время.

Конституция РК в ст. 16 закрепляет право на личную свободу впервые в современной конституционной практике Казахстана. Личная свобода человека — его неотъемлемое и абсолютное право, возникающее в силу естественной природы самого человека. Личная свобода входит в блок прав, образующих неразрывное единство, представляющее собой основу практически всего правового статуса человека, ибо без такого права утрачивают смысл любые другие права и свободы. В правовом государстве личная свобода носит равный для всех характер и защищается государственно-правовыми средствами и формами. Ограничение конституционного права на личную свободу допускается только в предусмотренном законом случаях и только лишь с санкции суда, с предоставлением арестованному права судебного обжалования.

Необходимо отметить, что проблема ограничения прав и свобод была предметом обсуждения круглого стола, проведенного Нижегородским юридическим институтом МВД РФ совместно с журналом «Государство и право» в декабре 1997 года [10; 20–42]. Докладчики подчеркивали, что под ограничениями основных прав в собственно конституционно-правовом смысле имеются в виду допускаемые конституцией и установленные конституционным законом изъятия из конституционного статуса человека и гражданина.

Конституция РК 1995 г., закрепляя неприкосновенность достоинства человека (ст. 17), пошла значительно дальше, закрепив неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защи-

ту чести и достоинства (ст. 18). Впервые на уровне конституции устанавливается неприкосновенность частной жизни человека; становление конституционализма невозможно без гражданского общества, основой которого и служит суверенитет личности, означающий неприкосновенность его «среды обитания».

Институт неприкосновенности частной жизни включает множество гарантий, которые содержатся в различных статьях конституции. Конституируется право на личную и семейную тайну, на защиту своей чести и достоинства. Ни от кого нельзя требовать сведений, касающихся происхождения или деловой активности родственников, интимных связей, источников финансового состояния семьи и т.д. Если честь и доброе имя человека подвергаются унижению или оскорблению, он вправе потребовать через суд наказания или компенсации за моральный ущерб, что предусматривается Уголовным кодексом. Если клеветнические и порочащие человека сведения публикуются в печати, суд вправе обязать тот же печатный орган опубликовать опровержение этих сведений.

Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Поэтому запрещаются перлюстрация (вскрытие) писем и других почтовых отправлений, подслушивание телефонных разговоров. Уголовный кодекс квалифицирует нарушение тайны переписки, телефонных переговоров и телеграфных сообщений граждан как уголовное преступление. Обыск, выемка, наложение ареста на корреспонденцию и выемка ее в почтово-телеграфных учреждениях могут производиться только на основаниях и в порядке, установленных Уголовно-процессуальным кодексом. Строго регламентирован законом и порядок прослушивания телефонных разговоров.

Кроме того, Конституция согласно ст. 19 дает каждому право определять и указывать или не указывать свою национальную, партийную и религиозную принадлежность.

Совершенно иная концепция, нежели в прежнем конституционном законодательстве, заложена в основу закрепления социально-экономических прав в современной Конституции Республики Казахстан. Если ранее социально-экономические права представлялись как некие дарованные государством, в результате чего возникало чувство зависимости от государства со стороны его граждан, то современная их интерпретация нацеливает на личную инициативу и в большей мере поощряет предприимчивость. Поэтому имеющаяся точка зрения таких ученых, как Касс Р.Санстейн о том, что конституционное закрепление социально-экономических прав в посткоммунистических странах является не только бесполезным, но и вредным, на наш взгляд, представляется неверной. Так, Санстейн пишет: «Многие позитивные права не согласуются с общим стремлением искоренить в гражданах ... чувство зависимости от государства и его поддержки и со стремлением поощрять частную инициативу личности... Если позитивные права начинают рассматриваться гражданами как неотъемлемые права, даруемые им государством, это может оказать негативное влияние на личную инициативу и предприимчивость» [11; 21].

И.Михайловская также считает, что придание социально-экономическим правам статуса конституционных приводит к следующим негативным последствиям:

- 1) не только сохранение, но и усиление патерналистских установок граждан;
- 2) сохранение советских стереотипов поведения;
- 3) возникновение сложностей при замене уравнительного распределения специальных благ адресной помощью незащищенным слоям граждан [12; 150].

Мы полагаем, что в условиях перехода и становления рыночной экономики одной из функций государства является социальная функция. Тем более, в ст. 1 Конституции утверждается, что Казахстан — социальное государство. Поэтому необходимость правовой защищенности граждан представляет одну из задач, стоящих в решении проблем прав человека в демократически обустроенном государстве. Вполне существенно, что поиск путей в целях достижения баланса интересов личности и общества — это одно из главных направлений развития казахстанской государственности.

В Конституции 1995 г. при закреплении комплекса социально-экономических прав присутствует баланс, который, с одной стороны, не дает развиваться иждивенческим настроениям и уравнительности при распределении социальных благ, а с другой — в определенной степени проявляется забота о человеке с целью обеспечения необходимых условий для поддержания его достоинства.

Так, согласно ст. 24 провозглашено не право на труд, а право на свободу труда, что является конституционной новеллой. Первая конституция независимого Казахстана продолжала закреплять право на труд и корреспондировать его с обязанностью трудиться. Право же на свободу труда предполагает свободу каждого лица самостоятельно распоряжаться своими способностями к труду, выби-

рать род деятельности и профессию. Свободный выбор рода деятельности и профессии состоит в исключительно добровольном волеизъявлении каждого реализовать свое право на труд в различных формах: в виде найма по трудовому договору или контракту, организации любой формы собственности, прохождения государственной и военной службы, занятия предпринимательской деятельностью без образования юридического лица или в качестве участника хозяйственного товарищества, члена производственного кооператива или крестьянского хозяйства, а также в рамках гражданско-правовых договоров (авторский договор, договор подряда, договор поручения и т.п.).

И в данном случае осуществление конституционного права на свободу труда способствует обеспечению условий всестороннего развития личности и представляет собой реализацию ст. 23 Всеобщей декларации прав человека и ст. 6 Пакта об экономических, социальных и культурных правах, где закреплено право каждого человека на получение возможности зарабатывать себе на жизнь трудом, который он свободно выбирает или на который свободно соглашается.

В то же время эти конституционные установления поощряют предпринимательство, гарантируя в п. 4 ст. 26 право каждого на свободу предпринимательской деятельности, свободное использование своего имущества для любой законной предпринимательской деятельности.

Несколько по-иному закрепляется право граждан Республики Казахстан на социальную защиту — путем гарантирования минимального размера заработной платы и пенсии, социального обеспечения по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца и по иным законным основаниям (ст. 28), а также получения бесплатно только гарантированного объема медицинской помощи, установленного законом (п. 2 ст. 29).

Поощряется добровольное социальное страхование, создание дополнительных форм социального обеспечения и благотворительность.

Если ранее конституцией гарантировалась бесплатная медицинская помощь, то теперь говорится только о гарантированном объеме медицинской помощи. Конституцией 1993 г. гарантировалось бесплатное среднее, среднеспециальное и высшее образование в государственных учебных заведениях (ст. 24) [13], ныне действующая конституция гарантирует получение только бесплатного среднего образования и высшего образования на конкурсной основе в частных учебных заведениях (ст.ст. 29, 30).

Комплекс социально-экономических прав представлен в конституции в достаточно гармоничном виде, где патронажная роль государства по отношению к обществу ограничивается социально незащищенными слоями населения, расширение же сферы государственного контроля весьма незначительно.

Комплекс политических прав, закрепленных в конституции, не претерпел особых изменений.

Конституционное закрепление обязанностей претерпело некоторые изменения. Конституция РК 1993 г. вменяла обязанности только гражданам Республики Казахстан (ст.ст. 29–31). Теперь же обязанность соблюдать Конституцию и законодательство Республики Казахстан, уважать права, свободы, честь и достоинство других лиц, а также обязанность уважать государственные символы республики и платить законно установленные налоги, сборы и иные обязательные платежи вменяются всем проживающим в Казахстане (ст.ст. 34, 35): и гражданам, и иностранцам, и лицам без гражданства, проживающим на территории республики.

Что касается обязанностей граждан Республики Казахстан, то они, кроме обязанности защиты республики и несения воинской службы, пополнились обязанностями заботиться о сохранении исторического и культурного наследия, беречь памятники истории и культуры, сохранять природу и бережно относиться к природным богатствам (ст.ст. 37, 38).

Вменение первых двух обязанностей только гражданам Республики Казахстан не вызывает никаких сомнений и споров. Действительно, было бы нелогичным требовать от иностранных граждан или лиц без гражданства нести воинскую службу или защищать Республику Казахстан от посягательств со стороны других государств. То же самое можно сказать и о такой обязанности, как забота о сохранении исторического культурного наследия, бережное отношение к памятникам истории и культуры. Кому как не гражданам Республики Казахстан заботиться о сохранении исторического и культурного наследия, доставшегося от предков, памятников истории и культуры государства.

Определенные сомнения вызывает одна из обязанностей, которая возлагается только на граждан Республики Казахстан, — это обязанность сохранять природу и бережно относиться к природным богатствам (ст. 38). Согласно п. 1 ст. 31 Конституции РК государство ставит целью охрану окружающей среды, благоприятной для жизни и здоровья человека. Заметим, человека, а не гражданина, т.е.

государство, создавая благоприятные условия, не делает разграничений физических лиц на граждан и неграждан. Они создаются для всех людей, о чем мы делаем вывод из формулировки п. 1 ст. 31 Конституции Республики Казахстан. Получается, что государство создает благоприятные условия для жизни и здоровья всех людей, а обязанность сохранять природу и бережно относиться к природным богатствам вменило только гражданам Республики Казахстан. Думается, что здесь законодатель не совсем удачно сформулировал данную статью, закрепляя эту обязанность только за гражданами Республики Казахстан. Для сравнения можно привести ст. 58 Конституции Российской Федерации, которая гласит: «*Каждый* (выделено мной. — А.С.) обязан сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам» [14; 17].

В целом, закрепляя права и свободы человека и гражданина, Конституция РК однозначно утверждает, что не допускается ни в какой форме ограничение прав и свобод граждан по политическим мотивам. Ни в каких случаях не подлежат ограничению право на гражданство (ст. 10), право на защиту и покровительство своим гражданам (ст. 11), право на судебную защиту и получение квалифицированной юридической помощи (ст. 13), право на равенство перед законом и судом (ст. 14), право на жизнь (ст. 15), право на личную свободу (п. 1 ст. 16), право на неприкосновенность личности (ст. 17), право на пользование родным языком и культурой, на свободный выбор языка общения, воспитания, обучения и творчества (ст. 19), право на свободу совести (ст. 22), право на частную собственность (п. 2 ст. 26).

В общем же вопрос о пределах ограничений прав и свобод человека и гражданина относится к наиболее трудным, поскольку правовые ограничения по существу затрагивают степень свободы и защищенности личности в обществе и государстве [15; 162–167].

В числе новых оснований ограничения прав и свобод человека и гражданина Конституция 1995 г. выдвигает охрану здоровья и нравственности населения (п. 1 ст. 39).

Республика Казахстан представляет собой многонациональное государство, и, естественно, сохранение стабильности в обществе является одной из главных задач государства. Вполне оправданно положение Конституции о признании неконституционными любых действий, способных нарушить межнациональное согласие (п. 2 ст. 39).

В целом же надо отметить, что новый подход к проблемам прав человека и свободы, заложенный в последней Конституции РК, основан на признании общегуманистических ценностей, в том числе на идее уважения прав человека, его правовой защищенности, автономии личности, существования сферы, свободной от вмешательства государства, от произвола должностных лиц.

### Список литературы

1. Всеобщая декларация прав человека. Принята и провозглашена резолюцией 217А (111) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г. / Издано Программой развития ООН в рамках совместной инициативы с Министерством иностранных дел РК. — Алматы, 2002. [www.e.gov.kz](http://www.e.gov.kz)
2. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. / [http://www.akorda.kz/ru/official\\_documents/the\\_constitution](http://www.akorda.kz/ru/official_documents/the_constitution)
3. Закон Республики Казахстан «О гражданстве» от 20.12.1991 г. с изменениями и дополнениями // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. — 1991. — № 52. — Ст. 636; Указ Президента РК, имеющий силу закона, от 03.10.1995 г. // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. — 1995. — № 19. — Ст. 117 // Ведомости Парламента Республики Казахстан. — 2002. — № 10. — С. 101.
4. *Амандыкова С.К.* Конституционное право Республики Казахстан: Учеб. пособие для юрид. факультетов. — Караганда: Болашак–Баспа, 1998. — С. 60–63.
5. *Витрук Н.В.* Конституционный статус личности в СССР. — М.: Юрид. лит., 1980. — С. 4.
6. *Кубеев Е.К.* Конституционный строй Республики Казахстан (социальные и духовные основы). — Караганда: Изд-во КарГУ, 1998. — С. 84.
7. Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200А (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 1966 г. / Издано Программой развития ООН в рамках совместной инициативы с Министерством иностранных дел РК. — Алматы, 2002. [www.e.gov.kz](http://www.e.gov.kz)
8. Закон Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» от 5 декабря 1997 г. с изменениями и дополнениями от 3.06.2003 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан. — 1997. — № 24. — Ст. 338; 2003. — № 11. — Ст. 65.
9. Закон РК «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» от 21 мая 2007 г. / [http://www.akorda.kz/ru/official\\_documents/the\\_constitution/law\\_of\\_the\\_republic\\_of\\_kazakhstan\\_on\\_making\\_amendments](http://www.akorda.kz/ru/official_documents/the_constitution/law_of_the_republic_of_kazakhstan_on_making_amendments)
10. Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву: Материалы круглого стола // Государство и право. — 1998. — № 7. — С. 20–42.
11. *Санстейн К.Р.* Против позитивных прав // Российский бюллетень по правам человека. — 1995. — Вып. 6. — С. 21.

12. Михайловская И. Генезис социально-экономических прав и их влияние на формирование посттоталитарных систем // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. — 2000. — № 1. — С. 150.
13. Конституция Республики Казахстан от 28 января 1993 г. // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1993. — № 1.
14. Конституция Российской Федерации. — М.: Проспект, 2000. — С. 17.
15. Морозова Л.А. Проблемы современной российской государственности: Учеб. пособие. — М.: Юрид. лит., 1998. — С. 162–167.

УДК 325.1(47+57)

## **Международно-правовое сотрудничество государств СНГ по вопросам регулирования трудовой миграции**

Абдакимова Д.А.

*Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова*

Мақала бұрынғы Кеңес өкіметі аумағындағы еңбек көші-қонның көкейкесті мәселелерін талқылауға арналған. Автор еңбек көші-қонның реттелуінің халықаралық және ұлттық механизмдерінің негіздерін қарастырады. Сонымен қатар еңбеккерлердің құқықтарын қорғау мақсатында ТМД елдерінің аумағында көші-қон саясатына қатысты халықаралық келісімдерді қабылдап, ұлттық заңдардың үндестігін, бірыңғай саясаттың дамуының және шетелдік жұмыс күшін қолдануға мемлекеттің қызығушылығын тудыратын қажеттілігі негізделді.

Article is devoted an actual problem of regulation of processes of labor migration in territory of the countries of the former Union. The author considers the basic mechanisms of the international and national regulation of questions of labor migration. In article necessity of acceptance by the CIS countries the international agreement on the labor migration, directed on harmonization of national legislations and development of a uniform policy, for the purpose of protection of the rights of workers of migrants and increase of interest of the states in requirement of attraction of foreign labor is defined.

Вопросы международного сотрудничества государств в сфере определения правового статуса трудящихся-мигрантов является важным и противоречивым в оценке его положительных и отрицательных моментов. Геополитическое положение Казахстана, находящегося между Европой и Азией, определяет его в качестве транзитной страны для исхода мигрантов в другие государства. Отметим, что после обретения республикой независимости Казахстан был некоторое время страной оттока населения. За несколько лет население Казахстана сократилось примерно на два миллиона человек: эмигрировали в Россию, Германию, Израиль, Украину в основном граждане некоренной национальности.

В 2000-е годы в связи со стабилизацией экономической ситуации процесс эмиграции сходит на минимум. Заметим, что постепенно стали возрастать показатели иммиграции в страну. Казахстан привлекателен для мигрантов тем, что среди других центральноазиатских государств республика характеризуется политической стабильностью и наличием либерального миграционного законодательства. Таким образом, Казахстан из посылающего государства превратился в принимающее государство. Этот период характеризуется также и тем, что наблюдается репатриация этнических казахов на территорию Казахстана из Китая, Монголии, Турции. Основной вклад в поток иммиграции в страну внесла этническая группа казахов (около 73 % в 2006 г.), наблюдается также увеличение количества переезжающих на постоянное жительство в Казахстан из соседних республик Центральной Азии: узбеков, кыргызов, этнических корейцев и некоторых других этнических групп. Позитивность данного обстоятельства заключается в том, что в Казахстане наблюдается относительно высокий уровень оплаты труда среди стран СНГ, что позволило обеспечить наиболее высокий уровень жизни среди стран региона.

Для более полного и обстоятельного анализа такого современного явления, как трудовая миграция необходимо рассмотреть его нормативное и теоретическое определение. Международная трудовая миграция — это перемещение трудоспособного населения между государствами под влиянием

сугубо экономических причин — в поисках заработка. В отличие от переселенческой миграции, она предполагает сохранение постоянной связи мигранта со своей родиной.

Нормативное определение термина «трудоустроенный-мигрант» содержится в Конвенции международной организации труда № 97 о работниках-мигрантах 1949 г., которая в ст. 11 гласит, что «трудоустроенный-мигрант означает лицо, которое мигрирует из одной страны в другую с намерением получить работу иначе, чем на собственный счет, и включает всякое лицо, допускаемое в соответствии с законом в качестве работника-мигранта». Данное определение включает в себя также любое лицо, законно въехавшее в страну в качестве трудоустроенного-мигранта. Указанная Конвенция обязывает государства предоставить, без дискриминации по признаку национальности, расы, религии или пола, иммигрантам, законно пребывающим на его территории, условия не менее благоприятные, чем те, которыми пользуются его собственные граждане. В то же время государствам предоставлено право ограничивать доступ мигрантам к определенным видам работ, когда это необходимо в государственных интересах.

Принятие Конвенции МОТ № 143 о работниках-мигрантах (дополнительные положения) было обусловлено резким ростом масштабов безработицы и нерегламентированной миграции. Этот акт представляет собой первую многостороннюю попытку рассмотреть вопрос о положении нелегальных мигрантов, а также предусматривает санкции в отношении торговцев нелегальной рабочей силой. Конвенция закрепила понятие «трудоустроенный-мигрант», в соответствии с которым указанный статус имеет лицо, которое мигрирует или мигрировало из одной страны в другую с целью получения любой работы, кроме как за собственный счет, и включает в себя любое лицо, законно въехавшее в страну в качестве трудоустроенного-мигранта. Однако в международном миграционном праве, как и в национальном законодательстве большинства стран мира, до сих пор не сложился единый подход к понятию трудоустроенного-мигранта.

Статья 2 Конвенции о защите прав всех трудоустроенных-мигрантов и членов их семей, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в резолюции 45/158 18 апреля 1990 г., определяет, что «трудоустроенный-мигрант» — это лицо, которое будет заниматься, занимается или занималось оплачиваемой деятельностью в государстве, гражданином которого он или она не является. Здесь же данное понятие конкретизируется в определении отдельных категорий мигрантов. Согласно последним разработкам Международной организации труда выделяют несколько основных категорий трудовых мигрантов:

1) Сезонные рабочие-мигранты — люди, работающие в государстве, не являющемся их собственным государством, в течение некоторой части года, потому что работа, которую они выполняют, зависит от сезонных условий.

2) Трудоустроенные-мигранты, связанные с реализацией проекта, допущенные в государство трудоустройства на определенный период для работы исключительно по определенному проекту, реализуемому в этом государстве работодателем трудоустроенных-мигрантов.

3) Трудоустроенные-мигранты, работающие по контракту, — работающие в стране, не являющейся их собственной страной, по контрактному договору, который устанавливает ограничения по сроку занятости и по типу работы, выполняемой мигрантом. Трудоустроенным мигрантам-контрактникам не разрешается менять работу, и предполагается, что они выедут из страны трудоустройства по истечении срока контракта, независимо от того, продолжают ли работы, которые они выполняли, или нет.

4) Временные трудоустроенные-мигранты — допущенные в страну, не являющуюся их собственной страной, для выполнения в течение ограниченного срока определенной профессиональной деятельности. Временные трудоустроенные-мигранты могут менять работодателей и возобновлять разрешение на работу без необходимости выезда из страны трудоустройства.

5) Обосновавшиеся трудоустроенные-мигранты — это те, кому после пребывания в стране трудоустройства в течение нескольких лет предоставляется разрешение на проживание (вид на жительство) в этой стране с неопределенным сроком и разрешение на работу без особых ограничений.

6) Высококвалифицированные трудоустроенные-мигранты — специалисты, которым, благодаря их квалификации, предоставляется режим благоприятствования при допуске в страну, не являющуюся их собственной страной, и, следовательно, на них распространяется меньше ограничений, касающихся сроков пребывания, перемены места работы и воссоединения семьи.

Субъектами трудовой миграции выступают как жители государства в целях получения работы, перемещающиеся в другие регионы (трудовая мобильность), так и иностранцы, трудоустраивающиеся легально или нелегально.

Закон Республики Казахстан от 13 декабря 1997 г. № 204-І «О миграции населения» определяет трудовую миграцию как временное перемещение физических лиц из других государств в Республику Казахстан и из Республики Казахстан, а также внутри государства для осуществления трудовой деятельности. К тому же, ст. 7 указанного выше закона отмечает, что иностранцы, прибывшие в Республику Казахстан в порядке трудовой миграции, не связанной со сменой гражданства, должны иметь постоянное место жительства за пределами Республики Казахстан, если межгосударственными соглашениями не установлен иной порядок. Тем самым законодательство Казахстана исключает из числа трудовых мигрантов иностранных граждан и лиц без гражданства, получивших право постоянного проживания в Республике Казахстан (для иностранного гражданина — вид на жительство, для лица без гражданства — удостоверение лица без гражданства).

Если провести сравнительный анализ конвенционных определений трудовой миграции с формулировкой понятия трудовой миграции, закрепленной в национальном законодательстве Республики Казахстан, то видно, что на международном уровне предусмотрено регулирование как постоянных, так и временных трудовых мигрантов. Что касается Казахстана, то наше государство придерживается политики поддержания только временной трудовой миграции, в том числе в отношении квалифицированных специалистов и работников, осуществляя выдачу разрешений работодателям на привлечение иностранной рабочей силы сроком не более чем на один год.

Трудовая миграция в странах бывшего Советского Союза является масштабным и значимым социально-экономическим явлением. Основная причина трудовой миграции — дифференциация стран СНГ по социально-экономическим показателям и уровню развития экономики страны. Перед государствами бывшего Советского Союза возникла проблема: каким образом регулировать процессы трудовой миграции?

В основном, центром сосредоточения трудовых мигрантов являются такие государства, как Беларусь, Казахстан и Россия. Это объясняется тем, что именно эти государства отличаются социально-экономической стабильностью, наличием дефицита трудовых кадров и высоким уровнем заработной платы. Процесс миграции облегчен и тем обстоятельством, что большинство прибывающих трудящихся-мигрантов в недавнем прошлом были гражданами единого государства Советского Союза и поэтому не испытывают серьезных языковых и культурных проблем при трудоустройстве и адаптации. Все эти явления формируют основы для большого потока мигрантов внутри СНГ в пользу вышеуказанных государств.

Необходимость скорейшего формирования современной правовой основы регулирования миграционных процессов на территории СНГ обусловлена продолжающимся глобальным экономическим кризисом. Исходя из этого перед странами СНГ стоит первостепенная задача — завершить формирование национальных рынков труда как необходимое условие существования общего рынка труда в рамках Единого экономического пространства.

Общеизвестно, что в мировой практике примером успешной экономической интеграции государств, основой формирования которого было свободное обращение трудовых ресурсов, является ЕС. Именно здесь государства создали открытый рынок труда, на основе которого была построена вся система экономических взаимоотношений. Более того, многие европейские государства и сегодня продолжают борьбу за трудовых мигрантов, прибывающих извне. Для привлечения иностранного капитала в ряде развитых западных стран, несмотря на жесткую миграционную политику, программы легализации используются достаточно широко. Известно, что такие экономически развитые государства, как США, Канада, Австралия возникли и достигли своей экономической мощи благодаря процессам миграции. Следует отметить, что процессы переселения народов, трудовой миграции оказали свое влияние на зарождение и развитие такого явления, как мировая глобализация.

Стратегической целью миграционной политики стран СНГ является управление процессами миграции, которое направлено, прежде всего, на реализацию интеллектуального и трудового потенциала мигрантов, в целях обеспечения устойчивого роста экономики, социального и демографического развития Государств Содружества, обеспечения прав и свобод мигрантов. Государствам СНГ необходимо разработать последовательную стратегию в области урегулирования вопросов трудовой миграции, предусматривающую тесное сотрудничество между государствами, принимающими и направляющими мигрантов. Единая политика государств должна основываться на соблюдении национальных интересов и сочетать экономическую целесообразность привлечения иностранной рабочей силы с мерами по защите внутреннего рынка труда, национальной безопасности и общественного порядка. Более того, целью всей этой многоплановой работы должно стать создание общего рынка

труда, который позволит решить многие вопросы и будет способствовать сближению экономических интересов, гармонизации национальных законодательств.

Стоит отметить, что в государствах СНГ должна проводиться масштабная работа по всем направлениям для уменьшения потоков трудовых мигрантов вообще. Иными словами, должны быть приняты меры по устранению первопричины миграции, которые заключаются, прежде всего, в борьбе с бедностью, в обеспечении населения трудовой занятостью и соответствующей оплатой.

Поскольку СНГ сформировано по политическим и экономическим мотивам из государств, одновременно имеющих значительную, исторически обусловленную общность и большие, реально существующие различия политических и социально-экономических условий, то из этого обстоятельства логически вытекает необходимость заключения государствами международно-правового акта в сфере регулирования миграционных процессов. Данный акт должен быть направлен, прежде всего, на гармонизацию законодательств государств-членов в области определения правового статуса трудящихся-мигрантов и членов их семей, выработки единой политики в сфере регулирования внешней трудовой миграции.

Выработка единой стратегии, заключенной в международно-правовом акте, на международном уровне объединила бы подходы по управлению миграционными процессами, противодействию негативным явлениям в данной сфере, содействовала бы гармонизации национальных законодательств, обеспечивающих национальную безопасность и защиту прав мигрантов.

Для стран СНГ наличие иностранной рабочей силы имеет множество позитивных моментов. Так, трудящиеся-мигранты способствуют развитию таких секторов экономики, как сфера услуг, строительство, торговля, сфера общественного питания, сельское хозяйство. Ни для кого не секрет, что трудовые мигранты в основном привлекаются на вторичный рынок труда, в котором задействованы неквалифицированные кадры. Граждане государства не заинтересованы и не претендуют на такую работу по причине ее непрестижности и низкой оплаты. Исходя из этого трудовые мигранты в основном заполняют и развивают низкооплачиваемые и наиболее трудоемкие секторы экономики. Бесспорно, что в условиях все большей интеграции государств СНГ, в том числе и Казахстана, в мирохозяйственные связи конкурентоспособность страны, в первую очередь, будет во многом определяться количеством и качеством человеческого потенциала.

Основной целью международного сотрудничества являются: повышение уровня охраны прав трудящихся-мигрантов и членов их семей; регулирование порядка осуществления трудящимися-мигрантами трудовой деятельности и вопросы, связанные с их социальной защитой. Так, в Республике Казахстан законодательно не предусмотрено пенсионное обеспечение и социальное страхование трудовых мигрантов. Предлагаемая нами Единая миграционная политика призвана заложить правовую основу для эффективного формирования единого рынка труда, со всеми его экономическими и социальными преимуществами.

Как показал проведенный анализ, в рамках СНГ уже была заложена правовая основа для межгосударственного сотрудничества в сфере трудовой миграции. Основой регионального сотрудничества государств бывшего советского пространства является Устав СНГ, где закреплён принцип свободного перемещения рабочей силы. Именно Устав является правовой основой для формирования единой политики в сфере привлечения и использования трудовых ресурсов из государств, входящих в Содружество.

В 1994 г. было подписано межправительственное соглашение государств-членов СНГ о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов; в 1995 г. подписана Конвенция о миграции трудовых ресурсов в странах СНГ; в 1998 г. заключено Соглашение «О сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с незаконной миграцией». В ноябре 2000 г. правительства Беларуси, Казахстана, Кыргызстана, России и Таджикистана подписали Соглашение о взаимных безвизовых поездках граждан, в котором предусматривалось, что граждане независимо от места проживания имеют право въезжать, выезжать, следовать транзитом и пребывать на территориях пяти государств без виз по одному из действительных документов, указанных в приложениях к Соглашению. В 2005 г. государства ЕврАзЭС подписали Протокол к соглашению, который был направлен на упрощение режима пересечения границ граждан государств-членов Евразийского экономического сообщества. Протокол предусматривал не только возможность передвижения граждан государств без оформления визы, но и по внутренним паспортам.

Главами государств СНГ 5 октября 2007 г. принята Декларация о согласованной миграционной политике государств-участников СНГ. Этот документ отражает политическую волю сторон к сотрудничеству и защите социально-экономических и гражданско-политических прав и интересов мигрантов на территориях всех Государств Содружества. Реализация положений Декларации призвана развивать сотрудничество и взаимодействие государств и всех государственных органов Сторон.

Решение вопросов миграционной политики нашло отражение в Стратегии экономического развития СНГ на период до 2020 г. и Плана мероприятий по реализации ее первого этапа (2009–2011 гг.). В частности, этому посвящен отдельный раздел «Рынок труда и миграционные процессы», ставящий перед государствами-участниками такие задачи, как разработка предложений по сближению законодательства государств-участников СНГ в сфере занятости населения, трудящихся-мигрантов в целях создания общего рынка труда и борьбы с незаконной миграцией, разработка механизмов реализации программ занятости и создания новых рабочих мест, создание благоприятных условий для формирования и функционирования общего рынка труда.

Советом руководителей миграционных органов СНГ от 1 октября 2009 г. утверждены Общие принципы и механизмы организованного привлечения трудящихся-мигрантов для осуществления трудовой деятельности в государствах-участниках СНГ. Следующим этапом является двустороннее сотрудничество государств-участников СНГ по реализации указанного механизма с целью учета интересов стран исхода и стран приема трудовых мигрантов, а также эффективной системы защиты прав, свобод и законных интересов последних.

В 2008 г. странами СНГ была подписана Конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей, целью которой является создание условий для обеспечения равного обращения в отношении трудящихся-мигрантов, членов их семей и граждан принимающей страны, а также благоприятных условий для перемещения рабочей силы по территориям государств-участников и эффективного регулирования трудовых миграционных потоков на территории СНГ. Действие Конвенции распространяется на всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, находящихся на территории принимающей стороны на законных основаниях. Каждый трудящийся-мигрант и член его семьи имеет право на признание его правосубъектности на территории любой из сторон Конвенции в соответствии с ее законодательством и международными договорами.

Анализ международно-договорной базы и национального законодательства стран СНГ позволяет сделать вывод о том, что акты 90-х годов были направлены преимущественно на регулирование вопросов вынужденной миграции, регламентации статуса беженцев и вынужденных переселенцев. В настоящее время правовому регулированию подлежат вопросы определения статуса трудового мигранта и противодействия незаконной миграции.

Что касается Республики Казахстан, то на данный момент Казахстан не ратифицировал ни одну из основных международных конвенций по трудовой миграции, а именно: Международная конвенция 1990 г. о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей; Конвенция МОТ 1949 г. № 97 о работниках-мигрантах (пересмотренная), Конвенция МОТ 1975 г. № 143 о злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении работникам-мигрантам равенства возможностей и обращения. В то же время Казахстан, являясь с 1993 г. членом МОТ, ратифицировал 16 конвенций Международной организации труда, включая все 8 основополагающие и 4 приоритетные конвенции данной организации. Казахстан также является полноправным участником международных конвенций, принятых в рамках ООН, касающихся прав человека и имеющих значение с точки зрения защиты прав трудящихся-мигрантов. В частности, можно отметить Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Международный пакт о гражданских и политических правах, Конвенцию об искоренении всех форм дискриминации в отношении женщин и Факультативный протокол к ней, Конвенцию о правах ребенка.

Правовая основа государственной политики в области регулирования вопросов трудовой миграции в Казахстане заложена в долгосрочной стратегии социально-экономического развития страны «Казахстан -2030» и отражает основные направления в области миграции населения в соответствии с Посланием Президента народу Казахстана от 1 марта 2006 г. «Казахстан на пороге нового рывка вперед в своем развитии». Необходимо отметить, что основные положения стратегии «Казахстан — 2030» легли в основу разработки Концепции миграционной политики на 2007–2015 гг., одобренной Указом Президента № 399 от 28 августа 2007 г., в которой также подчеркивается необходимость вхождения Казахстана в международный рынок труда и привлечения неквалифицированных трудовых мигрантов.

Вопросы трудовой миграции стали предметом двусторонних отношений Республики Казахстан, и легли в основу некоторых документов, в частности, Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Кыргызской Республики «О трудовой деятельности и защите прав трудящихся-мигрантов, граждан Республики Казахстан, временно работающих на территории Кыргызской Республики, о трудовой деятельности и защите прав трудящихся-мигрантов, граждан Кыргызской Республики, временно работающих на территории Республики Казахстан» 2006 г. и Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Республики Таджикистан «О трудовой деятельности и защите прав трудящихся-мигрантов, граждан Республики Казахстан, временно работающих на территории Республики Таджикистан, о трудовой деятельности и защите прав трудящихся-мигрантов, граждан Республики Таджикистан, временно работающих на территории Республики Казахстан» 2006 г.

Однако, несмотря на то, что подписано солидное число международных актов в сфере регулирования вопросов трудовой миграции в рамках интеграционного объединения, следует отметить, что многие из них в полной мере не реализованы. К тому же проведенный анализ национальных законодательств дает право констатировать, что отсутствует единая концепция при регулировании вопросов трудовой миграции. В целях гармонизированного подхода к регулированию вопросов трудовой миграции в рамках региональной интеграции необходимо применить унифицированный подход при разработке национальных миграционных законодательств. Для обеспечения гармонизированного и системного подхода государствам следует ориентироваться на стандарты, закрепленные в международных документах МОТ, ООН и ЕС.

Одной из проблем незавершенности в регулировании процессов трудовой миграции на территории СНГ является проблема реализация международных обязательств по подписанным соглашениям. Многие из государств на годы затягивают процесс ратификации международных соглашений, что сказывается на процессе реализации соглашений. Это связано также и с тем, что контроль за исполнением международных соглашений со стороны уполномоченных органов ведется неэффективно.

Таким образом, на сегодня актуальным является вопрос о необходимости скорейшего принятия регионального комплексного международно-правового акта, который по своему содержанию охватывал бы все аспекты трудовой миграции, был основан на общих принципах миграционной политики и учитывал интересы заинтересованных сторон. Данный акт должен отражать все объективные условия и факторы, существующие в области миграционных отношений.

С принятием такого регионального документа в странах СНГ ожидается развитие миграционной инфраструктуры, включающей правовую инфраструктуру, банки данных о вакансиях, миграционные биржи, сеть социальных льгот, право на социальное страхование и пенсионное обеспечение и т.п. Должны быть предусмотрены обеспечение равных условий оплаты труда трудовых мигрантов, контроль за соблюдением работодателями норм трудового законодательства, предоставление иностранным работникам пенсионных и социальных гарантий, предоставление права по вступлению в профсоюзы для защиты своих трудовых прав. Иными словами, данное соглашение должно способствовать формированию и эффективному использованию квалифицированного потенциала трудоспособного населения в пределах стран-участниц соглашения.

Узаконенная контрактная основа использования трудовых ресурсов мигрантов содействует стимуляции работодателей, осуществляет законное оформление на работу, обеспечивает социальное страхование, нормальные жилищные условия и безопасность труда.

Не вызывает сомнений, что такое соглашение будет содействовать развитию интеграционного взаимодействия государств-членов в сфере трудовой миграции населения, гармонизации законодательств в этой сфере реализации проектов, программ и других совместных мероприятий государств-членов, связанных с вопросами защиты прав трудящихся-мигрантов, урегулирования спорных ситуаций.

Социально-экономические последствия разработки и заключения странами СНГ соглашения по регулированию трудовой миграции выражаются в том, что усилия Стран Содружества в области рынка труда и миграционных процессов будут направлены на формирование общего рынка труда, создание правовых, экономических и организационных условий для перехода к свободному перемещению рабочей силы на пространстве СНГ, решение проблемы согласованного регулирования трудовой миграции, повышение эффективности согласованной миграционной политики на основе дос-

тижения соответствия объемов, направлений и структуры миграционных потоков интересам мигрантов и с учетом законодательства принимающего государства.

### Список литературы

1. Права трудящихся-мигрантов в Казахстане: анализ национального законодательства, международных стандартов и правоприменительной практики. — Алматы: Международная организация труда, 2008. — 48 с.
2. Конвенция МОТ № 97 о работниках-мигрантах 1939 г. (пересмотренная 8 июня 1949 г.) // <http://www.ilo.org/ilolex/russian/>
3. Конвенция МОТ № 143 о работниках-мигрантах (дополнительные положения) 1975 г. // <http://www.ilo.org/ilolex/russian/>
4. Конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей <http://www.un.org/russian/document/convents/migrant1.htm>
5. Закон Республики Казахстан от 13 декабря 1997 г. № 204-І «О миграции населения» // Юридический справочник «Законодательство».
6. *Владимирова Е.Ю.* Законодательное обеспечение регулирования миграционных процессов в СНГ // Евразийская интеграция: экономика, право, политика. — 2009. — № 5. — С. 92–97.
7. *Рязанцев С.В., Литвиненко К.А., Гаврилов Е.В.* Роль трудовой миграции в развитии стран СНГ // Безопасность Евразии. — 2006. — № 4. — С. 295–313.
8. Стратегия экономического развития СНГ на период до 2020 года, утвержденная Решением Совета глав правительств Содружества Независимых Государств от 14 ноября 2008 г. // [www.eurasianhome.org/doc\\_files/cis](http://www.eurasianhome.org/doc_files/cis)
9. *Ивахнюк И.В.* Миграционная политика России: основные изменения // Евразийская интеграция: экономика, право, политика. — 2008. — № 4. — С. 94–99.
10. Указ Президента Республики Казахстан «О концепции миграционной политики РК на 2007–2025 годы» // Юридический справочник «Законодательство».

## Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du tribunal constitutionnel polonais

Dr. Hab. Krystian Complak

*Professeur de droit constitutionnel Université de Wrocław (Pologne)*

Мақаланың мақсаты — польшалық Конституциялық соттың тепе-теңдік қағидасын зерттеу. Автор адамдар әрекетінің әр түрлі салаларына дәйексіз қоғамдық қолсұғылмаушылыққа польшалық тыйым салулардың нақты қолдануын көрсетіп отыр. Сондай-ақ бұл қағиданың шығу тегі мен құқықтық негіздеріне, польшалық Конституциялық трибуналдың қызметін зерттей келе, сот едәуір мәнді пропорционалдық аспектіге аударып отыр, яғни жеке тұлғаның құқықтары мен бостандықтарына мемлекеттің тым асыра қолсұғуына тыйым салынады. Польшалық Конституциялық трибуналдың шешімдері саяси құқықтар мен бостандықтар тұрғыдан зерттеліп, бейбітшілік жиналыстарды, қауымдастықтарды, қоғамдық ақпараттарына мүмкіндік бостандығына құқықтарды және де сайлау құқықтарын шектеуді жүзеге асырған.

В статье рассматривается принцип пропорциональности польского Конституционного трибунала. Анализируются происхождение и правовые основы этого принципа в Польше. Анализ деятельности польского Конституционного трибунала выявил, что суд придает большое значение этому аспекту пропорциональности, т.е. запрещено чрезмерное вмешательство государства в права и свободы личности. Автор показывает конкретное использование польских запретов на необоснованное вмешательство общественности в различные области человеческой деятельности. В статье исследованы решения польского Конституционного трибунала с точки зрения свободы и политических прав. Были рассмотрены реализация права на свободу мирных собраний, ассоциаций, доступ к информации общественности, а также ограничения избирательных прав.

### Origine

Le principe de proportionnalité provient décidément de la doctrine et de la pratique judiciaire allemandes. Quand le Tribunal constitutionnel polonais l'a reçue, le 26 avril 1995, pour la première fois, de façon complète et officielle, il l'a fait conformément a la formule jurisprudentielle de la Cour constitutionnel

fédérale allemande [1]. Son approche comporte trois exigences. La première se rapporte à la caractéristique dénommée appropriation (*Geeignetheit*). La mesure restrictive de liberté peut être réputée appropriée lorsqu'elle est au moins capable de protéger effectivement l'intérêt légitime d'une liberté en péril. En d'autres termes, le moyen est approprié lorsqu'il est de nature à favoriser le résultat désiré. Le contrôle s'exerce en regard des informations dont l'autorité pouvait en tenir compte au moment de la prise de décision. L'évaluation de l'appropriation requiert du juge constitutionnel qu'il se substitue à l'autorité compétente dans la mise au point d'un pronostic.

La seconde contrainte est liée avec la nécessité (*Erforderlichkeit*), c'est-à-dire, la mesure querellée ne peut pas être indument restrictive des droits en cause. La nécessité requiert qu'entre les différents moyens équivalamment aptes à réaliser un objectif, l'autorité choisisse celui qui génère le moindre préjudice pour les droits concernés. Autrement dit, le moyen est nécessaire lorsque le parlement n'a pas la possibilité de choisir un autre moyen aussi efficace, mais qui ne porterait pas une atteinte au droit fondamental ou y porterait une atteinte moindre. L'appréciation de la nécessité d'une mesure prends en considération les éventuels intérêts tiers, publics ou privés, que les alternatives envisageables seraient susceptibles d'engager.

La troisième condition exprime la dite proportionnalité au sens strict (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne* ou *Übermassverbot*), consubstantielle au caractère adéquat ou tolérable [2]. La mesure restrictive de la liberté doit être pesée en tenant compte des intérêts en présence. Il s'agit en l'occurrence de déterminer ce qui de la liberté restreinte ou de l'intérêt promu par cette mesure pèse le plus lourdement. L'organe de contrôle constitutionnel doit s'assurer, particulièrement en cas de conflits de valeurs constitutionnellement protégées, qu'aucun des intérêts confrontés ne peut pas prévaloir de façon absolue sur l'autre.

Pareille pondération s'effectue au regard de l'ensemble des circonstances de la cause. C'est donc en l'espèce et non en général que sera identifiée la règle qui a la plus de poids. Le balancement même sera néanmoins opéré à la lumière du système de valeurs consacré par la constitution du pays et de ses options prioritaires.

### **Le fondement**

Le principe de proportionnalité a été introduit en Pologne après le retour de notre pays à la vie démocratique, à la fin de 1989, exactement à partir de l'ancrage dans la Constitution de l'époque communiste du principe de l'Etat démocratique droit, le 29 décembre de cette année. Peut-on distinguer en fonction du temps deux périodes dans son application : avant de l'entrée en vigueur de la Constitution de la République de Pologne — le 17 octobre de 1997 — et après cette date. Dans le premier temps, le Tribunal Constitutionnel a trouvé la base pour la proportionnalité dans la formule de l'Etat démocratique de droit. Mais, seulement depuis de son arrêt du 26 avril 1995, le principe de proportionnalité a été dessiné dans toute sa complexité et extension. Dans celui-ci, le Tribunal a réuni tous les éléments — jusqu'alors dispersés — de cette technique de contrôle de constitutionnalité. Or, il a dit que les restrictions peuvent être établies uniquement quand elles sont admises par la Constitution, dans une ampleur indispensable et en qualité d'exception. En outre, elles ne peuvent pas enfreindre — toutes dans son ensemble ou séparément -l'essence des droits et libertés concrètes.

Quant au fondement juridique du contrôle de la proportionnalité d'alors, celui-ci l'a trouvé dans le principe de l'Etat démocratique de droit. Mais, au début, cet enracinement a été quelque peu confus, car le test de proportionnalité ne résultât pas directement de l'Etat de droit, mais de l'un de ses principes, lui-même dégagé de celui-ci aussi de façon implicite, à savoir du dit principe de la confiance du citoyen à l'Etat et au droit institué par celui-ci, connu également sous le nom du principe de loyauté de l'Etat envers ses ressortissants. En d'autres termes, le contrôle de proportionnalité ne fut qu'un sous-principe de l'un des principes cardinaux composant l'Etat de droit en Pologne [3].

Depuis l'entrée en force de la Constitution de 1997, le principe de proportionnalité a reçu au moins deux nouvelles bases normatives. A côté de l'art. 2 de la Constitution prévoyant le principe de l'Etat de droit, notre Charte a introduit un article général de la limitation de libertés et des droits de l'individu. Selon son art. 31, alinéa 3 les « restrictions à la jouissance des libertés et des droits constitutionnels ne peuvent qu'être imposées par une loi et seulement quand elles sont nécessaires dans un Etat démocratique, à sa sécurité ou à son ordre publiques, soit à la protection de l'environnement, de la santé et de la moralité publique ou des libertés et des droits des autres personnes. Ces restrictions ne peuvent pas porter atteinte à la substance des libertés et des droits » [4].

Malgré cette nouvelle régulation des fondements de la limitation des droits de l'homme en Pologne, celle-ci n'est pas devenu une base exclusive du recours à la proportionnalité. L'article constitutionnel 2, définissant la Pologne comme l'Etat de droit a conservé dans ce domaine sa pleine validité. La raison

principale de son vigueur en tant qu'un fondement de l'emploi du principe de proportionnalité réside principalement dans le fait que l'art. 31 alinéa 3 englobe seulement les libertés et droits constitutionnels. Ainsi, le test de proportionnalité ne peut pas servir de critère de contrôle par rapport à la violation des droits et libertés de rang inférieur. D'autre part, peut-on imaginer une atteinte portée à l'Etat de droit, par exemple, en forme de manquement au principe de la fidélité citoyenne aux institutions politiques du pays et à son ordre normatif (à la loyauté de pouvoir publique par rapport à ses nationaux) avec le respect simultané des prémisses matérielles contenues dans l'art. 31 alinéa 3.

L'actuelle constitution polonaise prévoit en outre onze dispositions dans lesquels sont établis les conditions de restriction des libertés et des droits réglementés dans ceux-ci. En allant en amont de leur ordre de succession, nous pouvons nommer les matières suivantes : art. 21 — l'expropriation est admissible pour cause d'utilité publique et contre un dédommagement équitable; art. 22 — la liberté d'exercer des activités économiques est possible seulement dans le cadre d'une loi et pour cause d'intérêt public important [5]; art. 37, alinéa 2 — les limites de la jouissance des libertés et des droits garantis par la Constitution aux étrangers peuvent être définis exclusivement dans la loi ; art. 51, alinéa 3 — les données concernant les citoyens peuvent être recueillies, rassemblées et rendues accessibles par les pouvoirs publics dans l'étendue que celles-ci sont nécessaires dans un Etat démocratique de droit ; art. 51, alinéa 3 — l'exclusivité de la loi dans la limitation du droit de chacun à l'accès aux documents officiels qui le concernent et aux bases de données. ; art. 53, alinéa 5 — les conditions d'extériorisation des convictions religieuses peuvent être prévues seulement par une loi et quand elles sont nécessaires à la protection de la sécurité de l'Etat, de l'ordre public, de la santé, de la morale ou des libertés et des droits des autres ; art. 57 — la liberté des réunions pacifiques peut être restreinte à peine par la loi ; art. 58, alinéa 2 — l'interdiction de s'associer quand l'objectif ou l'activité sont contraires à la Constitution ou à la loi ; art. 61, alinéa 3 — le droit d'obtenir des informations sur l'activité des organes du pouvoir public et sur les personnes exerçant des fonctions publiques (y inclut l'accès aux documents, l'assistance aux réunions des institutions représentatives avec la possibilité d'enregistrer le son et/ou l'image) ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont nécessaires à la protection des libertés et des droits des autres personnes et entités économiques, à la protection de l'ordre public, de la sécurité ou dans l'intérêt économique important de l'Etat prévus par les lois; art. 64, alinéa 3 — le droit à la propriété peut être circonscrit uniquement en vertu de la loi et seulement dans l'ampleur qui ne détruit pas sa substance; art. 228, alinéa 5 — les actions entreprises dans la foulée de la proclamation des pouvoirs de crise doivent correspondre au degré de la menace et doivent tendre au rétablissement le plus tôt possible du fonctionnement normal de l'Etat.

Le Tribunal Constitutionnel est de l'opinion que l'art. 31, alinéa 3 de notre Charte fondamentale expose le principe de proportionnalité de façon pleinement indépendante et totale [6]. Pourtant, il ne peut pas constituer un étalon de contrôle entièrement autonome. Cette prescription à peine le caractère de garantie. Pour cette raison, en tant que fondement du recours constitutionnel, il doit être toujours invoquée en liaison avec d'autres dispositions de la Charte majeure de l'Etat qui déterminent de manière concrète les libertés et les droits. Si les dispositions constitutionnelles définissent de façon totale et dans toute sa complexité les conditions de limitation d'une liberté ou d'un droit, le Tribunal constitutionnel considère que telle disposition, étant une *lex specialis* à l'égard de l'art. 31, alinéa 3 de la Loi fondamentale polonaise exclut son application comme un critère adéquat de contrôle [7].

#### **L'objet du contrôle de proportionnalité**

En Pologne, les droits économique et sociaux ont été toujours la catégorie la plus vérifiée de l'angle proportionnelle. La liberté de l'activité économique et les droit au propriété, au travail et à l'enseignement (à l'éducation) occupaient et occupent la première place. Il est vrai que dans beaucoup de cas le Tribunal constitutionnel n'a pas constaté l'inconstitutionnalité des prescriptions légales, mais le seul fait de les élever à la considération de cet organe montre l'importance de la surveillance proportionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle. Les décisions sur le manquement à la proportionnalité des mesures législatives concernait, dans sa majorité, avant tout, les limites du droit de propriété et notamment de sa variante polonaise dite le droit coopératif de propriété sur un local d'habitation [8].

Parmi les droits et libertés personnelles, les plus examinés par notre Gardien de la norme suprême du point de vue proportionnelle se trouvent le droit à la juridiction et celui à la privacité. Quant au premier cas, le Tribunal constitutionnel a déclaré plusieurs fois la limitation excessive de la fermeture législative de la voie à l'administration de la justice, notamment dans le contexte de l'interdiction absolue de le faire, prévue dans l'art. 72, alinéa 2 de la Constitution. En ce qui concerne la garantie de la vie privée, les décisions les plus importantes ont été prises au sujet de la loi visant à mettre à jour la collaboration avec les services de

sécurité communiste par les fonctionnaires de l'actuel Etat démocratique de droit. Si le Gardien de la Loi Fondamentale a reconnu la constitutionnalité de l'inspection du passé de dénonciateur non professionnel des représentants du pouvoir public d'aujourd'hui, il a jugé que cette révision appliquée aux particuliers qui n'exercent plus les fonctions dans l'appareil d'Etat constitue l'ingérence excessive dans la vie privée de ces personnes.

Pour ce qui est des libertés et des droits politiques, les décisions du Tribunal constitutionnel polonais se sont attaquées à la liberté des réunions pacifiques, d'association, de créer des partis, à l'accès à l'information publique, ainsi qu'aux dispositions limitant les droits électoraux. Mais les controverses les plus intéressantes de notre point de vue ont affronté la composition des conseils des communes, le plus souvent en fonction de l'interdiction de mener une activité économique en tirant profit des moyens appartenant aux collectivités territoriales ou de celle du cumul du mandat de conseiller de la commune avec l'emploi dans ses organes. Le Gardien des normes suprêmes a constaté dans ses arrêts que les limitations imposées aux personnes exerçant les charges publiques ne peuvent pas être regardées en tant que restreignant leurs droits et libertés, mais comme un moyen d'assurer le fonctionnement régulier des institutions de l'Etat.

### **Trois ingrédients de la proportionnalité dans la jurisprudence**

Il faut tout d'abord remarquer qu'il n'y pas beaucoup d'arrêts où la norme contestée a été l'objet d'un examen approfondi avec la prise en considération de façon détaillée de la satisfaction aux exigences de l'appropriation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict. Le plus fréquemment ce test est repéré dans les motifs de la décision. Parfois, ses composantes sont mentionnées en forme de trois interrogations auxquelles il faut répondre de manière positive. Il est très commun de se remettre aux résultats en cette matière contenues dans les décisions de la période précédant l'entrée en force de la Constitution de 1997 ou tout simplement aux arrêts de principe de cet époque.

La constatation de la violation du caractère approprié est très rare. Habituellement, les restrictions mises en cause sont de telle nature que peuvent atteindre les objectifs définis par le parlement. Cependant, en Pologne, ces objectifs doivent correspondre en outre aux valeurs énumérées dans l'art. 31, alinéa 3. Malheureusement, cet adéquation ne se produit pas dans tous les cas. Ceci est particulièrement vrai quand le parlement identifie l'intérêt d'un group étroit avec les libertés et droits des autres personnes. D'autre part, selon le Tribunal constitutionnel, ces buts dont nous parlons ne peuvent jamais, par exemple, faciliter le fonctionnement de l'appareil d'Etat [9].

En ce qui concerne le caractère nécessaire de la restriction des libertés et des droits, il ne suffit pas que la réalisation des objectifs de l'art. 31, alinéa 3 aient été favorisée ou facilitée par cette limitation [10]. La « nécessité dans l'Etat démocratique » est d'ailleurs la condition inévitable, résultant aussi de l'article cité, comprenant tous les ingrédients de la proportionnalité, non seulement l'aspect actuellement commenté. Cet aspect oblige le parlement de prouver chaque fois le besoin réel d'immixtion dans les droits et libertés. Ces mesures doivent être effectives et indispensables. En d'autres termes, celles-ci doivent, d'une part protéger les valeurs déterminées de telle façon et avec l'intensité jamais pouvant être atteinte à travers des autres moyens, et d'autre part, elles doivent être les moins fatigantes pour les sujets affectés par la restriction de leurs droits et libertés.

Le dernier trait de la technique de proportionnalité demande la conservation de la proportion entre les objectifs lesquels justifient les restrictions appliquées et les moyens en forme de prescriptions réduisant la générosité des droits et des libertés individuelles. Il semble que le Tribunal Constitutionnel polonais attache la plus grande attention à cet aspect de la proportionnalité, c'est-à-dire à l'interdiction de l'ingérence démesurée de l'Etat dans les libertés et droits individuels [11]. Par conséquent, ce qui compte pour le Tribunal, c'est le degré de peine des limitations imposées, et en premier lieu la réponse à la question si cette restriction n'a pas pu être atteinte, en employant les moyens les moins pénibles. Chaque réglementation doit être évaluée individuellement, ainsi que la méthode d'effectuer cette restriction et leurs suites, toujours comparant les valeurs et les biens protégés et limités.

Il est à souligner ici que les critères d'évaluation plus sévères doivent être pratiqués par rapport à la limitation des libertés et des droits personnels et politiques. Néanmoins, on doit se garder tout le temps de détruire l'essence des libertés et des droits, en se préoccupant, selon le Tribunal Constitutionnel, des réductions déjà accomplies dans ces sphères. En Pologne, la suppression de la substance d'une liberté ou d'un droit a lieu le plus souvent à l'encontre au droit de propriété et au droit à l'assurance sociale.

### **CONCLUSIONS**

Dans le droit général comparé, on a proposé une disposition-type (modèle) de la régulation constitutionnel du principe de proportionnalité. Elle a le libellé suivant: «L'organe public doit peser tous les

intérêts impliqués directement dans la décision, à moins que la prévision légale ou la nature du pouvoir exercé ne contiennent pas une limitation. Les conséquences nuisibles que la décision pourrait avoir pour une ou plusieurs parties intéressées ne peuvent pas être disproportionnées aux objectifs poursuivis par celle-ci» [12]. Comme nous voyons, la formule est générale et exprime l'essence du principe allemand en ce qui concerne le droit de l'Union Européenne peut-on dire qu'à l'heure actuelle le principe de proportionnalité se trouve tant dans leurs traités fondateurs que dans la jurisprudence de la Cour de Justice de Luxembourg. La même chose peut être affirmé du système du Conseil de l'Europe.

La Constitution polonaise comporte — selon le Tribunal Constitutionnel — un fondement direct et exprès du principe de proportionnalité dans la formule des « limites des limites » contenue dans son article 31, alinéa 3. Son défaut principal se réduit à l'impossibilité de son application à tous les situations pouvant amoindrir les libertés et les droits de l'individu. À cause de cela notre Gardien des normes suprêmes se sert de façon auxiliaire de l'art. 2 de la Constitution. Celui-ci proclame que la République de Pologne vit dans le régime de l'Etat de droit. Conformément aux opinions de notre Gardien des normes suprêmes dans la notion de l'Etat de droit est inclus le principe de proportionnalité. Grâce à ce double appui constitutionnelle, le parlement peut être contrôlé non seulement quand il viole les droits ou les libertés constitutionnels, mais aussi quand il permet un déni des droits infra-constitutionnels.

### Reference

1. Textuellement il s'appuie sur la « doctrine et la jurisprudence des Etats de l'Europe Occidentale ». Celle-ci s'est développée depuis la moitié des années cinquante du siècle écoulé « dans la jurisprudence constitutionnelle (surtout allemande, et puis autrichienne, suisse, et espagnole) qui ont fait du législateur le destinataire de cet interdiction ». Cf., l'arrêt du Tribunal Constitutionnel polonais du 26 mai 1995 (K 11/9).
2. Distinguer dans le principe de proportionnalité la proportionnalité au sens strict est un peu illogique. Peut-on s'interroger sur son utilité » tant il faut être conscient du caractère unitaire du raisonnement puisque la proportionnalité dite 'au sens étroit' ne constitue qu'un critère parmi d'autres de la proportionnalité réalisée au sens large au moyen de l'explication des motifs ». P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2005, p. 178. Cf. aussi S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruyant Bruxelles 2001. — 221 s.
3. En Pologne, l'Etat de droit se conçoit comme une amalgame de principes. Un des auteurs y voit les quatre règles : l'interdiction de l'application rétroactive du droit (*Lex retro non agit*), l'obligation de prévoir un certain temps d'ajustement en amont de l'entrée en vigueur des normes nouveaux (*vacatio legis*), le principe de la protection des droits acquis, le principe du droit clair (L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Ed. Liber 2010, p. 62–64), tandis qu'un autre auteur fait ressortir les trois ensemble de principes, c'est-à-dire relatifs aux droits de l'homme, à la procédure de la création du droit, et au mode d'organisation et de fonctionnement de l'Etat (M. Granat, *Prawo konstytucyjne w pytaniach i odpowiedziach*, LexisNexis 2009. — P. 63).
4. C'est ma propre traduction de cette disposition. La version presque officielle de ce fragment (publiée aux éditions de la Chambre des députés polonaise), statue que « l'exercice des libertés et des droits constitutionnels ne peut faire l'objet que de seules restrictions prévues par la loi lorsqu'elles sont nécessaires, dans un Etat démocratique, à la sécurité ou à l'ordre public, à la protection de l'environnement, de la santé et de la moralité publiques ou des libertés et des droits d'autrui. Ces restrictions ne peuvent porter atteinte à l'essence des libertés et des droits ».
5. Il est à remarquer que les juristes chinois voient le principe de proportionnalité dans l'art. 51 de la Constitution de son pays (un équivalent de l'art. 31, alinéa 3 de notre Charte fondamentale), ainsi que dans les articles 10 et 13, concernant respectivement l'expropriation des terres et des biens privés des citoyens chinois, ce qui est renfermé dans l'art. 64, alinéa 3 de la Constitution polonaise. Cf. J. Nancheng, Regularization of Constitutional Proportionality principle and its Enlightenment to China, en: Mo Ji-hong (dir.), *Study on the Worldwide Constitutional Law. For the VIII World Congress of Constitutional Law in Mexico. Understanding Constitutional Principles in the Contemporary China*. China Branch, International Association of Constitutional Law, Volume II, China Global Culture Publishing House (ISBN 978-988-19549-7-8). — Hung Hom, Kowloon, 2010. — P. 97.
6. Voir l'arrêt du 12 janvier 1999 (P 2/98)
7. Voir l'arrêt du Tribunal Constitutionnel du 29 avril 2003 (SK 24-02). Selon un auteur polonais, le principe de proportionnalité établi dans les articles cités, a été développé dans divers arrêts du Tribunal constitutionnel polonais. Ces précisions des limites admissibles des droits et des libertés individuels dans les dispositions constitutionnelles n'éliminent point les règles générales résultant de l'art. 31, alinéa 3 de notre Charte. Tout au contraire, il impose un nouveau regard sur l'étendue de ces libertés et des droits. Cf., L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*. — Państwo i Prawo. — 2001. — N 10.
8. Dans ce domaine, on peut noter même une certaine évolution. Avant l'entrée en vigueur de la Charte fondamentale en 1997, le Tribunal constitutionnel a jugé un nombre considérable des affaires touchant au droit de propriété et aux autres droits patrimoniaux des communes. Aujourd'hui, la majorité de procès relatifs à ces collectivités territoriales de base est en rapport avec le grief de la non observation de la proportionnalité en raison des violations de leur autonomie. De même, les décisions relatives à des pensions d'invalidité et de retraite et aux règles de l'imposition des impôts l'ont emporté auparavant.
9. Voir l'arrêt du 20 novembre 2002 (K 41/02).
10. En outre, le Tribunal constitutionnel met l'accent fort sur la différence de cet exigence des autres tests comme l'opportunité ou l'utilité des régulations nouvelles.

11. Telle est du moins la conclusion que peut-on tirer de l'unique monographie a ce sujet dans la langue polonaise a ce sujet J.Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe. Warszawa, 2008. — P. 254 passim.
12. Cf. W. van Gerven, The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe, en: E.Ellis (dir.), *The principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland Oregon, 1999. — P. 55 and 62.

УДК 342.515 (574)

## Новое в антикоррупционном законодательстве Республики Казахстан

Мусилимова К.С.

*Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова*

Макалада ҚР «Мемлекеттік қызмет туралы», «Сыбайлас жемқорлыққа қарсы күрес туралы» Заңдарындағы, заңнамалық және заңға тәуелді актілердегі өзгерістер мен толықтырулар қарастырылып, талданды. Сыбайлас жемқорлыққа қарсы нормаларды жүзеге асыру механизмінің өзекті мәселелеріне аса көңіл бөлініп, сыбайлас жемқорлыққа қарсы күрес саласындағы шетел тәжірибесі зерделенді. Автормен мемлекеттік қызметке тұру мен қызмет істеу тәртібін, нормативтік-құқықтық актілерді сыбайлас жемқорлыққа қарсы сараптама жетілдіру бойынша ұсыныстар енгізілді.

In given article changes and additions in the Republic of Kazakhstan laws «About public service», «About fight against corruption», the Labour code and others legislative acts are considered and analyzed. The attention to actual problems of the mechanism of realization of anticorruption norms, studying of foreign experience in fight against corruption sphere is paid. The author makes offers on perfection of an order of receipt and passage of public service, anticorruption examination of standard legal certificates.

Современный этап развития антикоррупционного законодательства Республики Казахстан повлек за собой целый ряд изменений и дополнений относительно порядка поступления на государственную службу, ее прохождения и прекращения, правового положения государственных служащих, требований, в особенности ограничений, предъявляемых к ним.

Существенные изменения претерпел, прежде всего, базовый нормативный правовой акт в системе государственной службы — Закон Республики Казахстан «О государственной службе».

Поправки коснулись статуса политических государственных служащих, для которых установлена ротация (ст.18–1); запрещено поступление на государственную службу лиц, уволенных ранее за совершенное коррупционное правонарушение (п.6–3 ст. 4); руководители государственных органов подлежат увольнению с занимаемых должностей за прием ими на работу граждан, ранее уволенных за коррупционные правонарушения (п.7–2 ст.27) [1].

Изменяются и подходы к конкурсным и аттестационным процедурам. На основе разработанной Агентством Республики Казахстан по делам государственной службы Концепции новой модели государственной службы апробируется эксперимент по внедрению двухэтапной процедуры конкурса на занятие административной должности, внедряется система оценки качества работы государственных органов.

Особое внимание в контексте проводимых преобразований отводится, безусловно, антикоррупционным мерам. Указом Президента РК от 22 апреля 2009 г. № 793 «О дополнительных мерах по усилению борьбы с преступностью и коррупцией и дальнейшему совершенствованию правоохранительной деятельности в Республике Казахстан» [2] была обоснована необходимость внесения принципиальных новшеств в антикоррупционное законодательство, а также совершенствования и унификации законодательства о правоохранительной службе.

Во исполнение поручения Главы государства в Республике Казахстан впервые был принят Закон «О правоохранительной службе», регулирующий общественные отношения, связанные с поступлением на правоохранительную службу, ее прохождением и прекращением, определением правового статуса, материального обеспечения и социальной защиты сотрудников правоохранительных органов

Республики Казахстан. Особый акцент в Законе РК «О правоохранительной службе» сделан на антикоррупционный характер. Это, в частности, прослеживается в главе 2 Закона «Поступление на правоохранительную службу».

Согласно п.6 ст.6 на правоохранительную службу не может быть взято лицо: отказавшееся принять на себя ограничения, установленные законом, в целях недопущения действий, которые могут привести к использованию его статуса, основанного на нем авторитета в личных, групповых и иных неслужебных интересах (пп.3); которое в течение трех лет перед поступлением на правоохранительную службу привлекалось к дисциплинарной ответственности за совершение коррупционного правонарушения (пп.4); на которое в течение года перед поступлением на правоохранительную службу налагалось в судебном порядке административное взыскание за умышленное правонарушение (пп.5); на которое в течение трех лет до поступления на правоохранительную службу за совершение коррупционного правонарушения налагалось в судебном порядке административное взыскание (пп.6); совершившее коррупционное преступление (пп.7); уволенное с работы за совершение коррупционного правонарушения (пп.8) [3].

Принятие Закона РК от 29 декабря 2010 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственной службы и борьбы с коррупцией» повлекло за собой целый ряд поправок антикоррупционной направленности. Не допускается трудоустройство в коммерческую организацию лица в течение одного года после прекращения им государственной службы, если в период выполнения государственных функций указанное лицо в силу своих должностных полномочий непосредственно осуществляло контроль в форме проверок деятельности данной коммерческой организации либо деятельность данной коммерческой организации была непосредственно связана с указанным лицом в соответствии с его компетенцией [4].

Смысл и назначение данной поправки очевидны: исключить использование государственным служащим властных полномочий, влияния, связей, авторитета во внеслужебной деятельности. Если для нашей страны данная норма является новшеством, то для законодательства целого ряда зарубежных стран это общепринятая практика.

Так, например, в США для государственных служащих предусмотрено ограничение их деловой активности в течение двух лет после выхода в отставку. Им также запрещено выполнение представительских функций при разрешении исполнительными органами дел, которые были в компетенции данного госслужащего в течение года, предшествовавшего прекращению государственной службы [5].

Во Франции предусмотрен пятилетний запрет на работу государственных чиновников в коммерческих структурах, которые они контролировали, находясь на государственной службе [6].

Главой государства в Указе была впервые озвучена мысль о выработке мер противодействия так называемой «корпоративной коррупции». В этих целях предлагалось закрепить в законодательстве перечень должностей с высоким риском совершения коррупционных правонарушений.

В соответствии с этим поручением в ст.8 Закона РК «О борьбе с коррупцией» установлено специальное требование к лицам, претендующим на выполнение государственных функций, и лицам, претендующим на выполнение государственных функций в государственных организациях, организациях с долей государственного участия [7]. Это требование заключается в возможности применения к указанным лицам специальной проверки на предмет соблюдения антикоррупционного законодательства. Что касается самого перечня таких должностей, а также порядка проведения проверок, то он будет определяться постановлением Правительства РК. Обращает на себя внимание тот факт, что в части соблюдения специальных требований руководители государственных организаций приравниваются к государственным служащим, что, на наш взгляд, логично и необходимо.

Новеллой законодательства о государственной службе явилось понятие «конфликт интересов». Под ним подразумевается «ситуация, при которой возникает противоречие между личной заинтересованностью государственного служащего и надлежащим исполнением им своих должностных полномочий или законными интересами физических и юридических лиц, государства, способное привести к причинению вреда этим интересам» [4].

Необходимо отметить, что термин «конфликт интересов» использовался лишь в ст. 21 Налогового кодекса РК, согласно которой в отношении должностных лиц налоговой службы установлен запрет на осуществление служебной деятельности применительно к налогоплательщикам, которые являются такому служащему налоговыми органами близкими родственниками (родители, супруги, братья, сестры, родители и дети супругов) и (или) в отношении которых имеется прямая или косвенная фи-

нансовая заинтересованность [8]. Теперь, в связи с изменениями в законодательстве, понятие «конфликт интересов» применяется в отношении любых видов государственной службы.

Отсюда следует, что любому государственному служащему запрещено осуществлять должностные обязанности при наличии конфликта интересов. При этом государственному служащему вменяется в обязанность принимать все необходимые меры с целью предотвращения или урегулирования конфликта интересов. Это достигается следующим образом.

Как только государственному служащему станет известно о возникшем конфликте интересов, он обязан незамедлительно поставить в известность своего непосредственного руководителя или руководство государственного органа. Получив информацию от государственного служащего либо от других источников, непосредственный руководитель или руководство государственного органа обязаны оперативно принять все необходимые меры в целях предотвращения и урегулирования конфликта интересов. Предусмотрено несколько вариантов выхода из конфликтной ситуации:

- путем поручения другому лицу исполнения должностных обязанностей государственного служащего по вопросу, в связи с которым возник или может возникнуть конфликт интересов. Например, если при рассмотрении обращений физических или юридических лиц у должностного лица возникает определенная личная заинтересованность, могущая привести к необъективному решению вопроса, руководитель должен поручить рассмотрение этого обращения другому государственному служащему;
- путем изменения должностных обязанностей данного государственного служащего. Например, специалист отдела регистрации нормативных правовых актов департамента юстиции рассматривает проекты актов акимата, где акимом является его родной брат. В этом случае для предотвращения конфликтной ситуации начальник отдела регистрации нормативных правовых актов должен изменить должностные обязанности своего подчиненного;
- путем перевода государственного служащего, с его согласия, на другую должность в порядке, установленном законодательством РК. К примеру, совместная служба родственников, если их служебные отношения предполагают непосредственную подчиненность или подконтрольность, может быть расценена как конфликт интересов. В этом случае разрешению конфликтной ситуации служит перевод одного государственного служащего на другую должность. При невозможности перевода один из них подлежит увольнению.

Важно подчеркнуть, что законодатель, вводя в государственно-служебный оборот дефиницию «конфликт интересов», дополняет данное нововведение нормой о дисциплинарной ответственности государственного служащего, его вышестоящих руководителей за непринятие мер по урегулированию конфликта интересов.

Положительно оценивая данные новеллы в законодательстве, хотелось бы дополнить их нормами, регламентирующими процессуальные аспекты конфликта интересов на государственной службе. Ведь не секрет, что многие нормы в нашем законодательстве не применяются или применяются неэффективно, ввиду отсутствия соответствующего процессуального механизма их реализации. И в этом смысле заслуживает изучения опыт Российской Федерации при регулировании данного вопроса.

В Российской Федерации для обеспечения соблюдения требований к служебному поведению гражданских служащих и урегулирования конфликтов интересов в государственных органах предусмотрено создание комиссий по соблюдению требований к служебному поведению гражданских служащих и урегулированию конфликтов интересов. Круг вопросов, рассматриваемых комиссией, достаточно широк.

Основаниями для проведения заседания комиссии являются: предоставление руководителем государственного органа материалов проверки, свидетельствующих о выдаче государственным служащим недостоверных или неполных сведений, предъявляемых законодательством к конфликтам на государственной должности; о несоблюдении государственным служащим требований к служебному поведению и (или) требования об урегулировании конфликта интересов; обращение гражданина, замещавшего в государственном органе должность государственной службы, включенную в перечень должностей, утвержденный нормативным правовым актом РФ, о даче согласия на замещение должности в коммерческой или некоммерческой организации, если отдельные функции по государственному управлению этой организацией входили в его должностные (служебные) обязанности до истечения двух лет со дня увольнения с государственной службы; заявление государственного служащего о невозможности по объективным причинам представить сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей; пред-

ставление руководителя государственного органа или любого члена комиссии, касающееся обеспечения соблюдения государственным служащим требований к служебному поведению и (или) требований об урегулировании конфликта интересов либо осуществления в государственном органе мер по предупреждению коррупции [9]. Если комиссия выявляет факты нарушений служебной дисциплины либо конфликт интересов, то она рекомендует руководителю государственного органа устранить эти нарушения.

Однако, как считают специалисты, деятельность комиссий не лишена недостатков, к числу которых относятся: вспомогательный характер работы комиссий; рекомендательный характер принимаемых комиссией решений; соединение в одной комиссии двух направлений деятельности — соблюдение требований к служебному поведению государственных служащих и урегулирование конфликта интересов, хотя и взаимосвязанных, но разных как по содержанию, так и по способам решения задач, предполагающих разные подходы [6]. Мы также поддерживаем идею необходимости создания специальных комиссий, которые бы рассматривали и разрешали ситуации, связанные с конфликтом интересов на государственной службе

Не подлежит сомнению, что одной из причин, порождающих коррупционные правонарушения, является несовершенство законодательства. Пробелы, нечеткость норм, отсутствие или ненадлежащий уровень процедур административной деятельности создают своеобразные лазейки для недобросовестных госслужащих. Сказывается недостаточность деятельности контролирующих органов, юридических служб, института регистрации нормативных правовых актов органами юстиции. Исходя из этого возникла острая необходимость уже на стадии проектирования нормативного акта предупредить возможные негативные последствия его применения путем проведения научной антикоррупционной экспертизы.

Законом РК от 1 января 2011 г. внесены изменения в Закон РК «О нормативных правовых актах», согласно которым установлен институт обязательной научной антикоррупционной экспертизы проектов нормативных правовых актов [10].

Экспертиза, проводимая органами юстиции, позволит выявить нормы и пробелы правового регулирования, способствующие совершению коррупционных правонарушений; оценить последствия действия предполагаемого нормативного правового акта с точки зрения возможности осуществления коррупционных действий; выработать рекомендации для предотвращения коррупционных факторов в процессе принятия нормативных правовых актов.

Эффективность данной правоохранительной процедуры еще предстоит оценить. Но уже ясно одно — антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов обладает отнюдь не формальным характером, по сути — это одна из обязательных стадий в процессе принятия нормативного правового акта. И игнорирование или ненадлежащее осуществление этой процедуры напрямую влияет на законную силу акта. Так, применительно к нормативным правовым актам, подлежащим государственной регистрации, отсутствие антикоррупционной экспертизы является основанием для отказа в их регистрации.

Думается, что реальный правоохранительный эффект антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов возрастет в том случае, если в законодательстве, например, на уровне постановления Правительства Республики Казахстан, будет четко определена методика ее проведения. В частности, следовало бы в такого рода методике определить коррупционные факторы, создающие возможности для необоснованного применения административного усмотрения. Проблема административного усмотрения чрезвычайно актуальна в сфере государственного управления.

При административном усмотрении, как писал специально исследовавший данную проблему В.Н.Дубовицкий, «органу или должностному лицу, осуществляющему исполнительно-распорядительную (управленческую) деятельность, представляется выбор (возможность, степень свободы) по отысканию и принятию наиболее полезного, целесообразного, по их мнению, решения, совершению или несовершению того или иного действия» [11].

По мнению В.М.Манохина, можно выделить два вида административного усмотрения:

- усмотрение в рамках закона, т.е. когда государственному органу предоставляется возможность избрать один из вариантов поведения, предусмотренных правовой нормой;
- усмотрение за пределами правовых норм, т.е. действие органов и должностных лиц государства, не связанных с правом. Такое усмотрение автор называет свободным усмотрением государственного органа (должностного лица) [12].

Административное усмотрение — неотъемлемый атрибут управленческой практики, и оно свойственно как нормотворческой, так и правоприменительной деятельности исполнительных органов.

Однако административное усмотрение ни в коей мере не должно вступать в противоречие с принципом законности и создавать условия для коррупции. Нам представляется, что административное усмотрение может осуществляться только на основании закона, в тех случаях, когда уполномоченные государственные органы либо должностные лица вправе и обязаны выбрать один из наиболее целесообразных, оптимальных вариантов поведения, предусмотренного правовой нормой. Мы считаем, что правовое государство несовместимо с так называемым свободным усмотрением, т.е. усмотрением за пределами правовых норм. При регулировании общественных отношений в сфере государственного управления, при отсутствии правовой нормы, субъект управления не вправе обращаться к аналогии закона либо к общему духу права. Следовательно, принцип «Разрешено все, что не запрещено» применим только в частном праве, но не может быть применен в праве публичном, в сфере государственно-властных отношений. Таким образом, исполнительные органы и их должностные лица вправе и обязаны делать только то, что прямо разрешено и относится к компетенции уполномоченного органа или должностного лица.

Проявлениями административного усмотрения можно, например, считать необоснованную широту дискреционных полномочий, выраженную в отсутствии или неопределенности сроков, условий или оснований принятия решений. Например, в Законе РК «О порядке рассмотрений физических и юридических лиц» в ст.6 говорится, что если решение вопросов, изложенных в обращении, требует *длительного срока* (выделено нами. — *М.К.*), то обращение ставится на дополнительный контроль, вплоть до его окончательного исполнения, о чем заявителю сообщается в течение трех календарных дней [13]. На наш взгляд, это удобная возможность для нерассмотрения в установленный срок жалоб граждан и организаций. В этих целях в текстах нормативных правовых актов следует избегать неопределенных формулировок типа «длительный срок», «при наличии уважительных причин», «в случае длительного отсутствия», «систематический характер» и т.д. Таким образом, при регулировании властных, распорядительных полномочий должна быть максимальная четкость и определенность, не дающая возможности в правоприменительной практике злоупотреблять властью.

К числу коррупционных факторов можно также отнести: дублирование полномочий государственных органов; нечеткость компетенции государственных органов и должностных лиц; выход за пределы компетенции; практику необоснованного широкого использования отсылочных и бланкетных норм; практику восполнения пробелов в законе подзаконными актами; игнорирование или ненадлежащее использование административных процедур. Например, ст.28 Закона РК «О государственной службе» допускает возможность неисполнения государственными служащими приказов, распоряжений вышестоящих органов в случае сомнения в их законности. Однако процедура в законе не регламентирована.

Коррупционные факторы могут проявляться и в нормативных правовых актах, закрепляющих неопределенные, незаконные требования к физическим и юридическим лицам. Это, например, зачастую происходит при регулировании различных аспектов взаимоотношений субъектов предпринимательской деятельности с органами исполнительной власти.

Резюмируя изложенное, можно с полным основанием утверждать, что антикоррупционное законодательство Республики Казахстан не стоит на месте и постоянно развивается. Эта тенденция находит полную поддержку населения, всех институтов гражданского общества. Важно сейчас, чтобы все новеллы законодательства были успешно реализованы на практике и послужили искоренению коррупции в системе государственного управления.

#### Список литературы

1. Закон РК от 23 июля 1999 г. № 453–1 «О государственной службе» // Казахстанская правда. — 1999. — 6 авг.
2. Указ Президента РК «О дополнительных мерах по усилению борьбы с преступностью и коррупцией и дальнейшему совершенствованию правоохранительной деятельности в РК» // Казахстанская правда. — 2009. — 23 апр.
3. Закон РК от 6 января 2011 г. № 380–14 «О правоохранительной службе» // Казахстанская правда. — 2011. — 19 янв.
4. Закон РК от 29 декабря 2010 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственной службы и борьбы с коррупцией» // Казахстанская правда. — 2011. — 19 янв.
5. Законодательные акты, касающиеся правил регистрации поведения государственных служащих различных учреждений // <http://ndc.ru.ru/press/pubs/dep0/archive/14/kodeks.html>.
6. Конфликт интересов на государственной службе // <http://www.jk.ru/jur-polesno.html/>

7. Закон РК от 2 июля 1998 г. № 267 «О борьбе с коррупцией» // Ведомости Парламента РК. — 1998. — № 15. — С. 209.
8. Налоговый кодекс РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» от 10 декабря 2008 г. — Астана: Юрист, 2009.
9. Положение о комиссии по соблюдению требований к служебному поведению федеральных государственных служащих и урегулированию конфликта интересов // <http://www.k.ru/jug-polesno/html>.
10. Закон РК «О внесении изменений в Закон РК «О нормативных правовых актах по вопросам проведения научной анти-коррупционной экспертизы» // Индустриальная Караганда. — 2011. — 19 февр.
11. *Дубовицкий В.Н.* Законность и усмотрение в системе государственного управления: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1981. — 24 с.
12. *Манохин В.М.* Правовое государство и проблема управления по усмотрению // Государство и право. — 1999. — № 18. — С. 23–30.
13. Закон РК от 12 января 2007 г. «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц» // Индустриальная Караганда. — 2007. — 25 янв.

УДК 35.08 (574)

## **К вопросу о функционировании и реформировании государственной службы в Республике Казахстан в условиях глобализации**

Абикенова Г.Б.

*Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова*

Мақалада жаһандану жағдайында мемлекеттік қызмет институтының өзгертілу мәселелері қаралды. Қазақстандық мемлекеттік қызметтің әрекет етуінің ағымдағы мәселелері жарияланып, ары қарай жетілдіруге бағыт белгіленген. Қазақстан Республикасындағы мемлекеттік қызмет институтының өзгертілуі — ол қажеттілік. Азаматтық қоғам мен мемлекетті нығайту мақсатында мемлекеттік қызметтің тиімділігін арттыру керек. Тірек сөздер: мемлекеттік қызмет, мемлекеттік қызметті реформалау, мемлекеттік қызметті ұсыну, мемлекеттік аппараттың жұмысын әбден жетілдіру.

In article questions of reforming of college of public service in conditions of globalization are considerent. Current problems of functioning of the Kazakhstan public service are shined and directions of the further perfection are designated. An indispensability of reforming of college of public service in Republic Kazakhstan. Increase of efficiency of public service in interests of progress of a civil society and strengthening of the state. Keywords: public service, reforming of public service, granting of the state services, perfection of work of a state machinery.

Происходящие в современном мире стремительные перемены заставляют правительства многих стран реформировать существующую систему государственного управления. Главная цель таких реформ — адаптация к динамично меняющейся политической и экономической среде, новым тенденциям мирового развития. Безусловно, проведение этих реформ продиктовано вескими причинами. Происходит глобализация экономических и культурных отношений, растет потребность населения в получении более качественных услуг от государственного сектора, стремительно развиваются телекоммуникационные технологии. Изменяется содержание работы госслужащих, происходит трансформация организационных структур. В этих условиях увеличивается спрос на квалифицированные кадры.

Приоритетной тенденцией развития современной цивилизации, затрагивающей все государства, является глобализация, которая представляет собой «сложный и многомерный комплекс различных процессов, включающий интенсификацию межгосударственных экономических, политических, социальных, культурных связей, трансформацию мировой экономики и формирование глобальных рынков, широкое распространение западной системы либерально-демократических ценностей и одновременно их усиливающееся неприятие».

Республика Казахстан, активно интегрируясь в мировую экономику и имея общие интересы с другими странами по многим проблемам государственного управления, нуждается в механизмах сотрудничества, «которые были бы достаточно прочными для утверждения всеобщих ценностей и в то

же время достаточно гибкими для содействия реализации людьми этих ценностей так, как они могут их применять на практике с учетом конкретных обстоятельств» [1; 82].

Однако глобализация не должна снижать роль национального государства, поэтому зарубежный опыт в нашей стране должен использоваться взвешенно и осторожно, учитывая, с одной стороны, объективно развивающиеся процессы глобализации и международной интеграции, а с другой — необходимость реализации национальных интересов Республики Казахстан.

Модернизация общества в современных условиях невозможна без усиления всей структуры государственного управления. При этом сама система государственного управления нуждается в оперативном реформировании в первую очередь. Все это выдвигает следующие проблемы: государственный аппарат должен взять на себя роль главного двигателя реформ и гаранта их необратимости; правовое, материальное, финансовое и социальное обеспечение государственных служащих тесно связано с формированием сильного бюджета, и это одна из причин коррупции, высокой текучести кадров, отсутствия стимула для профессионального совершенствования [2]. Современный правовой институт государственной службы — это система правовых норм, которая регулирует отношения, формирующиеся в процессе организации системы государственной службы, статуса государственных служащих, гарантий и процедур его реализации, а также механизма прохождения государственной службы.

Каждое государство подходит к вопросу реформирования государственной службы по-разному, но имеются общие, похожие черты, несмотря на различные стартовые условия. Прежде всего, это несовместимость свободы граждан, права на предпринимательскую деятельность и присутствие старой бюрократизированной государственной машины. Второе: присущая всем государствам и заставившая модернизировать государственное управление коррумпированность определенной части государственных служащих.

Побудительными мотивами административной реформы и реформы государственной службы в большинстве стран являются стремление сократить государственные расходы, повысить эффективность принятия политических решений и их последующей реализации, повысить привлекательность и имидж государственной службы, усовершенствовать предоставление государственных услуг и укрепить доверие к правительству со стороны граждан и частного сектора.

Таким образом, проблема эффективности государственной службы, качества оказываемых ею услуг стоит на повестке дня большинства стран мира. Особенностью же стран с переходной экономикой, к которым относится и Казахстан, является то, что, наряду с изменениями в общественных и экономических отношениях, в них идет сложный процесс трансформации роли самого государства. Поэтому становится актуальным, чтобы государственная служба была адекватной как быстро изменяющимся потребностям населения и ожиданиям общества, так и изменяющимся функциям государства. Система государственного аппарата советского периода с ее ярко выраженной идеологической ангажированностью уже не соответствовала новым целям и приоритетам нашего независимого государства. Поэтому со времени обретения независимости в Казахстане шли поиски адекватной новым условиям модели функционирования государственной службы [3; 53].

Сложность проблемы, особенно в странах с переходной экономикой, заключается в том, что требуется не просто ее упорядочение и реорганизация, которые неизбежно влекут за собой сокращение количества государственных структур и государственных служащих, а проведение фундаментальных изменений, основанных на анализе функций всех государственных органов управления в действующей системе государственного управления. Современной системе государственной управления требуются профессионально подготовленные кадры, готовые и умеющие работать в условиях рыночных отношений.

Эффективная система государственной службы призвана устранить серьезные изъяны в системе государственного управления, способные свести на нет усилия государства по реформированию социально-экономической сферы жизни общества. Это проявляется в том, что на переходном этапе со стороны государственных служащих участились случаи проявления превышения власти, лоббирования, коррупции. Угрозы такого характера заставляют общество требовать большей открытости государственной службы, избавления от тех, кто свои корыстные интересы ставит выше интересов общества и государства [3; 54].

Адаптация к новым реалиям потребовала повысить качественный состав государственной службы. К 1995 г. критика субъективизма в подборе и назначении кадров нередко встречалась в политической риторике оппозиционных движений и публикациях в СМИ. Сама же практика назначения чиновников благодаря личному знакомству и лояльности к конкретной персоне препятствовала улуч-

шению профессионализма государственных служащих. Добавим, что в период 1992–1994 гг. отсутствовали законодательные положения о принципах функционирования государственной службы, поэтому на практике сосуществовали принципы постепенного номенклатурного продвижения и быстрая карьера по причине неофициального патронажа, а также принятие на государственную службу с учетом профессиональных требований.

В Республике Казахстан Конституцией 1995 г. [4] и Указом Президента «О государственной службе» от 26 декабря 1995 г. № 2730, имевшим силу закона, были заложены основы для построения эффективной системы государственного управления, законодательного оформления прохождения государственной службы чиновниками [5]. В соответствии с вышеуказанным Указом был принят ряд подзаконных актов: Положение о стаже государственной службы для выплаты процентных надбавок за выслугу лет и порядке исчисления выслуги лет для назначения пенсий государственным служащим, Положение о квалификационных классах государственных служащих, Положение о порядке и условиях проведения аттестации государственных служащих, Положение о порядке наложения дисциплинарных взысканий и другие акты.

Принятие Указа позволило урегулировать отношения на государственной службе путем установления принципов государственной службы, иерархии государственных должностей сверху донизу, определить правовой статус государственных служащих, ввести ограничения для государственных служащих, носящие антикоррупционный характер, и установить социальные гарантии для служащих. После принятия указанного правового акта определилась политика управления человеческими ресурсами на государственной службе, что стало значительным стабилизирующим фактом в начальной стадии переходного периода. Однако анализ опыта функционирования казахстанской государственной службы в течение лет, прошедших с момента принятия Указа, а также изучение опыта стран, государственная служба которых имеет богатую традицию и достаточную эффективность, позволили выявить ряд проблем на пути повышения эффективности государственной службы в республике [6; 27].

Недостатки нашего законодательства привели к тому, что в период с 1995-го по 1998 гг. ярко проявились отрицательные черты патронажной системы, при которой отбор на государственную службу происходит из принципов личной преданности, дружеских или родственных связей. Среди наиболее актуальных выделялся ряд проблем, требовавших незамедлительного законодательного решения: низкая стабильность кадров, находящихся на государственной службе. Например, только за 1998 г. сменяемость государственных служащих центральных и местных органов управления составила 22 %; оплата труда государственных служащих была неадекватна объему выполняемых ими задач; образовательный уровень руководителей низового и среднего звена был явно недостаточен. Все это приводило к тому, что чиновники предоставляли гражданам услуги низкого качества. Все большая часть населения находила государственную службу неэффективной, коррумпированной и бюрократизированной. Такое положение стало подрывать доверие населения к проводимым реформам и в целом к институтам государства. На этом фоне недостатки действовавшего законодательства стали более чем очевидны [6; 28].

С провозглашением в 1997 г. Стратегии развития Республики Казахстан до 2030 г. [7] в стране взят твердый курс на реформирование государства с конкретно поставленными целями и задачами. Институт государственной службы продолжает оставаться неотъемлемой составляющей государственности, а государственные служащие — основными исполнителями происходящих изменений в стране. Задача необходимости создания общегосударственной системы управления кадрами, высокой репутации государственной службы, которая является стратегической на ближайшие годы, была подчеркнута в Послании Президента страны народу Казахстана «Казахстан – 2030» [7].

Прошло двенадцать лет с момента принятия Закона Республики Казахстан «О государственной службе» [8], и сегодня можно констатировать, что казахстанская государственная служба, взявшая курс на демократизацию и профессионализацию своих рядов, внесла существенный вклад в становление и укрепление независимости Казахстана, развитие внутренней и внешней политики, улучшение экономических и социальных показателей. К слагаемым успеха реформы в сфере государственной службы Казахстана можно отнести следующие факторы:

- наличие политической воли Президента страны Н.А.Назарбаева;
- создание единой системы органов по делам государственной службы в лице уполномоченного органа — Агентства республики по делам государственной службы, непосредственно подчиненного и подотчетного Президенту Республики Казахстан, и подчиненных ему территориальных органов;

– четкая координация деятельности Правительства и международных организаций — доноров, в том числе внешней помощи (финансовой и технической);

– согласованная и эффективная работа Администрации Президента, депутатов Сената и Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Правительства, Агентства Республики Казахстан по делам государственной службы, а также руководителей госорганов и самих госслужащих.

Главное заключается в том, что заложена и продолжает совершенствоваться законодательная база, регулирующая отношения в сфере государственной службы; внедряются и налаживаются новые методы обучения государственных служащих, повышается престиж государственной службы как профессии, постепенно исчезает устоявшееся среди населения негативное мнение о чиновниках, улучшается материальное и социальное положение государственных служащих, повышаются профессионализм и качество предоставляемых услуг обществу. Одним из важных аспектов совершенствования правовой базы в сфере государственного управления является установление этических норм поведения государственного служащего, закрепленных в Кодексе чести государственных служащих от 3 мая 2005 г. [9; 24].

В целом за прошедшие годы в Казахстане создана достаточно эффективная административная система управления. Она позволила успешно провести рыночные реформы в стране, обеспечила стабильность и предсказуемость политических процессов. Казахстан стал лидером среди стран СНГ по темпам проведения реформ. Сегодня, по мнению международных экспертов, Казахстан имеет наиболее развитое законодательство о государственной службе, которое могло бы стать модельным для реформирования государственной службы в странах СНГ [9; 25].

Вместе с тем говорить о совершенности нашей системы государственной службы пока не приходится. Например, конкурсный отбор на государственную службу позволяет привлечь наиболее достойных и профессионально подготовленных кандидатов, способных работать в постоянно меняющихся условиях. Но даже такую прозрачную идею, как конкурсный отбор кадров иногда удается дискредитировать. На наш взгляд, необходимо ужесточить меру ответственности за недобросовестность, нечистоплотность и другие коррупционные правонарушения.

При рассмотрении проблемы реформирования государственной службы выделяют несколько относительно самостоятельных задач: повышение прозрачности, высокий профессионализм и компетентность сотрудников государственных органов. К этому кругу задач следует причислить также введение электронного документооборота. Это позволит экономить время, принимать решения быстро и гласно, расширить доступ к информации. Прозрачность документооборота создаст предпосылки для уменьшения коррупции [10; 19].

Не менее важной задачей и одновременно действенным инструментом является информационная открытость органов государства и всей сферы производства социальных услуг. Ведь для того, чтобы оценить эффективность работы органов государственного управления и бюджетных организаций, нужна доступная, надежная и проверяемая информация об условиях и результатах их деятельности, через которые потребители могут доносить собственную оценку по поводу получаемых услуг и свои требования по устранению недостатков [10; 20].

Практически все органы исполнительной власти создали общедоступные сайты в сети Интернет. Это важный и полезный шаг, однако общим слабым местом всех официальных сайтов является их крайняя официозность, слабость обратной связи. Создание системы информирования граждан о деятельности органов власти сдвинулось с мертвой точки, но достигнутые результаты пока трудно назвать удовлетворительными.

Основным вопросом реформирования является вопрос кадровый. Весь мировой опыт свидетельствует: уровень достатка и благополучия в стране прямо зависит от качества и эффективности работы тех, кто управляет. В тех же развитых странах, чей опыт мы постоянно пытаемся сканировать и приживить, не существует как такового понятия «государственный служащий». Там государственная служба называется «паблик сервис», а чиновник служит не государству, а тем, кто его содержит за счет своих налогов, — гражданам, обществу, населению. Две принципиально разные ориентации, которые выстраивают линию поведения всей государственной службы.

Престиж государственной службы, судя по всему, нельзя поднять словами, призывами, хорошими законами, нужны более действенные стимулы к тому, чтобы служащий старался хорошо выполнять свою работу и дорожил ею. В XIX в. канцлер Германии Отто фон Бисмарк говорил: «С плохими законами и хорошими чиновниками управление еще возможно, но с плохими чиновниками не помогут никакие законы». Поэтому не менее важным аспектом по административной реформе является

налаживание системы переподготовки и повышения квалификации государственных служащих. Как следствие, роль Академии государственного управления при Президенте Республики Казахстан как центра повышения квалификации будет неуклонно возрастать.

Особенно актуальным является вовлечение в процесс реформ молодежи, а также организаций образования и воспитания — школ, колледжей, вузов. В целях воспитания у молодежи казахстанского патриотизма, гражданской позиции и гражданской ответственности можно ввести в программу обучения в старших классах школ и в вузах одноименный предмет, который позволит молодежи получить системные знания по Конституции Республики Казахстан, административно-территориальному устройству страны, о политической системе и политических институтах государства, а также воспитывать в молодежной среде чувство уважения к государственным символам Казахстана. Введение данной дисциплины может выполнить и профориентационную роль. Конечно, абсолютно совершенной структуры управления государством нет ни в одной стране мира, но реформирование органов государственной власти — процесс постоянный.

Необходимость дальнейшего совершенствования административной системы, ее адаптации к современным требованиям присутствует всегда. Казахстан взял курс на ускоренную модернизацию страны, качественное повышение уровня жизни населения. В этой связи в нашей стране в скором времени следует ожидать реализацию следующего этапа административных реформ [11; 54], которые должны содействовать экономическому и социальному прогрессу нашей страны. Жизнь не стоит на месте, постоянно выдвигает новые требования, и законодательство должно быть адекватным запросам развивающегося демократического общества. Казахская модель прохождения государственной службы должна изменяться к лучшему, поскольку государственная служба — важнейший инструмент преобразований во власти, экономике, социальной сфере, в области национальной безопасности.

Однако нынешний государственный аппарат еще не приспособлен для решения многих стратегических задач. Внутренние противоречия накопились в самой государственной службе как роде профессиональной деятельности. Поэтому реформа государственной службы стала необходимой. Результатом этой процедуры должно стать государство, адекватное времени и целям, которые стоят перед страной.

Чтобы сделать государственный аппарат эффективным, предстоит, во-первых, модернизировать систему исполнительной власти в целом. Прямая обязанность государства — создавать условия для развития экономических свобод, задавать стратегические ориентиры, предоставлять населению качественные публичные услуги, эффективно управлять госсобственностью. Для этого структура исполнительной власти должна быть логично и рационально устроена. Второй элемент реформы — создание эффективной и четкой технологии разработки, принятия и исполнения решений. В третьих, следует провести анализ ныне реализуемых государственных функций и сохранить только необходимые. Наконец — определиться с перечнем информации, которую госорганы обязаны делать публично доступной [11; 55].

Параллельно необходимо преодолеть негативные тенденции в самой государственной службе как роде профессиональной деятельности. Становление государственной службы Казахстана проходило в сложных и противоречивых условиях, в целом отставало от общего темпа реформ в экономике и социальной сфере. Издержки нерешенных проблем государственной службы проявляются в низкой эффективности госорганов, недостаточном уровне профессионализма госслужащих, высокой степени отчуждения от них граждан, снижении престижа государственной службы.

Эти тенденции и призвана устранить реформа государственной службы, актуальной задачей которой является восстановление доверия граждан к органам государственной власти за счет качественного удовлетворения их социальных и общественных потребностей на основе предоставления государственных услуг. Сущность проводимых в Казахстане преобразований — переход к новой, более эффективной модели развития общества, сочетающей в себе лучшие достижения мировой цивилизации и самобытные национальные формы. Социально-политическая цель реформы государственного управления и государственной службы в Казахстане предельно ясна: с одной стороны, необходимо образовать количественно небольшой корпус профессиональных служащих, а с другой — осуществлять государственную власть и управление, не нарушая прав и свобод граждан, всех субъектов права. Процессы реформирования государственной службы в Казахстане соответствуют основным направлениям трансформации — становлению рыночной системы и созданию демократического порядка. Главное, в чем есть уверенность, — это то, что ориентиры были выбраны верно. Демократия и ры-

ночные отношения при регулирующей роли государства создадут новый Казахстан, в котором приоритетными будут общечеловеческие ценности, будет обеспечен демократический порядок и верховенство закона.

В заключение обратимся к словам Главы государства Н.А.Назарбаева: «Мы видим, что надо окончательно преодолеть непрофессионализм, себялюбие чиновников, их безответственность и безразличие к нуждам людей... Мы добьемся того, чтобы в органах власти работали профессионально подготовленные, порядочные и справедливые люди, живущие интересами только народа и государства. Будут осуществлены коренные изменения в кадровой политике, подготовке будущих управленцев...» [12].

### Список литературы

1. Реформа государственной гражданской службы / Под ред. К Плоккера и М.Николаева. — М.: ЛЕНАНД, 2006. — 372 с.
2. Послание Президента страны народу Казахстана от 29 января 2010 г. «Новое десятилетие. Новый экономический подъем. Новые возможности Казахстана» // Казахстанская правда. — 2010. — 2 февр.
3. *Турисбеков З.* Государственная служба Казахстана на пути к открытости и справедливости // Правовая реформа в Казахстане. — 2008. — № 4. — С. 53–57.
4. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. (с изменениями и дополнениями, внесенными Законом РК «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» от 7 октября 1998 г., 21 мая 2007 г.). — Алматы: Юрист, 2011.
5. Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона Республики Казахстан, «О государственной службе» от 26 декабря 1995 г. № 2730 // САПП. — 1995. — № 12. — С. 23–32 (утратил силу).
6. *Рахметов К.* Становление и развитие государственной службы в Казахстане // Саясат. — 2002. — № 12. — С. 23–28.
7. *Назарбаев Н.А.* Казахстан – 2030: Послание Президента страны народу Казахстана. — Алматы: Білім, 1998. — 135 с.
8. Закон Республики Казахстан «О государственной службе» от 23 июля 1999 г. № 453–1 (по сост. на 1 января 2011 г.) // Сборник нормативных актов по административному праву. — Алматы: Дана-трейд, 2011.
9. Обеспечение стабильности государственной службы в РК // Правовая реформа в Казахстане. — Алматы, 2009. — № 3. — С. 23–25.
10. К вопросу о совершенствовании государственной службы в Республике Казахстан: Материалы «круглого стола» // Вестник КазГУ. Сер. Юрид. — 2008. — № 4. — С. 18–25.
11. *Турисбеков З.* Государственная служба в Казахстане на пути к открытости и справедливости // Правовая реформа в Казахстане. — 2009. — № 4. — С. 53–58.
12. Послание Президента Республики Казахстан народу Казахстана «Через кризис к обновлению и развитию» от 06 марта 2009 г. // Казахстанская правда. — 2009. — 9 марта.

## **Теоретико-правовые основы производства и исполнение решений по делам о гражданстве в Республике Казахстан**

Балгимбекова Г.У., Исабекова В.С.

*Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова*

Субъективті құқық пен заңдық міндеттерді анықтайтын мәртебелік қалып ретінде азаматтықты алу, тоқтату және жүзеге асыруға байланысты мәселелерді зерттеу азаматтықты реттеу мәселесінде мемлекеттік органдардың максаттары мен бағыттарын жанаша қарастыруға мүмкіндік береді. Осыған орай мақалада Қазақстан Республикасында азаматтық туралы істер бойынша шешімдердің өндіріс және орындау бойынша теориялық және тәжірибелік негіздері зерттелді.

Investigation of problems associated with the acquisition, implementation and termination of citizenship as a status condition, causing the subjective rights and legal responsibilities, provides a new review goals and objectives of government agencies in matters relating to the citizenship. In this regard, in this article was analyzed the theoretical and practical bases for the production and fulfillment solutions for citizenship in the Republic of Kazakhstan.

В Послании Президента страны народу Казахстана «Казахстан – 2030» среди других приоритетов закрепляется стратегия, направленная на развитие единой гражданственности, основанной на равенстве возможностей для всех граждан страны. Н.А.Назарбаев отмечает: «Наша модель должна отражать конвергенцию разных моделей общественного развития. Согласно Конституции Казахстана мы строим социально-рыночную экономику. Это именно то, что нам нужно. Наша модель будет определять наш собственный путь развития, сочетая в себе элементы остальных моделей, но опираясь в основном на наши специфические условия, историю, новую гражданственность и устремления, учитывая конкретность этапов развития» [1]. Современное политическое развитие страны ставит перед государством и гражданским обществом особые задачи.

Развитие интеграционных процессов в современном мире и в странах Содружества Независимых Государств расширяет возможности совершенствования института гражданства, на основе анализа позволяет выработать пути развития гражданства в рамках казахстанского законодательства, а также осмыслить значение и роль гражданства в современном государстве и обществе. Перспективное развитие политических, экономических, правовых связей в современном мире, с одной стороны, и усиление идей о национальном моногражданстве как основе современного государства — с другой, ставят институт гражданства в ряд важнейших проблем современного развития государственности в условиях современного гражданского общества и правового государства. В Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 гг., принятой Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г., подчеркивается, что в процессе дальнейшего утверждения в стране принципов правового государства важно добиваться, с одной стороны, максимально возможной гарантированности осуществления конституционных прав и свобод человека и гражданина, а с другой — безусловного и исчерпывающего выполнения конституционных обязанностей всеми государственными органами, должностными лицами, гражданами и организациями [2]. Последовательное и целенаправленное развитие правовых норм, обеспечивающих права и свободы человека посредством конституционного института гражданства, является одной из важнейших задач науки конституционного права.

Одной из актуальных проблем, имеющих большую значимость как в общем плане, так и с точки зрения защиты прав человека, является проблема обеспечения права на гражданство. Это право, провозглашенное в ст. 15 Всеобщей декларации прав человека, принадлежит к числу неотъемлемых прав человека, и по тому, как оно реализуется на практике, можно судить о степени демократичности того или иного государства [3].

Гражданство как конституционно-правовой институт является совокупностью норм национального и международного права, устанавливающих условия и порядок возникновения, изменения, прекращения или реализации субъективного права лица на гражданство. Однако проблемным является определение сущности гражданства как политико-правового аспекта. Выявлению сущности политико-правовой связи личности с государством посвящено большое количество научных исследований,

но однозначного ответа в юридической науке нет и, скорее всего, не может быть, поскольку такое многогранное явление может рассматриваться с точки зрения разных методологических и идеологических подходов.

Гражданство представляет собой важную основу правового статуса лица и одновременно непреходящий атрибут суверенного государства. Обладание гражданством является предпосылкой полного распространения на данное лицо всех прав и свобод, признаваемых законом, его защиты со стороны государства не только внутри страны, но и за ее пределами. Поэтому вполне объясним тот интерес, который проявляется в последнее время к вопросу гражданства в новых национальных государствах, поскольку не только в теории, но и в практике конституционно-правового строительства молодых республик все более важное значение приобретает признание человека и государства равноправными, равнообязанными субъектами, наделенными взаимной ответственностью. Речь идет, с одной стороны, об изучении теоретических основ гражданства, его принципов, особенностей нормативно-правовой регламентации, а с другой — об исследовании связей права на гражданство с правами личности, а также об освещении роли государства и его органов в реальном обеспечении конституционных прав и свобод личности.

Отметим также, что изучение различных сторон развития института гражданства в Республике Казахстан и странах ближнего зарубежья весьма существенно для понимания происходящих в современном мире миграционных и этнополитических процессов.

В начальный период после обретения независимости в силу различных причин вопросы гражданства в Республике Казахстан приобрели особую остроту. Принятие новых нормативно-правовых актов для суверенного Казахстана, таких как Конституция — Основной Закон, Закон о гражданстве, заключение целого ряда международных договоров и соглашений по вопросам гражданства — все это способствовало развитию устойчивой политико-правовой связи человека с государством.

Право на гражданство — важнейшая предпосылка для обладания лицом всей совокупностью конституционных и иных прав и свобод, возложения на него соответствующих обязанностей, а также для защиты его прав и интересов не только внутри государства, но и за рубежом в дипломатическом порядке и других существующих в межгосударственном общении формах. Обладание гражданством является всеобщим универсальным условием полной правоспособности лица.

Гражданство также используется для установления специальных правовых отношений между отдельным лицом и государством, осуществляющим власть на определенной территории. Однако оно не ограничивается лишь этими отношениями, а оказывает влияние на отношения между этим лицом и другими государствами, равно как и на отношения между государствами.

Следует иметь в виду, что право на гражданство реализуется не изолированно, в отрыве от других гражданских прав и свобод и выполнения определенных обязанностей. К праву на гражданство тесно примыкают, в частности, такие права, как: право на проживание, право на участие в ведении государственных дел, право избирать и быть избранным, право на дипломатическую защиту и другие права.

Реализуя право на гражданство, человек обретает устойчивую правовую связь с конкретным государством, выражающуюся в их взаимных правах и обязанностях, ответственности. С точки зрения наступления юридических последствий его реализация ведет к признанию человека субъектом правоотношений гражданства и обладанию статусом гражданина. Иначе говоря, право на гражданство есть прежде всего право на приобретение гражданства. Основания и порядок приобретения гражданства зависят от предусмотренных законом обстоятельств, с которыми связывается принадлежность человека к государству. Отсюда следует, что право на гражданство вовсе не означает автоматического принятия любого человека в гражданство данного государства, а равно и обязанности приема в гражданство страны проживания. Разумеется, это не должно создавать и искусственные препятствия для реализации права на гражданство.

Национальные законы о гражданстве содержат как нормы материального права, определяющие правила решения вопросов о гражданстве по существу, так и процессуально-процедурные нормы, регламентирующие порядок рассмотрения этих вопросов. В большинстве из них содержатся специальные главы, в которых достаточно обстоятельно описаны различные стадии производства по делам о гражданстве, а также рассмотрен порядок принятия и исполнения решений по таким делам.

Важной составной частью организационно-правового механизма регулирования гражданства являются ведающие вопросами гражданства государственные органы, которые в своей совокупности можно рассматривать в качестве целостной системы. В своих основных чертах эта система закреплена

на в национальных законах о гражданстве, где, как правило, имеются специальные главы, посвященные характеристике государственных органов, компетентных в области гражданства, и раскрытию их полномочий.

Следует отметить, что хотя в законах о гражданстве обычно не упоминается парламент в числе органов, ведающих вопросами гражданства, тем не менее, учитывая его важную роль в государственной системе, а также тот факт, что именно парламент посредством законов определяет основные параметры института гражданства, представляется целесообразным включить его в общую систему органов, регулирующих вопросы гражданства.

На основании ст. 29 Закона «О гражданстве» от 20 декабря 1991 г. в Республике Казахстан должностным лицом, принимающим решения по вопросам гражданства, является Президент Республики Казахстан.

Президент Республики Казахстан принимает решения:

- о приеме в гражданство Республики Казахстан;
- о восстановлении в гражданстве Республики Казахстан;
- о выходе из гражданства Республики Казахстан.

К основным стадиям производства по делам о гражданстве относятся следующие:

- а) подготовка необходимых документов и подача заявления (ходатайства, представления);
- б) рассмотрение документов и подготовка заключений по ним;
- в) принятие решений и издание указа;
- г) исполнение решений и выдача соответствующих документов;
- д) контроль за исполнением решений по делам о гражданстве;
- е) обжалование решений и повторное обращение.

Обычно вопросы приобретения или прекращения гражданства рассматриваются при наличии выраженного в письменной форме заявления (ходатайства) заинтересованного лица. При этом в законах о гражданстве, как правило, проводится различие видов документов. Как правило, подача заявления (ходатайства) по вопросам гражданства производится непосредственно в орган министерства внутренних дел по месту постоянного жительства заинтересованного лица, а в том случае, если такое лицо постоянно проживает за пределами республики, соответственно, в дипломатическое представительство либо в консульское учреждение данной республики.

Согласно ст. 3 Закона «О гражданстве РК» гражданами Республики Казахстан являются лица, постоянно проживающие в Республике Казахстан на день вступления в силу настоящего Закона. За лицом, являющимся гражданином Республики Казахстан, не признается принадлежности к гражданству другого государства. Документом, подтверждающим гражданство РК, является удостоверение личности и паспорт гражданина Республики Казахстан. Гражданство детей в возрасте до 16 лет подтверждается их свидетельством о рождении, паспортом любого из родителей. Если гражданин Республики Казахстан проживает за пределами республики, то данный факт не влечет за собой прекращения гражданства РК [4].

Гражданство Республики Казахстан приобретается:

- по рождению;
- если гражданин постоянно проживал в Казахстане на 1 марта 1992 г. и не подал заявление о нежелании состоять в гражданстве РК до 01.03.1995 г.;
- в результате приема в гражданство РК.

Если лицо является гражданином другого государства или лицом без гражданства, то, подав ходатайство, может быть принят в гражданство Республики Казахстан в соответствии с Законом «О гражданстве».

Согласно законодательству о гражданстве в гражданство Республики Казахстан могут быть приняты:

- лица, постоянно проживающие на территории РК не менее пяти лет (на момент подачи ходатайства о приеме в гражданство пятилетний срок проживания в Республике Казахстан должен быть непрерывным);
- состоящие в браке с гражданином РК не менее трех лет;
- имеющих одного из близких родственников, который проживает на территории Казахстана и является гражданином РК. К близким родственникам относятся: отец, мать, родные братья, се-

стры, муж, жена, дети, бабушка, дедушка, независимо от срока их проживания на территории Казахстана;

- граждане бывших союзных республик, имеющие одного из близких родственников, который проживает на территории Казахстана и является гражданином РК. К близким родственникам относятся: отец, мать, родные братья, сестры, муж, жена, дети, бабушка, дедушка, независимо от срока их проживания на территории Казахстана.

Существует обычный порядок приема в гражданство РК и порядок упрощенный. Упрощенный (регистрационный) порядок приема в гражданство РК осуществляется в установленном порядке в соответствии с международными соглашениями. В настоящее время данное соглашение заключено между Республикой Казахстан и следующими странами: Российская Федерация, Республика Беларусь, Республика Кыргызстан, Республика Украина. Граждане других государств должны принимать гражданство Республики Казахстан через Указ Президента РК.

Для того чтобы приобрести гражданство РК в упрощенном (регистрационном) порядке заявителю необходимо обратиться с ходатайством о приобретении гражданства Казахстана в отдел миграционной полиции ОВД области по месту постоянного проживания (регистрации). Заявление пишется на имя начальника Главного УВД области. Кроме этого, необходимо иметь при себе следующий перечень документов:

- анкета-заявление;
- копия документа, удостоверяющего личность;
- справка с места работы;
- документы, подтверждающие наличие родственников, являющихся гражданами РК;
- квитанция об уплате государственной пошлины. Государственная пошлина оплачивается на счет в размере одного расчетного показателя.

Сотрудники подразделений миграционной полиции органов внутренних дел области в дополнение к материалам-ходатайствам направляют в ОВД по месту прежнего жительства заявителя запрос. После соблюдения всех формальностей материалы направляются в Управление миграционной полиции Главного УВД области для проверки и вынесения заключения о возможности удовлетворения ходатайства. В упрощенном (регистрационном) порядке решение о приеме в гражданство Республики Казахстан принимает начальник ДВД области. Общий срок рассмотрения ходатайства о приеме в упрощенном (регистрационном) порядке составляет три месяца со дня приема заявления.

В случае, если лицо, подающее ходатайство о принятии в гражданство, является гражданином одной из стран СНГ, с которой не заключено соглашение об упрощенном приеме в гражданство, и постоянно проживает на территории Казахстана, ему необходимо с заявлением-ходатайством обратиться в УМП ДВД области.

Необходимо отметить, что материалы по каждому ходатайству рассматриваются строго индивидуально и перечень затребованных документов может отличаться в зависимости от обстоятельств.

После сдачи всех необходимых документов материалы направляются в Управление миграционной полиции Главного УВД области для проверки полноты и правильности заполнения документов, проведения спецпроверки и вынесения заключения о возможности удовлетворения ходатайства. Заявления по вопросам гражданства РК вместе с необходимыми документами направляются на рассмотрение Президенту Республики Казахстан.

На рассмотрение документов Управлению миграционной полиции ДВД области дается один месяц. Общий срок рассмотрения, согласно Закону о гражданстве РК, — шесть месяцев.

Для того чтобы выйти из гражданства Республики Казахстан, заявитель обращается в Управление миграционной полиции ДВД области с заявлением-ходатайством о выходе из гражданства на имя Президента Республики Казахстан.

Если при подаче ходатайства о выходе из гражданства Республики Казахстан одновременно оформляется несовершеннолетний ребенок в возрасте до 14 лет, один из родителей которого остается гражданином РК, необходимо предоставить заявление этого родителя, в котором выражено его отношение к выходу ребенка из гражданства. Такое заявление должно быть заверено нотариально.

Как показывает практика, немаловажным при рассмотрении и решении вопросов гражданства является правильное толкование и применение исчисления срока проживания на территории республики. В законах о гражданстве этому вопросу уделено повышенное внимание. Например, согласно ст. 38 Закона о гражданстве Республики Казахстан в срок проживания в республике, требуемый для

приема в гражданство (согласно ст. 16 он составляет не менее 10-ти лет), засчитывается: время службы в армии, если лицо до этого проживало на территории республики и перерыв между днем увольнения из армии и днем прибытия в Республику Казахстан на постоянное жительство не превышает трех месяцев; время учебы и командирования за пределы республики, если перерыв между окончанием учебы либо командировки и днем прибытия в республику не превышает трех месяцев. Исчисление такого трехмесячного срока может быть приостановлено в случае болезни, стихийного бедствия или по другим уважительным причинам. Однако в срок проживания не включаются время отбывания уголовного наказания, срок временного проживания в республике в связи с командировкой, учебой и т.д., а также период, предшествовавший отмене принадлежности лица к гражданству Республики Казахстан [5].

Исполнение решений по делам о гражданстве возлагается на государственные органы, ведающие вопросами гражданства. Применительно к лицам, постоянно проживающим на территории республики, исполнение указанных решений возлагается на Министерство внутренних дел и подведомственные ему органы, а в отношении лиц, проживающих в другом государстве, — на Министерство иностранных дел, соответствующие дипломатические представительства и консульские учреждения.

Лицам, которые приобрели гражданство республики, органами внутренних дел, дипломатическими представительствами или консульскими учреждениями вручается паспорт гражданина республики. В документах детей (свидетельствах о рождении) производится запись о принадлежности к гражданству республики. У лиц, в отношении которых состоялись решения о прекращении гражданства республики, изымаются паспорта и в установленном порядке выдаются виды на жительство.

Паспорту как документу, который не только идентифицирует личность, но и в формально-юридическом плане подтверждает принадлежность лица к данному государству, придается весьма важное значение в законодательстве о гражданстве постсоветских республик. Как известно, в настоящее время в Армении, Молдове, Узбекистане, Кыргызстане, Украине и странах Балтии введены собственные паспорта, что объективно ведет к признанию паспорта гражданина СССР недействительным. Общий контроль за исполнением решений по вопросам гражданства возлагается, как правило, на Комиссию по вопросам гражданства при Президенте Республики Казахстан [6].

#### Список литературы

1. Послание Президента страны народу Казахстана «Казахстан – 2030: процветание, безопасность и улучшение благосостояния всех казахстанцев» (г. Астана, 10 октября 1997 г.) // Казахстанская правда. — 1997. — 11 окт.
2. Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г. № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года» // Казахстанская правда. — 2009. — № 205 (25949). — 27 авг.
3. Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 г. // Права человека: Сб. междунар. договоров. — М., 1989.
4. Закон Республики Казахстан от 20 декабря 1991 г. «О гражданстве Республики Казахстан» // База данных «Закон». [www.e.gov.kz](http://www.e.gov.kz)
5. Инструкция по рассмотрению органами внутренних дел Республики Казахстан вопросов, связанных с гражданством Республики Казахстан // База данных «Закон». [www.e.gov.kz](http://www.e.gov.kz)
6. Положение о Комиссии по вопросам гражданства при Президенте Республики Казахстан / Утвержден Указом Президента Республики Казахстан от 10 октября 2006 г. № 198. [www.e.gov.kz](http://www.e.gov.kz)

УДК 341.9: 347.78

## Последствия обхода закона в международном частном праве

Адышев Б.Т.

*Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова*

Мақалада зангерлік ғылым мен тәжірибеде біркелкі анықталмайтын халықаралық азаматтық айналымдағы заңды айналып өту мәселесі қарастырылған. «Заңды айналып өту» түсінігі құқықтықтың әр түрлі салаларында қолданылуы мүмкін, бірақ ол азаматтық, салық және халықаралық жеке құқық салаларында неғұрлым көп қолданылады. Әр алуан көзқарастармен нормативтік жолдарды талдау негізінде осы құқықтық институтты халықаралық жеке құқықтағы құқықтық реттеу механизміндегі даму болашағы туралы түйін жасалады.

This article is devoted to the problem of circumvention of law in Private International Law, which is estimated to be controversial legal theory and practice. The concept of «circumvention of the law» can be used in various fields of law, but the most famous areas of its application are Civil, Tax and Private International law. On the base of the analysis of different points of view and regulatory approaches to draw conclusions on the prospects of development of this legal institution in the mechanism of legal regulation of civil relationship.

Проблема добросовестного пользования субъективными правами и исполнения обязанностей в сфере международного частного права (далее — МЧП) приобретает особую актуальность в связи с активизацией международного гражданского оборота и законодательным закреплением в качестве «общего положения» МЧП в ст. 1088 ГК РК «Последствия обхода закона»: «Недействительны соглашения и иные действия участников отношений, регулируемых настоящим Кодексом, направленные на то, чтобы в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом».

Этому важному событию предшествовал долгий период игнорирования данной проблемы в советской правовой науке, она лишь вскользь затрагивалась отдельными авторами. Так, И.С.Перетерский и С.Б.Крылов определяли обход закона как «такое положение, когда лица, не желающие подчиниться действию той системы права, которая должна применяться к их взаимоотношениям, создают искусственные условия для применения к их отношениям какой-либо иной системы права, более для них выгодной» [1; 61]. Критически оценивая такого рода проявления буржуазного права, Л.А.Лунц писал: «Привязка к определенному законодательству в капиталистических условиях иногда создается искусственно лицами, желающими избежать применения к их правоотношению принудительных законов, которым подчинено это правоотношение» [2; 291].

При таком положении вещей несомненный интерес представляют достижения зарубежной доктрины МЧП, для которой также характерен неоднозначный подход. Французское МЧП традиционно исходит из принципа *fraus omnia corrumpit* («обман уничтожает все»), по которому недействителен любой «обманный» обход юридической нормы путем установления иностранной коллизионной привязки и подлежит применению обойденная норма. Такая концепция была воспринята итальянскими судами. Но не все страны поддерживают подобное правило. С точки зрения английского и германского права доктрина *fraus legi facta* бесполезна, поэтому не считается обманом выбор места для заключения договора с целью уклонения от законов конкретной страны, а также безразличны причины регистрации юридического лица за границей по иностранному закону. М.Вольф указывает на част-

ные случаи *fraus legi facta*, когда заинтересованные лица пытаются обойти принудительную юридическую норму, препятствующую достижению преследуемой цели, «создавая для этого каким-либо аномальным способом такой фактический состав дела, к которому эта норма неприменима и который, тем не менее, обеспечивает тот экономический или социальный результат, который эти лица имели в виду» [3; 159]. Специфика обхода закона в МЧП, по мнению Л.Раапе, состоит в том, что «прежде всего переходят в сферу действия другого правопорядка, содержащего желательные материальные нормы, и затем приноравливаются к последним» [4; 135–136].

Крайне негативное отношение возобладало в российской доктрине, что привело к отказу от включения нормы об обходе закона в раздел VI «Международное частное право» части 3 ГК РФ. Наиболее обстоятельно несостоятельность концепции «обхода закона» доказывает А.И.Муранов. Он считает, что данное понятие перешло в «околоправовые сферы», сохранившись «скорее по традиции, чем по необходимости», и «представляет собой просто образное собирательное выражение для обозначения целого ряда неправомерных действий, которым различными способами пытаются придать видимость правомерности (обман, притворность, мнимость, злоупотребление правом), поэтому у него отсутствует самостоятельная правовая специфика» [5; 44–45]. Развивая эту мысль, Л.П.Ануфриева пишет, что отсутствие жесткости в коллизионном регулировании вкупе со свойственными цивилистическим отношениям свободой передвижения, свободой договора и автономией воли закономерно снимает вопрос об обходе закона, который в нынешних условиях выглядит «анахронизмом» [6; 240–241]. Нейтральной позиции придерживается Г.Ю.Федосеева, которая определяет «обход закона» как волеизъявление сторон, выраженное в подчинении правоотношения иностранному праву с целью избежать применения внутренней материальной правовой нормы, и как одно из оснований неприменения иностранного права [7; 117].

Напротив, казахстанский цивилист М.К.Сулейменов считает «значительным шагом вперед в регулировании отношений МЧП» введение особой нормы (ст. 1088 ГК РК) для случаев, «когда стороны искусственно определяют применимое право, несмотря на то, что в коллизионном праве РК, подлежащем применению, содержатся императивные нормы о подлежащем применению материальном праве» [8; 405]. На основании этого М.Н.Абилова указывает на то, что обход закона есть «осознанное неправомерное подчинение сторонами договора своего правоотношения нормам того права, которое при нормальных условиях ... не должно регулировать эти отношения» [9; 391].

В целом единообразные дефиниции на фоне слабой изученности данной темы сопровождаются неоднозначной оценкой последствий обхода закона в МЧП: от признания основным началом коллизионного регулирования до категорического отрицания как «юридического рудимента».

На наш взгляд, аргументы о нежелательности законодательного закрепления нормы об обходе закона со ссылкой на отсутствие «корней в дореволюционном и советском праве» не убедительны, так как уровень развития международных отношений, потребности их правового регулирования, а следовательно, и степень разработанности инструментария МЧП были совершенно иными. На самом деле, скудные теоретическая разработка и эмпирический материал того периода истории, скорее, объясняются доминированием односторонних коллизионных норм, критической оценкой обхода закона как проявления буржуазного права и пренебрежительным отношением к МЧП в целом.

Сущность данного юридического феномена такова, что происходит уклонение от нежелательной материально-правовой нормы одного правопорядка посредством создания коллизионного фактического состава, отсылающего к материальной норме другой (национальной или иностранной) правовой системы. В итоге правоотношение оказывается в сфере действия более благоприятного для субъектов материального (как правило, иностранного) права.

В зависимости от содержания коллизионных норм популярными способами обхода закона являются перемена гражданства или domicilio физического лица, регистрация юридического лица по иностранным законам, перенесение места заключения или исполнения договора в другую страну. Из них самый легкий путь — это притворная перемена местожительства, поэтому специалисты рекомендуют тщательно проверять, на самом ли деле оставлено место жительства в одном государстве и установлено в другом, как того требует соответствующая коллизионная норма. Не случайно в системе общего права широко оперируют категорией «добросовестного domicilio» (*bona fide*). Еще Дж. Вут утверждал, что «перемена domicilio действительна только в том случае, если она совершенна «*bona-fide*» и имеет «законную и правдоподобную причину для переезда (*justa et probabilis causa migrandi*)». Именно по этим причинам часто возникают противостояния правопорядков государств прежнего и настоящего гражданства или domicilio «акторов» [3; 164].

К примеру, в 90-х годах XX в., когда действовал Закон РК «Об иностранных инвестициях» от 27 декабря 1994 г., способом получения гарантий, льгот и преференций было приобретение статуса иностранного инвестора. В частности, это достигалось открытием юридического лица за рубежом для участия в инвестиционных проектах на территории Казахстана. Кроме того, статус иностранного инвестора предоставлялся гражданам РК, постоянно проживающим в другом государстве (ст. 1), что позволяло воспользоваться «классическим» приемом — фиктивной сменой domicilia предпринимателя. И только установление единого инвестиционного режима, независимо от страны происхождения капитала, и равного доступа к инвестиционным преференциям по Закону РК «Об инвестициях» от 8 января 2003 г. устранило почву для таких маневров — попросту в них отпала необходимость. В современных условиях подобные методы теряют актуальность на фоне множества территорий с официальным статусом «налоговых гаваней», «оффшорных юрисдикций» и легального закрепления категории «налоговое планирование», обеспечивающих экономию и минимизацию расходов в рамках дозволенных конкретным правовым порядком средств [6; 239].

В законодательной формуле, подобной приведенной выше ст. 1088 ГК РК, Г.Ю.Федосеева усматривает неоправданный крен в коллизионно-правовую сторону, вопреки «классическому, сформировавшемуся в практике и законодательстве большинства государств» пониманию «обхода закона» как отклонения от применения «внутренней материальной правовой нормы» [7; 117]. По мнению А.И.Муранова, законодательная оговорка об обходе правил о подлежащем применению праве искажает суть теории *agere in fraudem legis* в МЧП, которая «состоит именно в применении коллизионной нормы ввиду наличия в ней удобной привязки, а результатом является применение иностранного права и неприменение внутренней материальной нормы права, коллизионная норма которого и была применена...». В качестве примера приводится ситуация, когда лица выезжают в другое государство, где установлена простая письменная форма сделки, и впоследствии настаивают на применении *locus regit formam actum* к заключенным там сделкам со ссылкой на коллизионную норму и «правила о подлежащем применению праве» [5; 53–55].

М.К.Сулейменов указывает на действия сторон при обходе закона, вопреки императивным нормам коллизионного права РК о подлежащем применению материальном праве [8; 405]. Это, видимо, и стало поводом для категоричного утверждения М.Н.Абиловой о нарушении «императивной коллизионной нормы страны суда» и отрицания тезиса о нарушении материальной нормы в связи с разрешением вопроса обхода закона на стадии определения применимого права [9; 391].

Признавая наличие рационального зерна в приведенных точках зрения, отметим ущербность одностороннего подхода, замыкающегося на одной из стадий коллизионного регулирования. Ведь еще Л.А.Лунц указывал на вероятность случаев обхода иностранного материального закона в нарушение отечественной коллизионной нормы, «когда лицо, совершая сделку, стремится перейти в сферу иного правового порядка, нежели того иностранного закона, которому наше коллизионное право подчиняет определенный фактический состав», но «создание коллизионно-правового фактического состава является средством для обхода закона, но это не самый обход» [2; 135–136, 296].

При характеристике его сущности неверно заикливаться на одной из стадий действия нормы МЧП, так как в результате манипуляции с законом происходит разрыв объективной связи и оказываются «обойденными» как коллизионная, так и материально-правовая норма. Уклонение от материально-правовой нормы — это цель, а манипуляции с коллизионной нормой есть средство обхода закона. Важная роль в механизме коллизионного регулирования подчеркивается тем обстоятельством, что без решения вопроса об обходе закона на первой стадии действия нормы МЧП — определения применимого права [10; 771; 11; 450] — невозможен полноценный конечный результат — подчинение отношения действительно компетентному правовому порядку, с которым имеется реальная связь, и применение адекватной материальной правовой нормы.

Действительно, сложный механизм обхода закона в МЧП предполагает последовательное совершение двух шагов. О соблюдении материально-правовой нормы не может быть речи, если компетентный правовой порядок выключается из регулятивного процесса в результате манипуляций с коллизионными нормами, а отношение искусственно подводится под материальную норму иной правовой системы. Суть обхода закона, состоящего в «обмане» (т.е. преднамеренном введении в заблуждение), означает лишь внешнее, формальное соблюдение коллизионной нормы, но вопреки ее внутреннему смыслу и истинному назначению. В итоге парализуется необходимая материальная норма, а «соблюдается» искусственно выбранная материальная норма иностранного правового порядка. Однако результат, достигнутый неправомерными средствами, не может быть признан законным. Поэтому справедливо

признание лишь имитации соблюдения коллизионной нормы при создании искусственного коллизионного фактического состава и, как следствие манипуляций с коллизионными привязками, — обход материальной нормы компетентного правопорядка.

Рассматриваемый нами вопрос возникает в связи с реализацией субъектами автономии воли, поэтому чаще всего он проявляется в сфере, где доминирует частный интерес: внешнеэкономические сделки, корпоративное, наследственное, брачно-семейное и нотариальное право. Мы не усматриваем признаков «неоправданной эклектики» в одновременном нормативном закреплении принципа автономии воли и запрета обхода закона. Общая презумпция добросовестности, разумности и справедливости действий участников гражданского оборота при осуществлении ими своих прав означает, что «эта обязанность не может быть исключена или ограничена договором» (пп. 4, 5 ст. 8 ГК РК). Следовательно, концепция «обхода закона» не отвергает принципа автономии воли, а, наоборот, должна способствовать его полноценному воплощению в соответствии с целями МЧП, предостерегая от злоупотребления свободой выбора применимого права. И даже негативные юридические последствия «обхода закона» не лишают стороны возможности заново сделать добросовестный выбор применимого права (*lex voluntatis*).

Что же касается юридической оценки самих последствий обхода закона, то до сих пор не сложилось универсального правила. Потому негативный законодательный и доктринальный подход в одной стране часто сталкивается с лояльностью иностранного правопорядка. Но все же можно говорить об определенных тенденциях. Сильное влияние на современную теорию и практику МЧП имеет классический принцип *fraus omnia corrumpit*, означающий: «обман делает все недействительным», «обман уничтожает все» или «обход закона порождает недействительность акта в целом». Так, И.С.Перетерский и С.Б.Крылов полагали, что «обход советских законов должен встречать лишь отрицательное отношение, а сделка, заключенная в обход закона, считаться недействительной» [1; 61]. Несмотря на отсутствие в законе прямого указания, Л.А.Лунц также считает, что юридические последствия обхода закона могут быть определены по общим правилам ГК о недействительности сделок [2; 296]. В нынешних условиях «французский принцип» вполне может быть взят за основу в отечественной практике правоприменения, предполагая использование общих норм о последствиях мнимой или притворной сделки при подчинении отношения иностранному правопорядку.

Важное значение для квалификации обхода закона имеют субъективные признаки поведения лица (вина, цель и мотивы), подтверждающие истинные намерения при фиктивном изменении применимого права. К сожалению, в литературе форма вины не конкретизируется. Но такие характеристики, как «искусственность», «заинтересованность», «целенаправленность», «волеизъявление с целью...», «осознанность» и т.п. вполне определенно свидетельствуют об умышленном коллизионном правонарушении. Не случайно обход закона ассоциируется с обманом, т.е. преднамеренным введением в заблуждение, что и позволяет квалифицировать его как злоупотребление, влекущее недействительность сделок и вытекающих из них последствий. Обращение к этимологии римского термина *fraus* («обман») дает повод для признания более точным обозначения «обман закона», так как обойти закон невозможно — его можно только нарушить. Поэтому под обход закона в МЧП справедливо подвести действия, направленные на умышленное искажение коллизионного правила, что ведет к переводу правоотношения под действие более благоприятного иностранного закона.

Следовательно, в обходе закона проявляются очевидные черты сознательного злоупотребления правом, отметим отсутствие ясности относительно допустимости «обхода закона» с иными субъективными характеристиками: по неосторожности, вследствие заблуждения или невиновно. Ведь на практике возможны случаи ошибочного выбора применимого права в связи с неверным истолкованием и применением коллизионной нормы (объема или привязки). Между тем О.Н.Садиков считает, что «при обходе закона не должны приниматься во внимание субъективные факторы, в частности, наличие вины, так как допущенное нарушение закона, даже вызванное его незнанием, должно устраняться. Вина может учитываться при решении вопроса о возмещении в таких случаях убытков и применении правовых санкций, основанных на виновном поведении неисправной стороны» [11; 457–458].

Смысл коллизионного метода состоит в правильном выборе и применении права, наиболее тесно связанного с отношением, что означает недопустимость любых нарушений этой связи (независимо от субъективных причин) и устранение негативных последствий ее разрыва. Допуская возможность широкого понимания обхода закона в теории, заметим, что в ст. 1088 ГК РК речь идет о «сознательном» и «целенаправленном» поведении субъектов по переводу отношения в сферу действия иного права, вопреки положениям раздела 7 ГК РК. Но в принципе любые случаи неверного выбора применимого права с нарушением коллизионных принципов не должны оставаться без внимания. Поэтому если

законодатель и ограничил ст. 1088 ГК РК умышленной виной, то последствия неосторожного или невинного («случайного») обхода закона могут быть устранены на основании принципа наиболее тесной связи (п. 2 ст. 1084 ГК РК). Вопрос о привлечении к ответственности и применении конкретных санкций надо решать в зависимости от степени виновности участников сделок на основе внутреннего гражданского или иного законодательства.

Целенаправленность этих действий должна предполагать юридические последствия в виде признания сделки недействительной в соответствии с общими началами гражданского законодательства (ст.ст. 157, 158 ГК РК) — в материально-правовом аспекте и подчинения отношения компетентному статуту (*lex fori* или иному) в соответствии с нормами раздела 7 ГК РК (п. 2 ст. 1084, ст. 1088) — в коллизионном аспекте. «Практическая ценность» такого запрета состоит в воспрепятствовании отрыву отношения от правовой системы, с которой оно объективно тесно связано, и искусственному переводу в сферу иностранного правопорядка с привлекательными для сторон материальными нормами. Квалификация как разновидность злоупотребления правом позволяет применить положения о недействительности сделки, несмотря на отсутствие прямого упоминания о таком основании в ст.ст. 157, 158 ГК РК.

В отличие от этого германская доктрина усматривает признаки посягательства на государственные и общественные интересы и предлагает разрешать конфликт на основе *ordre public*. Такой подход отстаивает А.И.Муранов, заявляя, что ожидаемый юридический эффект от такой «защитной оговорки» в полной мере достигается оговоркой о публичном праве и «сверхимперативными нормами» [5; 59]. Но ведь последние могут подключаться только в случаях угрозы «публичным интересам» и охватывают как правомерные, так и неправомерные отсылки к иностранному праву.

Отвергая упреки по поводу низкоэффективного дублирования, мы выступаем за дифференциацию этих трех категорий МЧП. Действительно, правило об «обходе закона» наряду с оговоркой о публичном порядке и «сверхимперативными» нормами устанавливает пределы действия иностранной правовой нормы. Однако это не дает повода для отрицания самостоятельного значения рассматриваемой нами нормы, имеющей правоохранительный характер и отличающейся механизмом действия. Основания отстранения иностранного права различны. Если отсылка к иностранному праву создает угрозу «публичным интересам», то *ordre public* блокируют иностранную правовую норму на основании лишь объективных признаков, без учета правомерности и субъективной стороны поведения субъектов, а «сверхимперативная» норма направлена вообще против любых (не только искусственных) привязок к иностранному праву [12]. В то время как ст. 1088 ГК РК призвана предупредить недобросовестное пользование автономией воли, т.е. фиктивные подчинения отношения иной правовой системе вопреки коллизионной норме. И если в оговорке о публичном порядке и «сверхимперативных нормах» действия субъектов презюмируются как правомерные, а результат применения коллизионной нормы признается нежелательным с точки зрения национального правопорядка, то в случае «обхода закона» имеет место злоупотребление (т.е. умышленное отклонение от требования добросовестного пользования субъективными правами), нарушающее объективную связь отношения с компетентным правопорядком. При такой ограниченности концепции «публичного порядка» (как позитивной, так и негативной) принцип «запрета обхода закона» охватывает такие случаи, когда, например, стороны, игнорируя реальную связь отношения с иностранным правом, пытаются подчинить его казахстанскому праву (*lex fori*). Целью данной нормы является не подчинение национальному правопорядку, а только создание условий для правильного применения права.

Конечно, она должна реагировать на случаи искусственного подчинения отношения иностранному праву, тогда как применимым является национальное право. Но, на наш взгляд, также охватываются и попытки неоправданного перехода в сферу национального права (*lex fori*) для уклонения от неудобных норм иностранного права — «обход иностранного закона» (*fraus legi extranae*). Лояльность местных судов в таких ситуациях, в ущерб объективной правовой связи, не может быть оправдана по причине противоречия основным началам МЧП — принципу наиболее тесной связи и международной вежливости. Логическое толкование ст. 1088 ГК РК (фраза: «применяется право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом») свидетельствует о праве, на которое указывает «обойденная» коллизионная норма согласно разделу 7 ГК РК — необязательно *lex fori*.

Опасения в излишнем «территориализме» есть следствие неверной интерпретации: коллизионная норма может отсылать и к иностранному праву другого третьего государства. Конечно, вероятен лояльный подход отечественных судов к ситуациям недобросовестного подчинения отношения национальному праву (*lex fori*), вопреки указаниям коллизионной нормы, в качестве применимого на

иностранный закон, но чрезмерный территориализм в ущерб объективной правовой связи неприемлем.

В контексте данной проблемы справедливы некоторые уточнения. Отвергаемое («обходимое») право является «иностранным» относительно права, которое должно быть задействовано при нормальном действии нормы МЧП. И не факт, что суд однозначно должен применять *lex fori*, несмотря на безапелляционные заявления некоторых юристов. Назначение запрета обхода закона состоит не в применении закона страны суда, а в воспрепятствовании попыткам подчинить отношения иному правопорядку посредством «искусственного» фактического состава, разрывающего «наиболее тесную связь». Статья 1088 ГК указывает в качестве последствия обхода закона правильный выбор применимого права в соответствии с разделом 7 ГК РК, а *lex fori* может быть лишь одним из возможных вариантов, закрепленных в коллизионной норме. Коллизионные привязки могут отсылать к правовым системам другого иностранного государства, и тогда отношение переходит из сферы одного иностранного государства (с фиктивной связью) в подчинение правопорядка третьего иностранного государства (с объективной связью). Суд должен вернуть отношение в сферу иностранного правопорядка, которого избегают стороны, и тем самым восстановить действительную («тесную») связь.

Таким образом, запрет обхода закона, способствуя правильному выбору применимого права, отвечающего требованиям объективной связи, отражает специфику правового регулирования отношений с иностранным элементом. Попытки дискредитировать данный институт и поставить под сомнение рациональность законодательного признания в качестве «общего положения» МЧП (ст. 1088 гл. 61 «Общее положение» раздела 7 «Международное частное право» ГК РК), по меньшей мере, несостоятельны. Принципиальность данной концепции для МЧП требует аккуратности в терминологии, которая должна адекватно отражать его сущность. А часто употребляемое в литературе сокращение «обход закона» не совсем корректно. На наш взгляд, более точным будет наименование «принцип запрета обхода закона» (а не просто «обход закона», даже в кавычках), что подчеркивает охранительную функцию нормы ст. 1088 ГК РК о недопустимости злоупотребления автономией воли как действий, противных идее и целям МЧП, и недействительности его последствий.

Положительно оценивая законодательное закрепление данного правила и его перспективный характер, надо констатировать, что правозащитный потенциал ст. 1088 ГК РК в полной мере пока не раскрылся. С одной стороны, это объясняется несложившейся практикой правоприменения, а с другой — невыявленными фактами серьезных издержек и ущемлений прав участников международного гражданского оборота, вынуждающих к обращению к данному институту. То обстоятельство, что субъекты часто изобретают новые, все более изощренные способы ухода от нежелательных для них норм национального права и не всегда удается обнаружить или доказать создание мнимой коллизионной привязки, вопреки действительному намерению сторон, не может служить основанием для отрицания принципиального значения запрета обхода закона в механизме правового регулирования частно-правовых отношений с иностранным элементом.

В контексте исследуемой темы возникает вполне закономерный вопрос: являются ли ключевым моментом частота и фиксация факта прямого применения правовой нормы? В отношении охранительных норм этот критерий не всегда служит точным показателем эффективности, так как их действие зачастую носит опосредованный характер. Редкие случаи прямого обращения к нормам такого рода в конкретных ситуациях, наоборот, свидетельствуют об их результативности — достигнутом предупредительном эффекте, о чем буквально заявлено в ст.ст. 1088, 1090 и 1091 ГК РК.

#### Список литературы

1. Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. — М., 1959. — 226 с.
2. Луц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. — М.: Спарк, 2002. — 1007 с.
3. Вольф М. Международное частное право. — М.: Изд-во иностр. лит., 1948. — 703 с.
4. Раане Л. Международное частное право. — М.: Изд-во иностр. лит., 1960. — 608 с.
5. Муранов А.И. К вопросу об «обходе закона» // Московский журнал международного права. — 1997. — № 3. — С. 42–76.
6. Ануфриева Л.П. Международное частное право. Учебник: В 3 т. Т. 1. Общая часть. — М.: БЕК, 2000. — 288 с.
7. Федосеева Г.Ю. Международное частное право: Учебник. 4-е изд., перераб., доп. — М.: Эксмо, 2005. — 432 с.
8. Гражданское право. Т. III: Учебник для вузов (академический курс) / Под ред. М.К.Сулейменова, Ю.Г.Басина. — Алматы, 2004. — 522 с.

9. *Абилова М.Н.* Соотношение понятий «нормы, запрещающие обход закона», «императивные нормы», «оговорка о публичном порядке» // Ответственность в гражданском праве: Материалы междунар. науч.-практ. конф. (в рамках цивилистических чтений). Алматы, 22–23 мая 2006 г. / Отв. ред. М.К.Сулейменов. — Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2006. — С. 389–392.
10. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий. 2-е изд., испр. и доп., с использованием судебной практики / Отв. ред. М.К.Сулейменов, Ю.Г.Басин. — Алматы: Жеті жарғы, 2003. — 832 с.
11. Международное частное право. Современные проблемы. — М.: ТЕИС, 1994. — 507 с.
12. *Кудашкин В.В.* Актуальные вопросы доктрины императивных норм, имеющих особое значение, в международном частном праве // Справочная правовая система «КонсультантПлюс» от 14.04.2004 г. // [www.consultant.ru](http://www.consultant.ru)

ӘОЖ 347.463 (574)

## Қазақстан Республикасында жолаушыларды және теңдеме жүктерді тасымалдау шартын құқықтық реттеудің кейбір мәселелері

Акимжанова М.Т., Ильясова Г.А.

*Е.А.Бөкетов атындағы Қарағанды мемлекеттік университеті*

Статья посвящена исследованию правовых вопросов по регулированию договора перевозки пассажиров и грузов в Республике Казахстан и отграничению данного договора от смежных договорных обязательств. Автором проведен анализ законодательства, регулирующего отношения, возникающие между перевозчиком и потребителем его услуг (пассажиром). Приведены точки зрения авторов по поводу правовой природы и элементов договора перевозки пассажиров и грузов.

This article devoted of research of law questions of regulation the contract of transportations of passengers and cargo in Republic of Kazakhstan and differences of the given contract from adjacent treaty obligations. In article is carried out the analysis of the legislation, regulating the relations arising between carrier and the consumer of its services (passengers), characterized the points of view of authors concerning the legal nature and elements of contract of transportations of passengers and cargo.

Көліктік шарттар жүйесінде жолаушыларды тасымалдау шартының орны бөлек. Күнделікті өмірде бұл шарт ең қолданбалы маңызға ие, себебі көптеген адамдар жұмыс орындарына, демалыс жерлеріне, іссапарларға барар кезде, әр түрлі көліктік қызметтерді пайдаланады.

«Жолаушы» және «тасымалдау» ұғымдарының құқықтық мазмұнын анықтау қажет. Әр түрлі құқықтық ахуалдарда осы ұғымдардың мазмұны тұрақты болып табылмайды. «Тасымалдау» ұғымы көліктік, сонымен қатар құқықтық тұрғыда қолданылады. Біріншіден, тасымалдау — көлік құралын пайдалану арқылы жолаушының (немесе жүктің) кеңістікте қозғалысы бойынша техникалық және технологиялық әрекет. Екіншіден, тасымалдау дегеніміз — азаматтық заңнамамен реттелетін, ерекше шарттық қатынастар.

Жолаушыларды тасымалдауды үш түрге бөлуге болады:

– ақылы және ақысыз қызмет ретінде орындалатын жолаушыларды тасымалдау. Осындай қызметтердің үлгісі бұл жолаушыларды автобустар, таксомоторлар, теміржол жылжылмалы құрамдары, кемелер және әуе кемелері арқылы коммерциялық тасымалдау. Жоғарыда аталған қызметтердің қатарына ардагерлерді оларға ұйымдастырылған мерейтойларға ақысыз жеткізуді жатқызуға болады, себебі ардагерлер ұйымдастырушыдан немесе тасымалдаушыдан бұл қызметті ақысыз шарттың негізінде алады;

– әр түрлі ұйымдармен және басқару органдарымен қызмет ету барысында орындалатын, бірақ құқықтық түсіну жағынан тасымалдау қызметі ретінде танылмайтын жолаушыларды тасымалдау. Бұл қызметтік-технологиялық тасымалдау деп аталады. Олардың қатарына жататын: басқару ұйымдардың және әр түрлі мекемелердің қызметкерлерін қызметтік көліктерінде тасымалдау, жұмыскерлерді жұмыс орындарына төлемақысыз жеткізу. Егерде аталған тасымалдау үшін төлемақы алынатын болса (мысалы, жұмыскердің еңбекақысынан ұстап қалу), бұл жолаушыларды тасымалдау қызметі болып табылады;

– мүлкінде болған, жалға алынған, сеніп берілген көлік құралдары арқылы тұрмыста тұлғалармен жүзеге асырылатын жолаушыларды тасымалдауы. Аталған тасымалдаудың түрлері — отбасы мүшелерінің, туысқандарының, таныс адамдардың және тағы басқалардың жол жүрулері (сапарлары) және жолаушыларды осылай тасымалдаудың басты құқықтық ерекшелігі ретінде коммерциялық негіздің жоқтығы және жеке мүдделердің қанағаттандырылуы табылады.

Жолаушыға, оның қол жүгіне және жүктеріне зиян келтірген жағдайларда тасымалдаушыға тасымалдаудың түрімен байланысты белгілі жауапкершілік туындайды.

Өз кезегінде, жолаушы да құқықтық және технологиялық аспектілерінде қарастыруға жатады. Бірінші кезекте, жолаушы бұл тасымалдаудың объектісі немесе «тірі зат» ретінде танылады. Екінші кезекте, жолаушы — тасымалдаушымен пайда болған алуан құқықтық қатынастардың қатысушысы. Осындай қатынастар әр түрлі салдарды туғызады және азаматтық, әкімшілік, қылмыстық және еңбек заңнамаларымен реттеледі.

Қызметті көрсету барысында жолаушы ретінде тасымалдау жөнінде осы қызметті тікелей алушы болып табылатын жеке тұлға танылады. Яғни, жүру құжаты бар, көліктік құралында тасымалданып, бірақ осы көліктің қызметтік экипажының құрамына кірмейтін тұлға.

Көлік құралындағы экипаждың өзге де мүшелері және тасымалдау үшін бағыттық бақылауды жүзеге асыратын тұлғалар жолаушылардың қатарына жатпайды.

Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексінің 690-бабына сәйкес, жолаушы тасымалдау шарты бойынша тасымалдаушы жолаушыны баратын мекеніне, ал жолаушы теңдеме жүкті тапсырған жағдайда теңдеме жүкті де апаратын мекенге жеткізуді және оны теңдеме жүкті алуға құқық берілген адамға беруге міндеттенеді, жолаушы жолына, ал теңдеме жүгін тапсырған кезде — теңдеме жүгін алып баруға ақы төлеуге міндеттенеді [1].

Бұл шарт — тасымалдау жөніндегі міндеттемелердің бір түрі. Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексінің 34-тарауында және Ресей Федерациясының Азаматтық кодексінің 40-тарауында осы шарт тасымалдаудың өзге де шарттарының арасында аталған (жүктерді тасымалдау, фрахт жүргізу).

Жолаушыларды тасымалдау шарты — дербес азаматтық-құқықтық шарт. Жолаушыларды тасымалдау шарты мен жүктерді тасымалдау шартының арасындағы байланысын Х.И.Шварц келесідей белгілейді: «Бұл екі шарт өз орындарында болып, тасымалдау қызметін көрсету жөніндегі қатынастарды реттейді» [2]. Жүктерді тасымалдау шартының пәні сияқты жолаушыларды тасымалдау шартының пәні ретінде көліктік қызметтер танылады, яғни, адамдарды (жолаушыларды) басқа жерге тасу жөніндегі қызметтер. Осы шарттың көмегімен көліктің ең басты қызметі іске асырылады, халықтың ауыспалылық мұқтаждары қанағаттандырылады. Демек, жолаушыларды тасымалдау шартының басты мазмұны тасымалдаушы жолаушыны және оның қол жүктерін баратын мекеніне жеткізу міндеті [3]. Бұл осы шарттардың арасындағы ұқсастығы. Бірақ тасымалдауға жататын объектілердің сипаты бойынша аталған шарттар бір-бірінен ажыратылады. Жүктерді тасымалдау шартының объектісі — материалдық объект — жүк (көптеген жағдайларда — тауар). Керісінше, жолаушыларды және жүктерді тасымалдау шарты жеке тұлғаның — жолаушының, ал кейбір жағдайларда оның жүгін тасымалдау жөнінде пайда болатын қатынастарды реттейді. Сонымен, тасымалдаушымен қызмет көрсетудің тұтынушысы болып жолаушы табылады. Сондықтан жолаушыларды және жүктерді тасымалдаумен байланысты қатынастарға Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексі, көліктік заңдардан, ережелерден басқа, «Тұтынушылардың құқықтарын қорғау туралы» Қазақстан Республикасының Заңы да қолданылады. Жолаушыларды тасымалдау шартында қызметті тұтынушы ретінде тек қана жеке тұлғалар бола алады.

Цивилист-ғалымдардың арасында жолаушыларды тасымалдау шарты және жүктерді тасымалдау шарты екі дербес шарттар ретінде қарастырылады. Ресей цивилисті О.Н.Садиковтің пікірі бойынша, жолаушыларды тасымалдау шарты бұл азаматтық-құқықтық шарттардың дербес түрі болып табылады және «жолаушымен бірге қол жүктерін (жолаушының жеке иеленген заттарын) де тасымалдау бойынша шарттың мазмұны жүктерді тасымалдау бойынша талаптармен толықтырылады» [4].

С.С.Ушаковтың ойынша, жолаушыларды және жүктерді тасымалдау шарты — бұл жолаушыларды да, жүктерді де тасымалдау туралы талаптарды ұсынатын азаматтық-құқықтық шарттардың жеке дербес түрі [5]. М.Д.Блатнов осыған орай «бір-бірімен байланысы жоқ жолаушыларды тасымалдау шарты және жүктерді тасымалдау шарты — екі дербес шарттар» деген тұжырымға келген. Өз ойын шарттарды жасасу айырмашылықтарымен, шарттардың құжатты рәсімделуімен, тараптардың құқықтары мен міндеттерінде және аталған шарттар бойынша жауапкершілігімен негіздейді [6].

Сонымен, О.Н.Садиковтың пікірі дұрыс деп есептейміз, өйткені жүктерді тасымалдау міндеті пайда болуы үшін, құқықтық факті ретінде танылатын қосымша келісім қажет. Демек, тасымалдаушы мен жолаушының арасында пайда болған күрделі келісімі тағы да бір құқықпен және оған жүкті тасымалдау міндетімен толықтырылады. Егер де негізгі шарт жол жүру құжатымен рәсімделетін болса, қосымша келісім жүкті тасымалдауға алғанын растайтын жүк шот-түбіртегімен куәландырылады.

Көріп отырғанымыздай, жолаушыны тасымалдаудың негізгі шарты — консенсуалды шарт. Та-раптардың келісімге келген уақытынан бастап пайда болып, ол жол жүру құжатымен рәсімделеді. Та-сымалдаушының жүкті тасымалдау жөніндегі міндеті және осындай тасымалдауды талап ету құқығы нақты болып табылады. Олардың пайда болуы үшін, тасымалдаушыға жүк шот-түбіртегімен растал-ған және жолаушының жол жүру құжатында белгісі (штемпель) бар жүкті беру қажет. Жүкті тасы-малдаушыға жүктің жүру мекенінде немесе жол бойы тапсырғанына қарамастан, жолаушымен жол жүруі құжатын көрсеткен кезде ғана тапсырылады. Жүк жолаушының баратын мекеніне жетпей жа-тып, қайтарылуы мүмкін. Жүктің қайтарылуы жолаушыны тасымалдау міндетін тоқтатпайды.

Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексі жалпы пайдаланыстағы көлікпен тасымалдау шартын бөлек бапта қарастырады. Аталған шарт тұтынушылық шарттардың қатарына жатады. Тасы-малдаушы ретінде бұл қатынастарға коммерциялық ұйымдар (кәсіпкерлер) қатысады. Жолаушылар-ды және жүктерді тасымалдау шартын жалпы пайдаланыстағы көлікпен тасымалдау шарты деп тану-ға болады. Ол үшін тиісті коммерциялық ұйым заң, ережелер немесе лицензия (патент) жүзінде, кез келген тұлғаның жолдануы бойынша осындай тасымалдауды жүзеге асыруға тиіс. Азаматтық кодекс-тің 695-бабының 2-тармақшасына сәйкес, жалпы пайдаланыстағы көлікпен тасымалдау шарты жария шарт болып табылады. Тасымалдау шартының тұтынушылық сипаты оның жариялылығын белгілейді және жалпы пайдаланыстағы көлікпен тасымалдау шартының нормаларын белгілейді.

Тасымалдау шартының тұтынушылық сипаты жолаушыларды тасымалдау шартын да ерекше нақтылайды. Жолаушының кез келген көлік түріне және жолаушылар тасымалы үшін ашық кез келген бағытында билет сатып алуға және сатып алған билетіне сәйкес орын алуға құқығы бар. ҚР АҚ 387-ба-бына сәйкес, бұл орынның категориясымен де, көлік құралындағы белгіленген орнымен қатысты.

Жолаушының поезда жүруіне тыйым салыну және оны поездан түсіріп тастау мына жағдайларда жол беріледі:

а) көлік құралында бос орындар болмаған жағдайда;

б) ҚР заңнамасымен қарастырылған жағдайларда, Үкіметтің қаулысы бойынша жолаушыларды тасымалдау тоқтатылғанда;

в) жол жүру барысында мас күйінде болып, қоғамдық тәртіпті бұзып, басқа жолаушылардың ма-засын алса;

г) жолаушы тиісті көлік түрінде әрекет ететін ережелерге бағынбаған жағдайларда.

Жолаушылардың қажеттіліктерін қамтамасыз ету үшін тасымалдың тікелей шарттары ғана емес, сонымен қатар тиісті қосымша қызмет және қажетті инфрақұрылымның бар болуы да маңызды [7].

Жолаушылар мен жүктерді тасымалдаумен байланысты операцияларды орындауға ашық стан-циялар осы операцияларды орындауды қамтамасыз ететін талаптарға сай болу керек. Вокзалдарда би-лет кассалары болуы керек, тасымалдың мөлшеріне байланысты жүктерді қабылдау және беру, сақ-тау камералары, күту залдары, анықтама бюролары, транзит жолаушыларына, ана мен балаға арнал-ған демалыс бөлмесі, ресторан және тамақтану орындары, тағы басқа жайлары жабдықталуы қажет.

Жолаушыларды тасымалдау шарты ақылы шарттардың қатарына жатады. Жол құжатын (билет) сатып алған кезде, жолаушы тасымалға ақы төлеу міндетін орындайды, жүктерді тапсырған кезде оларды тасымалдау үшін жеке ақы төлейді. Жалпы пайдаланыстағы көлік пен жүктерді, жолаушы-ларды тасымалдауға ақы төлеу мөлшері көлік туралы заң актілерінде белгіленген тәртіппен бекітіл-ген тарифтер негізінде айқындалады. Жоғарыда айтылғандай, жүктерді тасымалдау сияқты көліктік заңнамасында тарифтердің айқын тәртібі әлі белгіленбеген. Темір жолы көлігін санамағанда, қалаара-лық және қалалық бағыттарында жүктерді және жолаушыларды тасымалдау кезіндегі тарифтердің реттелуі заңмен анықталған тәртіпте жүзеге асырылады.

Жолаушы құқықтарының басты кепілдемелерінің бірі — тасымалдаудан, яғни шартты орындау-дан, бас тартуы. Жолаушымен алдын ала тапсырған жол құжаттарының ақысы тасымалдаушымен қайтарылып беріледі. Бұл ережелер көліктің барлық түрлерінде әрекет етеді. Шарт жолаушының бас-тамасы бойынша тоқтатылған кезде, көліктік ұйымдар (шарттың тоқталған уақытымен байланысты) белгілі бір ақша сомасын ұстап қалады. Ұстап қалудың мақсаты шығындарды өтеу емес, ол шартты орындаудан біржақты бас тартқан үшін алдын ала жарияланған тұрақсыздық айыбын өтеу.

Егер де тасымалдаудан тасымалдаушы бас тартатын болса, ол өз есебінен жолаушыны баратын мекеніне жеткізуге немесе шарттың тоқтатылуымен байланысты барлық шығындарды өтеуге міндеттенеді.

Тасымалдау төлемдерін төлеген кезде жолаушылардың белгілі бір санаттарына артықшылықтар көрсетіледі. Жолаушылардың кейбір категориялары тасымалдау үшін төлеуден ҚР Заңдарымен, ал қалалық және жергілікті бағыттағы көлікте — жергілікті атқарушылық органдардың шешімімен босатылады. Артықшылықтар мен жеңілдіктерді көрсеткені үшін көліктік ұйымы бұл шығындарды тиісті бюджеттің қаражаттары арқылы жүзеге асырады.

ҚР АҚ 698-бабына сәйкес, тасымалдаушы теңдеме жүктерін, жолаушыны тиісті пунктке көлік туралы заң актілерінде айқындалған белгіленген мерзімде, ал бұл мерзімдер көзделмеген болса, қисынды мерзімде жеткізуге міндеттенеді. Жолаушы мен жүктің келу және кету мерзімдері тиісті көліктік ұйымдардың жүру кестелері бойынша белгіленеді.

Жолаушы жолда аялдаған кезде қалалық және қала маңындағы көліктен басқа, барлық көлік түріне билеттің күшін 10 тәуліктен аспайтын мерзімге ұзартуға құқылы. Тасымалдаушы жолда аялдаған кезде билеттің қолданылу мерзімін ұлғайтуға құқылы.

Жолаушыда тасымалдаудың барлық түрлерінде көлік қызметін көрсететін кез келген тасымалдаушы мекемеге билетті тасымалдау басталғанға дейін өткізуге және тасымалдау үшін төленген соманы қайтарып алуға құқығы бар. Қайтару тәртібі көліктік ережелерімен белгіленеді.

Егерде жолаушы поездың жөнелтілуіне дейін 24 сағаттан кешіктірмей жол жүру билетін тапсырса, жол жүру құнының толық құнын алады, ал 24 сағаттан аз уақыт қалғанда, бірақ поездың жөнелтілуіне дейін 6 сағат қалғанда тапсырып, билеттің құнын және плацкарт құнының 50 пайызын алады.

Поездың жөнелтілуіне 6 сағаттан аз және поезд жөнелтілгеннен кейін 3 сағаттан аспайтын уақытта тапсырса, билеттің құнын алады, ал плацкарттың құны ұсталынып қалады.

Бірақ барлық жағдайларда тасымалдаудан бас тартуы бұл билетті сатып алған тұлғаның құқығы ретінде танылады, сәйкесінше, ол үшін ешқандай санкциялар қолданылмайды.

Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексі жолаушының кез келген көліктегі басты құқықтарын анықтайды. Осы құқықтардың әрқайсысы нақтылана отырып, көлік туралы нормативтік актілермен және оларға сәйкес белгіленген көліктің белгілі түріне қатысты тасымалдау ережелерімен толықтырылады.

Мысалы, жолаушы:

- әуе көлігінен басқа көліктің барлық түрлерінде, өзімен бірге 7 жасқа дейінгі, ал халықаралық тасымалда 5 жасқа дейінгі бір баланы темір жол, теңіз және ішкі су жолы көліктерінде, қалааралық автобустарда, сондай-ақ таксиден басқа, қалалық және қала маңындағы көлікте балаға жеке орын берілмей, 2 жасқа дейінгі бір баланы әуе көлігінде, оған жеке орын бермей тегін алып жүруге немесе, халықаралық тасымалдарды қоспағанда, әуе көлігінде 2 жастан 15 жасқа дейінгі балаларға билетті оның толық құнының 50 процентін төлей отырып, сатып алуға;
- белгіленген нормалардың шегінде (олар көліктің кейбір түрлерінде әрекет ететін жолаушыларды және жүктерді тасымалдау туралы ережелерімен қарастырылады) өзімен бірге қол жүгін тегін алып жүруге;
- тариф бойынша ақы төлеп, теңдеме жүкті тасымалдауға тапсыруға құқылы.

Аталған басты құқықтардан басқа көліктік заңнамасымен жолаушының қосымша құқықтары да қарастырылған (мысалы, науқастануына немесе қайғылы оқиғаға байланысты поезға кешіккен жағдайда, жол жүру құжаты (билет) алынған поезд жөнелтілгеннен кейінгі 3 тәулік ішінде емдеу-медициналық мекеме берген құжат негізінде қайтарылады, жолаушы жол жүру құжатын (билет) қосымша плацкарт ақысын төлеп, басқа поезға жаңарта алады немесе плацкарт құны шегерілген жол жүру құнын қайтарып ала алады және т.б).

Ал егер де жолаушының міндеттері туралы айтатын болсақ, тасымалдау үшін ақыны төлегеннен басқа, қоғамдық тәртіпті, жолаушы вагондарын және вокзал үй-жайларын пайдалану ережелерін сақтауға, сондай-ақ тасымалдаушының мүлкіне ұқыпты қарауға міндетті.

Көліктік заңнамада теңдеме жүк деп жолаушымен бірге тасымалданатын (арнайы жүк жиналатын бөлімде), не жолаушыдан бөлек теңдеме жүктер тиелетін бөлімдерінде орналастырылатын, белгілі бір көлемнен (мөлшерден) және салмақтан аспайтын заттар танылады.

Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексінің 690-бабына сәйкес, теңдеме жүкті тасымалдау шарты бойынша, жолаушы теңдеме жүкті тапсырған жағдайда теңдеме жүкті де апаратын мекенге жеткізуді және оны теңдеме жүкті алуға құқық берілген адамға беруге міндеттенеді, жолаушы жо-

лына, ал теңдеме жүгін тапсырған кезде — теңдеме жүгін алып баруға ақы төлеуге міндеттенеді. Теңдеме жүкті тасымалдауға құқықтың негізі болып жолаушыларды тасымалдау шартын жасасу табылады. Сондықтан теңдеме жүкті тасымалдау шарты жолаушыларды тасымалдау шартына қатысты тәуелді және қосымша сипатта болады.

Теңдеме жүкті тасымалдау шарты оны тасымалдауға қабылданған сәттен бастап жасалған деп есептеледі, яғни нақты шарт болып табылады. Теңдеме жүкті тасымалдауға қабылдау теңдеме жүктің түбіртегімен (жетон, үзіндімен) рәсімделеді. Бірақ бұл құжат жолаушыларды тасымалдау шартының әрқашанда жазбаша нысаны болып табылмайды. Әдетте ол тек қана жасалған шарттың болуын куәландырады. Сондықтан әдебиетте бұл шарт жолаушыларды тасымалдау шарты сияқты тек қана жазбаша нысанда жасалып қоймайды [8].

ҚР Көлік туралы Заңының 13-бабында анықталғандай, әуе көлігіндегі, қала және қала маңындағы автобус тасымалдарында тегін алып жүретін қол жүгі мен теңдеме жүктің салмағы 20 кг-нан аспайтын болып белгіленеді [9].

Теңдеме жүкті тасымалдау шарты бойынша тасымалдаушының міндеті болып теңдеме жүкті уақытылы сақтаулы күйінде жеткізу және оны теңдеме жүкті қабылдауға уәкілетті тұлғаға тапсыру табылады. ҚР заңнамалары бойынша тасымалдаушының бұндай міндеттері Жолаушыларды және теңдеме жүктерді тасымалдау ережелерінде нақтыланады.

Жолаушының теңдеме жүкті тасымалдау шарты бойынша негізгі міндеті — теңдеме жүкті тасымалдау ақысын төлеу. Төлемақының ставкалары тарифтермен анықталады.

Тасымалдаушы жүк-багажды келген күннен бастап 30 күн бойы, кедендік бақылауымен келген жүк-багажды 15 күн бойы сақтауға міндетті (185–186 б.) [10].

Теңдеме жүктің жетіспеушілігі, жоғалуы, зақымдануы фактілері, жолаушының талап етуі бойынша, теңдеме жүкті беру сәтінде белгіленген нысандағы актімен рәсімделінеді.

Теңдеме жүкті тапсыру кезінде жолаушымен заң бұзушылықтарға жол берілген болса, онда ол көлік құқығымен анықталған мүліктік жауапкершілікке тартылады. Атап айтқанда, көлік заңнамалары бойынша, тасымалдауға тапсырылатын теңдеме жүктен тасымалдауға тыйым салынған заттар анықталса, теңдеме жүктің иесі тарифпен белгіленген әрбір теңдеме жүктің орны үшін айыппұл төлейді. Жолаушы сондай-ақ осындай теңдеме жүкті тасымалдағаны үшін шығын да төлейді.

Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексі жолаушылар мен теңдеме жүкті тасымалдау шарты бойынша кінә мен талаптар қою тәртіптерін реттемейді, сондықтан оған көліктік заңнамалардың нормалары пайданылады. Сондай-ақ бұндай қатынастарға Тұтынушылар құқықтарын қорғау туралы Заңы және соның негізінде қабылданған басқа да нормативтік-құқықтық актілер де қолданылады.

ҚР Көлік туралы Заңының 17–1-бабы бойынша, тасымалдаушыға тасымалға байланысты дау жөнінде талап-арыз бергенге дейін оған міндетті түрде талап қойылады. Теңдеме жүкті жеткізіп беруді кешіктіргені үшін тасымалдаушы теңдеме жүкті алушыға кешіктірген мерзімнің әрбір тәулігіне тасымал үшін төленген ақының 10 пайыз мөлшерінде айыппұл төлейді, бірақ ол тасымалдау үшін төленетін ақының 50 пайызынан аспауға тиіс (18-б.) [9].

Тасымалдаушыға тасымалдау шартынан туындайтын кінә қоюға жолаушының, жөнелтушінің (жүк жөнелтушінің), алушының (жүк алушының) құқығы бар.

Өтініш берушінің кінә қоюға құқығы бар екендігін куәландыратын құжаттар жүк тасымалдау ережелеріне сәйкес, кінә қоюға қоса тіркелуге тиіс:

- 1) жолаушылар поезының жөнелтілуі кідірілген немесе ол кешігіп келген жағдайда — жол жүру құжаты (билет);
- 2) багажды, жүк-багажды жоғалтқан, жеткізіп беру мерзімін бұзған жағдайда — багаждың, жүк багаждың квитанциясы;
- 3) багаж, жүк-багаж жетіспеген, бұзылған (бүлінген) жағдайда — багаж, жүк багаж квитанциясы мен коммерциялық акт.

Қазақстан Республикасының Азаматтық істер жүргізу кодексінің 33-бабының 3-бөлімінде тасымалдау шартынан туындайтын істер бойынша айрықша соттылықты орнатады — көлік ұйымының тұрақты әрекет етуші органының мекенжайы бойынша талап қойылады [11].

ҚР Көлік туралы Заңының 17–1-бабы бойынша, талап қою мерзімі жүкті және (немесе) жолаушыларды тасымалдаудан туындайтын талаптар бойынша талап-арыз мерзімі заңдарда белгіленген тәртіппен реттеледі делінген. Демек, аталмыш Заң көліктік заңнамаларға сілтеме жасайды. Мәселен, ҚР Темір жолы көлігі туралы Заңының 93-бабына сәйкес, жолаушыларды теңдеме жүктерді тасымалдау шарты бойынша талаптың ескіру мерзімі алты ай деп белгіленген.

Сонымен, жоғарыда қарастырылып өтілген ғалым-заңгерлердің тұжырымды көзқарастарын зерттеп, нормативтік-құқықтық актілер мен құқық қолдану тәжірибесінің материалдарына талдау жүргізіп, келесі қорытындылар жасауға мүмкіндік берді.

Жолаушыларды және теңдеме жүктерді тасымалдау шарты жүктерді тасымалдау шартымен саластырғанда заңды табиғаты бойынша өзара, ақылы және консенсуалды болып табылады, жасасу нысаны — жазбаша, сәйкесінше, жол жүру құжатымен және жүк-багаждың квитанциясымен расталады. Жаңашылық ретінде қалалық көлігіндегі құжаттардың нысаны әдеттегідей жергілікті атқарушылық органдардың шешімдерімен емес, заңмен бекітілуі.

Жолаушының кассадан жол жүру құжатын, содан кейін (мүмкін, бірнеше күн өткеннен кейін) орнын алған жағдайларда жолаушыларды тасымалдау шарты консенсуалды деп сипатталады. Бірақ, басқа тәртіпке сәйкес, қала көлігінде орын алуы немесе жолаушының конклюденттік іс-әрекеттерді орындауы (турникет–автоматқа тиындарды салу) жолаушы және тасымалдаушының арасында осы шарттың жасалғандығы туралы мәлімдейді. Жолаушыларды тасымалдау шартының ауызша нысанында жасасуы да мүмкін (мәселен, жеке таксомоторларда жүрістері).

Тасымалдау жөнінде қатынастардың тиісті құқықтық регламентациясына қарамастан, бұл қатынастарды реттейтін заңнама әлі күнге дейін толық жетілдіруіне жеткен жоқ. Сондықтан тасымалдау шартының қарастырылған түрлерін толықтыру және тәжірибелі қолдану мақсатында, заңнаманың жетілдіруінің келесі жолдарын ұсынамыз.

Қазақстан Республикасында тасымалдаудың кең құқықтық регламентациясы және арнайы заңнаманың шашыраңқылығы қолдану кезінде кейбір қиыншылықтарды туғызады. Көліктік заңдарына сәйкес қабылданатын ережелер осы заңдарды кеңейту және нақтыландыру үшін қажет. Бірақ арнайы заңдарда және ережелердегі нормалардың бәсекелестігі кезінде Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексі немесе арнайы көліктік заңдардағы нормаларына басымдық беріледі.

Сондықтан, көліктік қызметтердің әр түрлі салаларын кешенді қамтитын көліктік кодексті қабылдауды ұсынамыз, себебі бұл заңнаманың шашыраңқылығын жояды және осы саладағы заңдарды жүйелелендіріп, бірегейлендіруге мүмкіндік береді деген ойдамыз.

#### Әдебиеттер тізімі

1. Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексі (Жалпы және Ерекше бөлімдері). — Алматы: ЮРИСТ, 2010. — 178-б.
2. *Шварц Х.И.* Правовое регулирование перевозок на автомобильном транспорте. — М.: Юрид. лит., 1966. — С. 76.
3. *Витрянский В.В.* Понятие и виды договора перевозки. Система договоров перевозки // *Хозяйство и право.* — 2001. — № 1. — С. 61.
4. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. — Ч. II / Ред. О.Н.Садиков. — М.: Юрид. фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1997. — С. 455.
5. *Ушаков С.С.* Транспорт и пассажир. — М.: Юрид. лит., 1986. — С. 56.
6. *Блатнов М.Д.* Пассажирские автомобильные перевозки. — М.: Юрид. лит., 1989. — С. 56.
7. *Жайлин Г.А.* Гражданское право Республики Казахстан. — Часть Особенная: Учебник. — Т. II. — Алматы: Данекер, 2002. — С. 68.
8. *Сапрыкин Ф.И.* Международно-правовые проблемы использования воздушного пространства государств-участников СНГ // *Московский журнал международного права.* — 1993. — № 4. — С. 16.
9. Қазақстан Республикасының «Қазақстан Республикасындағы көлік туралы» 1994 жылғы 21 қыркүйектегі № 156-ХІІІ Заңы // Қазақстан Республикасы Жоғарғы Кеңесінің жаршысы. — 1994. — № 15. — 20-қ.
10. Қазақстан Республикасы Көлік және коммуникациялар министрінің «Қазақстан Республикасының темір жол көлігімен жолаушыларды, багажды және жүк багажды тасымалдау ережесін бекіту туралы» 18 наурыз 2004 жылғы № 122-І Бұйрығы. Қазақстан Республикасының Әділет министрлігінде 16 сәуір 2004 жылы тіркелді. Тіркеу № 2810 // [www.zakon.kz/](http://www.zakon.kz/) 2011.
11. Қазақстан Республикасының Азаматтық іс жүргізу кодексі. 13 шілде 1999 жылғы № 411-І Заңы // Қазақстан Республикасы Парламентінің жаршысы. — 1999. — № 18. — 644-қ.

## Шетел азаматтарының Қазақстан Республикасы балаларын асырап алудың ерекшеліктері мен құқықтық салдары

Асильбекова Г.А., Абдрашева Т.М.

*М.Өтемісов атындағы Батыс Қазақстан мемлекеттік университеті, Орал*

В статье изучены основы, правовые последствия усыновления иностранцами детей Республики Казахстан. Приведено общее число детей-сирот в республике, число лиц, изъявивших желание усыновить, а также число детей, взятых за рубежом на консульский учет в 2005–2009 гг. Коренным образом раскрыты требования законодательства Республики Казахстан, предъявляемые к лицам, изъявившим желание усыновить ребенка. Представлены эффективные пути и способы уменьшения числа детей-сирот. Изучены международные Конвенции и законодательные акты Республики Казахстан, регулирующие вопросы усыновления.

In this article learnt the basics (principles) and the legal effect of adoptions of the Kazakhstan by foreigners. Made a generalization to the total number of orphans in the Republic of Kazakhstan, the number of persons wishing to adopt, as well as the number of children taken abroad for the consulate in 2005–2009 years. Radically opened all legal requirements of the Republic of Kazakhstan are presents for persons who have desire to adopt. The article presents effective ways and means to reduce the number of orphans. There were studied International Conventions and laws of the Republic of Kazakhstan governing adoptions.

Халқымыз «Әке — асқар тау, ана — бауырындағы бұлақ, бала жағасындағы — құрақ» дегендей, өмір ұрпақ жалғастығынан тұрады. Сондықтан балалардың құқықтарын қорғау — бұл басты міндет. Балалардың мүдделерін қамтамасыз етуді негізгі мақсаты деп атап көрсеткен «Балаларды қорғау және шетелдіктердің бала асырап алу қатынасындағы ынтымақтастық туралы» Конвенция мен Қазақстан Республикасының заңнамалары балаларды тумысынан белгілі құқықтарға ие, тәуелсіз тұлғалар ретінде таниды. 1998 жылы 17 желтоқсанда қабылданған Қазақстан Республикасының «Неке және отбасы туралы» № 321-І Заңы да балалардың негізгі құқықтары — өмір сүру мен отбасында тәрбиелену деп бекітті [1]. Өкінішке орай, көптеген балалар әр түрлі себептермен ата-анасының қамқорлығынсыз қалып жатады, осындай жағдайларда олардың мүдделерін қорғау мемлекетке артылады. Дәлірек айтқанда, ол өз органдары арқылы әр баланың толық және қалыпты отбасында тәрбиелену құқықтарын жүзеге асыруға көмек көрсетеді.

Балалардың отбасында тәрбиеленуге алынуының бірнеше дәстүрлі нысандары бар. Ең маңызды құқықтық институт бала асырап алу институты болып табылады. Бала асырап алу — бұл заңды түрде баланы отбасына қабылдау. Бала туысқан ретінде ұлы не қызы болып барлық құқықтар мен міндеттерге ие болады, ал ата-аналар үшін — бұл бала тағдырына және оның толық дамуына ең жоғары дәрежедегі жауапкершілік. Мұндағы бала асырап алу институтының маңыздылығының себебі, біздің мемлекетте отбасылық тәрбие алудың басымдылығына көп көңіл бөлінеді, ал қамқорлыққа зәру болған балалар үшін осындай тәрбиелік нысанды тек бала асырап алу институты ғана қамтамасыз ете алады.

«Бала асырап алу» ұғымының тарихына тоқталар болсақ, алғашқы «Бала асырап алу туралы Заң» Массачусетс штатымен 1851 жылы АҚШ-та қабылданды. Бұл заңнама бойынша асырап алынған бала асырап алушының баласы деп танылып, ата-ананың биологиялық балаларына тиісті барлық құқықтарды иеленген. Мұндағы сот асырап алушылардың асырап алынған баланы азық-түлікпен қамтамасыз ету жағдайларын қадағалаумен қатар, баланың білім алу жағдайын да тексеруге міндетті болған. Осындай заңды түрде бала асырап алудың негіздері Францияда Наполеон Кодексіне XVIII ғасырдың басында енгізілсе, Ресейде Александр I кезінде бекітілді. Ресей бала асырап алуда көптеген шектеулер қойды. Мысалы, дворяндар бала асырап алуды тек император рұқсаты негізінде жүзеге асырса, дін қызметкерлері және өзге де лауазымды тұлғалар бала асырап алуды тек сенат рұқсаты негізінде жүзеге асырды. Бұл кезеңдегі ең тиімді, әрі ең жеңіл түрдегі бала асырап алу үрдісі тек шаруаларға ғана қолданылды, яғни бұл үрдіс тек асырап алушының асырап алған баланы шаруалардың «Отбасы құрамы» құжатына енгізумен ғана шектелген болатын.

Халықаралық бала асырап алу тарихында маңызды рольге ие болған жазушы, әдебиет бойынша Нобель сыйлығының лауреаты Перл Бак болатын. Ол Қытайда дүниеге келіп, өзінің екінші Отаны болған АҚШ-та өскен. Көп асырауға алынбаған азиаттық балалардың тағдыры тамсандырған Перл

Бак 1949 жылы түрлі ұлтты бірнеше баланы асырап алып, әлемдегі алғашқы «Welcome House» («Үйге қош келдің») атанған халықаралық бала асырап алу агенттігін құрады [2]. Оның осы «Welcome House» атанған агенттігі қазіргі таңда да өз мақсатына сәйкес қызметін жүзеге асыруда.

Еліміздің тарихында қиын-қыстау кезеңдерде жетімдеріне қамқоршылық көрсете білген. Ұлы Отан соғысы жылдарында БКП(б) Орталық комитетінің «Жетім балаларды асырап алу жөнінде» жасырын қаулысы шығып, оған үн қосқан барлық мемлекет басшылары жетімдерге мейірімділік танытуды көрсеткен болатын. Мәселен, Сталин Артем Сергеев деген жетім баланы асырап алған. Ол соғысқа басынан аяғына дейін қатысып, ерлікпен қаза тапқан. Ворошилов Фрунзенің ұлы мен қызын бауырына басып, Петр деген жетім баланы асырап алған, кейін одан немере сүйген. Буденный, Ежов, Каганович бір-бір қыздан асырап алса, Шаяхметов те бір ер бала асырап алып, азамат етіп өсірген.

Дәстүрлі қазақ әдет-ғұрпына келер болсақ, біреудің нәрестесін бауырына салу, яғни бала асырап алу, — қазақтың ежелден келе жатқан салт-дәстүр болып саналған. Бала асырап алу, негізінен, өз кіндігінен ұрпақ болмаған жағдайда жүзеге асырылған. Өз кіндігінен нәресте болмаса немесе балалары құтаймай, шетіней берсе, мұндай шаңырақ жақын-жуықтарының бірімен келісімге келіп, баласын бауырына салатын болған. Қазақ салтына орай, бала асырап алушы, әдетте, той жасап, ер бала болса — асықты жілік, қыз бала асырап алатын болса — тоқпақ жілік ұстау ғұрпын істеген. Баланың қолына жілік ұстату олардың көпшілік алдындағы анты, уәдесі іспетті болған. Жұрт алдында балаға жілік ұстату арқылы екі жақ та бала алу, бала беру ісіне ризашылығын танытады. Қазақ арасында немерелерін ата-әкелерінің «бауырына салып» алатын дәстүр де кеңінен ұшырасады. Бұл, әрине, немересін өз баласы деп санайтын ата мен әженің жарасымды өзімшілдігі. Мұндай дәстүр бала асырап алды деп аталынбай, кәдімгі туыстық дәстүрлі қарым-қатынастың шынайы көрінісі еді. Міне, осылай, қазақ жерінде «Жетімдер үйі» деген атау болмаған. Тіпті, жетім дегеннің өзі өте ауыр сөз болатын. Деректерге сүйенсек, мұндай мекемелер біздің елде кеңестік қоғам кезінде пайда бола бастады. Ал ондағы жетімдер саны әсіресе Тәуелсіздік алған жылдардан кейін көбейе түсті. Күнде естіп жүргендіктен бе, жоқ, әлде санамыздың өзгергендігі себеп болды ма, қазіргі уақытта біз «жетім» деген сөздің қаншалықты қасіретті, ұлт үшін ұят екенін сезінбей жүргендейміз.

Әр баланың ынтымағы жарасқан, берекелі отбасында мейірімге бөленіп, бағы жануы тиіс. «Неке және отбасы туралы» ҚР Заңының 52-бабында да баланың өз ата-анасымен тәрбиеленуіне, оның мүдделерінің қамтамасыз етілуіне, жан-жақты жетілуіне, оның адамдық қадір-қасиетінің құрметтелуіне құқығы бар екендігі бекітіледі. Міне, осындай қамқорлыққа зәру болған балаларды әлеуметтік қорғаудың ең тиімді нысаны бұл балалардың мүдделерін барынша жоғары қамтамасыз етуге мүмкіндік беретін және өздері балалы бола алмайтын жас жанұяларға бала тәрбиелеу мүмкіндігін тудыратын бала асырап алу болып табылады.

«Бала асырап алу» термині заң ғылымында әр түрлі мазмұндалады. Көпшілік ғалымдар бала асырап алуды ата-анасының қамқорынсыз қалған балаларды орналастырудың нысаны ретінде түсіндіреді. Енді біреулері заңды акт деп есептейді, бұл жағдайда бала асырап алу асырап алушы мен асырап алынушы баланың арасындағы жаңа құқықтық қатынастың пайда болуы және баланың биологиялық туғандарымен құқықтық байланысының үзілуіне әкелетін заңды факт ретінде түсіндіріледі. Қорыта келгенде, бала асырап алу — бұл құқық құраушы және құқық тоқтатушы заңды факт.

Заңнамада және заңды әдебиеттерде бала асырап алу асырап алушымен (оның туыстарымен) және асырап алынған баламен бала асырап алу әктісі негізінде пайда болатын құқықтық қатынас болып танылады. Негізінен, бала асырап алу ата-анасының қамқорынсыз қалған баланың отбасында өмір сүру мен тәрбиелену және қорғауға ие болу құқықтарын жүзеге асыруға бағытталған. Ақырында, «бала асырап алу» бала асырап алу бойынша қатынастарды реттеуге қолданылатын құқықтық нормалардың жиынтығын құрайтын және бала асырап алуды бекіту мен тоқтату тәртібін, құқықтық қатынастарға түскен қатысушыларының құқықтары мен міндеттерін анықтайтын отбасы құқығының институтын белгілейді.

ҚР «Неке және отбасы туралы» Заңының 76-бабының 3-бөлігіне сәйкес, Қазақстан Республикасының азаматы болып табылатын балаларды шетелдіктерге асырап алуға беру тек Қазақстан Республикасы аумағында тұрақты тұратын Қазақстан Республикасы азаматтарына тәрбиелеуге беру мүмкін болмаған жағдайда ғана жүзеге асырылады. Қазақстан Республикасы аумағында шетелдіктердің, азаматтығы жоқ адамдардың Қазақстан Республикасы азаматы болып табылатын баланы асырап алуы Қазақстан Республикасының заңдарына сәйкес жүргізіледі [1].

Шетел азаматы Қазақстан Республикасының тұрғыны болып табылатын баланы асырап алуға тілек білдірсе, алдымен өзінің тұрақты мекенжайындағы мемлекеттің орталық органына өтініш жасайды. Сол шетел азаматы тұратын мемлекеттің орталық органы өтініш иелерін бала асырап алуға құқылы және бұған сәйкес деп таныған болса, олардың жеке тұлғасы, бала асырап алуды жүзеге асыруға жарамдылығы, биографиялық мәліметтері, дәрігерлік анықтамасы және отбасының тарихы, әлеуметтік ортасы, бала асырап алудың себептері, шет елдік бала асырап алуға қабілеттілігі туралы ақпараттарды баяндап, олардың қамқорлығына алынуы тиіс бала туралы мінездеме дайындайды. Осы құжаттарды мемлекеттік лицензиялар негізінде қызметті жүзеге асыратын агенттіктер беретін ықтимал ата-аналардың қаржы жағынан әл-ауқаты, жеке басының адамгершілік қасиеттері туралы анықтамамен бірге, қорғаншы және қамқоршы органға бала асырап алғысы келетіні туралы жазбаша арыз тапсырады. Сонымен қатар бала асырап алғысы келетін шетелдіктер жеке өзі бала таңдап алуға және баламен екі апта бойы тікелей жақын араласуға міндетті болып табылады. Баланы асырап алуды бала асырап алуға тілек білдірген адамдардың (адамның) арызы бойынша сот жүргізеді. Бала асырап алу туралы істерді сот азаматтық іс жүргізу заңдарында көзделген ережелер бойынша ерекше іс жүргізу тәртібімен жүргізеді [3]. Қазақстан Республикасы баласын асырап алу ниетін білдірген шетел азаматы асырап алғысы келетін баламен екі апталық қарым-қатынасты өткізгенге дейін шетелдіктермен берілген арыз Қазақстан Республикасы Азаматтық іс жүргізу кодексінің 155-бабының 1-бөлігіне сәйкес қозғалыссыз қалдыруға жатады.

Бала асырап алу бойынша баланың тұрғылықты жеріндегі кәмелетке толмағандардың істері жөніндегі мамандандырылған ауданаралық сотқа өтініш беріледі. Мұндағы баланы асырап алу туралы өтініште:

– бала асырап алушылардың (бала асырап алушының) фамилиясы, аты, әкесінің аты, олардың тұрғылықты жері;

– асырап алынатын баланың фамилиясы, аты, әкесінің аты, туған күні, айы, жылы, оның тұрғылықты жері, асырап алынатын баланың ата-аналары, аға-інілері мен апа-қарындастарының бар-жоғы туралы мәліметтер;

– бала асырап алушылардың (бала асырап алушының) баланы асырап алу жөніндегі негіздейтін мән-жайлар және осы мән-жайларды растайтын дәлелдемелер;

– бала асырап алушылардың (бала асырап алушының) баланың тууы туралы акт жазбасына тиісті өзгерістер енгізгісі келетін жағдайда, асырап алынатын баланың фамилиясын, атын, әкесінің атын, туған күнін (баланы бір жасқа дейін асырап алған жағдайда), асырап алынатын баланың туған жерін өзгерту туралы, баланың тууы туралы акт жазбасына бала асырап алушыларды (бала асырап алушыны) ата-аналар ретінде жазу туралы өтініш көрсетілуі тиіс.

Бала асырап алу туралы өтінішке қоса келесі құжаттарды ұсыну керек:

– қорғаншылық және қамқоршылық органының асырап алу баланың қызығушылығына сай және негіз бар екендігі жөнінде қорытынды;

– баланың туу туралы куәлігі және акті жазбасының көшірмелері;

– асырап алушылардың тұрмыс жағдайын тексеру актісі;

– асырап алушының денсаулығы, дене және ақыл-есінің дамуы туралы медициналық қорытынды;

– баланы асырап алуға ата-аналарының келісімі.

Кей жағдайларда баланың ата-аналарының келісімінсіз де бала асырап алу жүзеге асырылады.

Егер:

– ата-ана сотпен белгісіз немесе өлген хабар-ошарсыз кеткен деп танылса;

– ата-ана сотпен әрекетке қабілетсіз деп танылса;

– ата-ана сотпен ата-ана құқықтарынан айырылса;

– баламен бірге тұрмайтын және сот дәлелсіз деп таныған себептер бойынша 6 айдан астам уақыт бойы оны тәрбиелеу мен асыраудан жалтарып жүрсе, олардың баланы асырап алуға келісімі талап етілмейді;

– 10 жастан бастап баланың асырап алуға берген жеке келісім берген болса;

– өтініш берушінің көзделген баланың асырап алушысы бола алатындығын дәлелдейтін айғақтар (ереже бойынша балалар мекемелерінің — балалар үйлерінің, басшыларының асырап алушының баламен жасаған екі жұмалық қарым-қатынасы туралы қорытындысы).

Асырап алу жөніндегі соттың шешімі заңды күшіне енгеннен кейін, АХАЖ органдарында баланы асырап алу тіркеліп, асырап алу жөнінде куәлік беріледі.

Балаларды асырап алуға тілек білдірген шетелдіктерді есепке алу үшін келесі құжаттар талап етіледі:

- үлгі бойынша нотариус растаған өтініш;
- неке туралы куәліктің көшірмесі (егер де бала асырап алушы некеде болса);
- жеке куәліктің көшірмесі;
- жұмыс орнынан алынған еңбек ақысы көрсетілген анықтама (еңбекақысы, кірісі);
- тұрып жатқан үйі құжаттарының көшірмесі;
- тұрмыстық-тұрғын үй жағдайын тексеру актісі (асырап алушылар тұрып жатқан аумақтағы мектептің қоғамдық инспекторы жасайды; актіні мектеп директоры растайды);
- тұрғылықты жерінен тұрғылықты жерінен қамқоршылық және қорғаншылық органының қорытындысы;
- соттылығының болуы не болмауы жөніндегі мәлімет (оны тек асырап алуға тілек білдірген шетел азаматы тұратын елдің құзыретті органы растауы қажет);
- медициналық (психиатр, нарколог, дерматовенеролог, терапевт және басқалар) тексеру анықтамасы. Мұндағы баланы асырап алуға болмайтын адамның бойындағы аурулардың тізімін Қазақстан Республикасының Үкіметі белгілейді. Олардың тізбесі келесідей: жүре пайда болған иммунитет тапшылығы синдромын (СПИД) және иммунитет тапшылығы вирусын жұқтырғандар (ВИЧ), психикалық аурулар, маскүнемдік, нашақорлық, уытты заттарға әуестік, туберкулез, жыныстық қатынаспен таралатын аурулар, алапес, дәнекер тіндердің ауыр сырқаттары, созылмалы ауыр буллезды дерматоздар, I, II-топтағы мүгедектік (қамқоршылық және қорғаншылық органының шешімі бойынша).

Балаларды асырап алуға тілек білдірген шетел тұлғалары ұсынылған құжаттардың аударылуының дұрыстығын растау үшін сот қажет деп таныған жағдайда тиісті мамандарды іске тартуға тиіс.

Сотқа жіберер бұрын жиналған құжаттар қамқоршылық және қорғаншылық органдарына тапсырылады. Қамқоршылық және қорғаншылық органдарынан асырап алу мүмкіндігі туралы жауап алынған кезде, мемлекеттер арасында визалық режим болса, ҚР дипломатиялық немесе консулдық мекемесі шетел азаматтарына елге келу үшін арнайы виза береді. Бұл визаны Астана қаласындағы Консулдық қызмет департаменті береді. Визалардың басқа санаттары бойынша (мысалы, туристік, іскерлік) асырап алу мақсатымен Қазақстан Республикасына келуге рұқсат етілмейді.

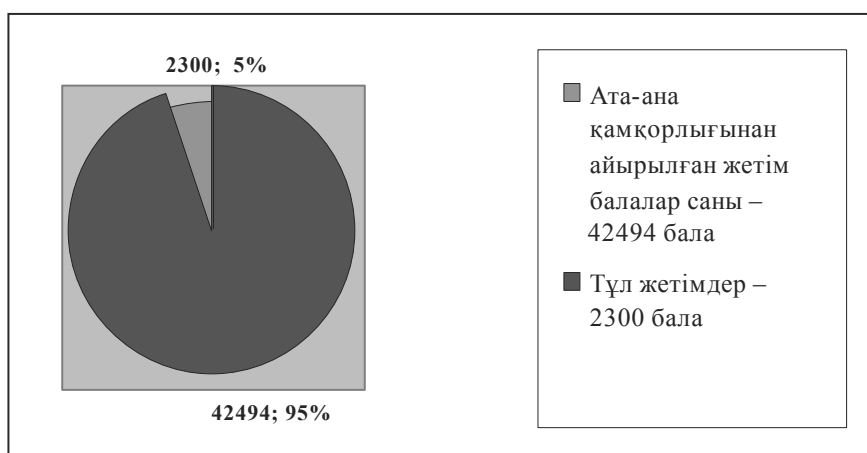
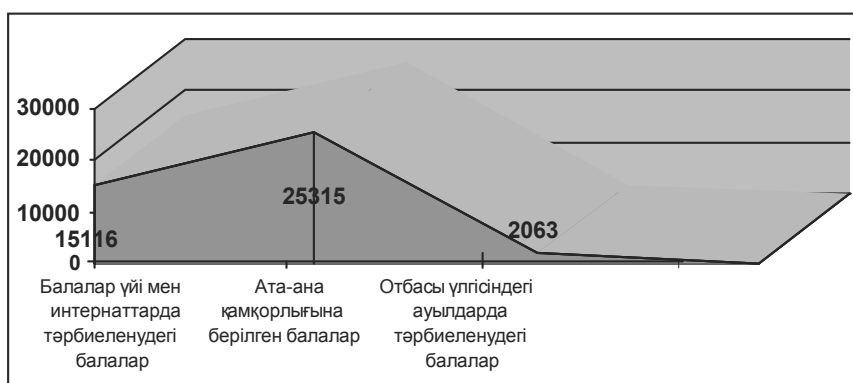
Баланың толық, жан-жақты үйлесімді дамуы үшін жанұя жағдайында, бақыт, мейірім, махаббат аясында тәрбиеленуі қажеттігін, баланың өзі туған елден, сәйкесінше жанұя табылмаған жағдайда шет елдік бала асырау тұрақты отбасын қамтамасыз етерлік мүмкіндік беретінін мойындай отырып, әрбір мемлекет басым мақсат ретінде баланың өз отбасында тәрбиеленуін қамтамасыз ету үшін және баланы ұрлау, сату немесе саудалауды тоқтату үшін шаралар қолдану қажеттігін ескере отырып, халықаралық құжаттауда, атап айтқанда, 1989 жылы 20 қарашада жарияланған «Балаларды қорғау туралы» БҰҰ Конвенциясында, «Балаларды қорғауға және мүддесіне байланысты әлеуметтік және құқықтық принциптер туралы» БҰҰ Декларациясында, 1986 жылы 3 желтоқсанда жарияланған «Ұлттық және халықаралық деңгейде балаларды тәрбиелеу және оларды асырап алу туралы» БҰҰ Бас Ассамблеясының 41/85 ұйғарымында көрсетілген қағидаларды назарда ұстай отырып, 1993 жылы 25 шілдеде «Балаларды қорғау және шетелдік бала асырап алу қатынасындағы ынтымақтастық туралы» Конвенция Гаагада қабылданып, мемлекеттер өзара келісім жасасты [4].

Бұл Конвенцияның мақсаты: шетелдік азаматтармен асырап алынған баланың мүддесін және негізгі құқықтарын қамтамасыз ету; балаларды ұрлау, сату және саудалауды тоқтату үшін өзара келісім жасасқан мемлекеттердің ынтымақтастық жүйесін құру; Конвенцияға сәйкес келісім жасасқан мемлекеттерде Конвенцияға сәйкес жүзеге асырылған бала асырап алудың мойындалуын қамтамасыз ету. Шетелдік азаматтарға асырап алуға берілген балаларға бақылау жасауды Қазақстан Республикасының шетелдегі дипломатиялық өкілдіктері мен консулдық мекемелері жүзеге асырады.

Конвенция мақсаттарының жүзеге асырылуы мен кепілдіктердің әрекет етуі үшін келісім жасасқан мемлекеттер Конвенцияға сәйкес міндеттерді орындау жүктелген органдардан орталық орган тағайындайды. Орталық органдар асырап алынған балаларды қорғау және Конвенцияда көзделген мақсаттарға қол жеткізу үшін бір-бірімен ынтымақтастықта болады және өз

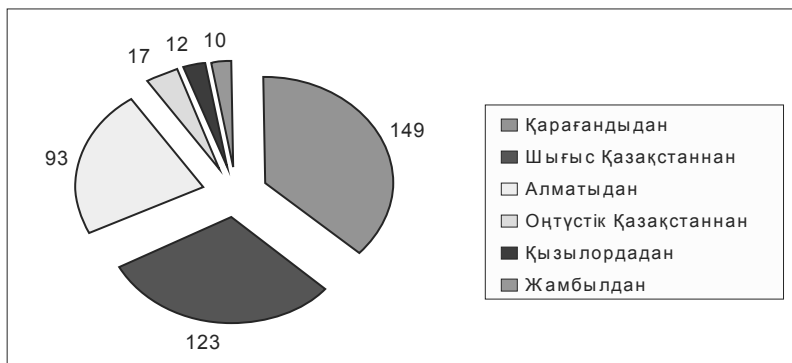
мемлекеттерінде толық құқылы үкіметпен өзара ынтымақтастықты дамытады. Олар өз мемлекеті заңдарына сәйкес бала асырап алуға қатысты ақпараттарды және статистика, стандартты формалар сияқты жалпы ақпараттарды жеткізіп, бірін-бірі конвенция әрекеті туралы баяндап отырады және оның қолданысына кедергі келтіретін барлық жағдайды жойып отыруы үшін тиісті шараларды орындайды. Баланы асырап алуға байланысты өзін ақтамайтын қаржылық немесе басқа да пайданы табу мақсатын көздейтін ұйымдарды жою мақсатында орталық органдар тікелей өздері немесе мемлекеттік билік арқылы барлық тиісті шараларды қолданады.

Елімізде балалықтың базарын сезінбей, шын қуанып күле алмаған, ата-анасына еркелей алмаған сәбилер саны көбейіп барады. Иә, бізде жетім балалар саны көп. Қазірдің өзінде елімізде ата-ана қамқорлығынан айырылған 42494 жетім бала бар екен. Оның ішінде 15116-сы мемлекет қарамағындағы балалар үйлері мен интернаттарда тәрбиеленуде. Сондай-ақ 25315 бала ата-ана қамқорлығына берілсе, қалған 2063 бала отбасы үлгісіндегі ауылдарда жүр. Осы балалардың 2300-нан астамы ғана тұл жетімдер екен [2].

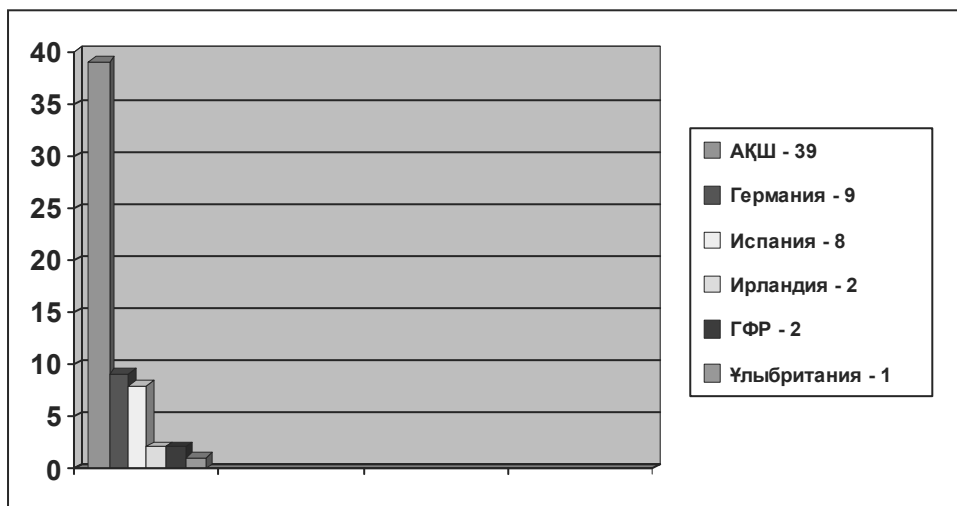


Бұл бүгінгі күннің ащы шындығы. Әрине, жетімдер үйі барлық мемлекеттерде бар. Алайда қазақ ежелден жетімін қаңғыртпаған, жесірін теңтіретпеген халық. Өркениет дамығаннан бері біздің елде де жетімдер үйі, қариялар үйі қаптап кетті. Әрине, бұл тек жеке бастың емес, қоғамның қасіреті, трагедиясы.

Қазіргі кезде елімізде бала асырап алушылардың саны өсіп келеді. Мұны Қазақстан Республикасы Сыртқы істер министрлінің шетелдік мекемелердің қызметіне жүргізген талдауы бойынша соңғы уақыттағы қазақстандық балаларды асырап алуға ниет білдіруші шетелдік азаматтардың өтініштерінің өсу үрдісі дәлелдейді. Мысалы, 2009 жылы ғана шетелдіктермен 404 бала асырап алынған. Соның ішінде 149 — Қарағандыдан, 123 — Шығыс Қазақстан облысынан, 93 — Алматыдан, 17 — Оңтүстік Қазақстан облысынан, 12 — Қызылордадан, 10 — Жамбыл облысынан.



Осындағы Шығыс Қазақстан облысының соттарына ғана түскен 123 арыздың 61-і Қазақстан азаматтарынан, 64 арыз шетел азаматтарынан бала асырап алу туралы түскен, 62 шешім шығарылып, 2 арыз қараусыз қалдырылған. Шетел азаматтарының балаларды асырап алу туралы арыздарының барлығы облыстағы екі сотта, яғни, Өскемен қалалық сотында — 43 арыз және Семей қалалық сотында — 19 арыз қаралған [2]. Халықаралық баланы асырап алу туралы сот істеріне талдау жасайтын болсақ, бала асырап алу туралы арыздармен әр түрлі мемлекеттің азаматтары жүгінгенін көреміз.



Ал енді 2005–2009 жылдар аралығындағы консулдық есепке алынған асырап алынған балалардың саны төмендегідей: 5308 — АҚШ, 600 — Испания, 343 — Бельгия, 173 — Германия, 167 — Канада, 140 — Ирландия, 131 — Франция, 25 — Египет, 21 — Израиль, 9 — Италия, 5 — Түркия мен ГФР, 3 — Ресей Федерациясы. Өтініштер санының өсуімен бірге некеге отырмаған, жалғызбасты шетелдік азаматтардан келіп түсетін өтініштердің де саны артты. Алынған деректер бойынша, 6 баланы жалғызбасты шетелдік азаматтар асырап алған [5]. Дегенмен, Қазақстан Республикасы азаматы болып табылатын балаларды асырап алуға тілек білдірген шетелдіктерді есепке алу әлі де жүргізілуде.

Шетелдік азаматтарға асырап алуға берілген балаларға бақылау жасауды Қазақстан Республикасының шетелдегі дипломатиялық өкілдіктері мен консулдық мекемелері жүзеге асырады. Алайда осы шетелдік бала асырап алушыларды тексеруді жүзеге асыратын консулдық мекемелерде штат лауазымдарының жетіспеушілігі және консулдық қызметкерлердің асырап алынған балалардың тұруы мен тәрбиеленуін тексеруде кейбір шет мемлекеттердегі адамның жеке өміріне араласуға тыйым салынуымен байланысты қиындықтардың да болуын ескерген жөн.

Дүниежүзі бойынша балаларын халықаралық асырап алуға ұсынатын елдердің ішінде Қытай, Вьетнам, Қазақстан алғашқы орындарды алуда. Бала асырап алуға байланысты қызметтерін қаржылық негізде ұсынатын ұйымдар агенттіктер деп аталады. Міне, осы бала асырап алу жөніндегі агенттіктердің ретке келтірілмеген қызметі туралы бұқаралық ақпарат құралдарының материалдарын

талдау айғақтайды. Қазақстан Республикасы Бас прокуратурасының деректері бойынша, Қазақстан аумағында бала асырап алу жөніндегі шетелдік компаниялардың 28 өкілдігі жұмыс жасайды [6]. Алайда, Павлодар облысы прокуратурасының ақпараты бойынша, тек облыс аумағында 16 шетелдік агенттіктер және 12 бала асырап алушылардың делдалдары жұмыс істейді. Осылайша, Қазақстан аумағында жұмыс жасайтын бала асырап алу жөніндегі халықаралық агенттіктердің саны туралы деректер жүйеленбеген.

Америкада да бала асырап алу қызметін ұсынатын компаниялар жетерлік. Солардың бірі — «For This Child» («Осы бала үшін») деп аталады [2]. Аталған ұйымның ресми сайтында Қазақстаннан бала асырап алуға ұсынылатын бағалар белгіленген. Ұсынылған қызмет түріне баланың күллі құжаттарын реттестіру, кеңес беру, Қазақстандағы бала асырап алу ісін жәрдемдесетін арнайы ұжымның қызметі, үй жалдау, Білім және ғылым министрлігінің жұмысын түсіндіріп, министрлікпен және балалар үйінің өкілдерімен кездесу, Алматы мен аймақта бала асырап алудың барлық қадамын түсіндіру кіреді. Осы қызметтері үшін Америка компаниясы 21000 АҚШ долларын алмақ. Бұдан бөлек, есептелмеген тағы басқа да шығындар бар екен. Олардың ішіне балалар үйлеріне, ондағы тәрбиешілер мен тәрбиеленушілерге сыйлық беру. Ол шамамен 500 доллар маңайында. Сонда жалпы есепте шамамен 30000 АҚШ долларына Қазақстаннан бала асырап алуға болады [7].

«Қазақстан Республикасының азаматтығы туралы» Заңға сәйкес Қазақстан Республикасының азаматы болып табылатын шетелдіктер асырап алған бала кәмелеттік жасқа толғанға дейін Қазақстан Республикасының азаматтығын сақтайды. Яғни, оларға кәмелеттік жасқа толғанша дейін қос азаматтықты иелену құқығы берілген. Заңның осы нормасы көптеген жағдайларда шет мемлекеттердің заңнамалық практикасымен шиеленісіп жатады [8]. Осылайша, мысалы, АҚШ азаматы асырап алған бала жедел түрде осы елдің азаматтығын алуға міндетті. Сонымен қатар 1 жасқа жетер-жетпестен асырап алған баланың аты-жөні өзгертіледі. Сондықтан басқа мемлекеттің баласын бақылауға алу өте күрделі.

Жақында шекара асып кеткен ресейлік бала туған жеріне оралды. Америкалық жалғызбасты келіншектің асырауына берілген 7 жасар Артём Хансанның қолында «өгей анасы» американдық Тории Хансанның «баланы асырап алудан бас тартамын» деген бір парақ қағаздан басқа ештеңе болмаған. Осы оқиғадан кейін ресейліктер шетелдіктерге бала беру мәселесін мықтап қолға ала бастады. Тіпті, Ресей Үкіметі ендігі жерде шетелдіктердің бала алуына мораторий жарияламақшы ойда көрінеді. Ал, бізде қалай? Көршіміздің төбесіне төнген «қара бұлт» ертең жүйткі-жүйткі Қазақстанға жетпей ме? Оған қоса, Сыртқы істер мен Білім және ғылым министрліктерінің деректері бір-біріне сәйкес емес. Осылайша, Қазақстан Республикасы Сыртқы істер министрлігінің деректері бойынша, 2000–2004 жылдар аралығындағы кезеңде шетелдік азаматтар 4173 баланы асырап алса, Қазақстан Республикасы Білім және ғылым министрлігінің деректері бойынша, осы кезең ішінде 355 бала асырап алынған [8]. Шетелдік азаматтар асырап алған, Қазақстан азаматтары болып табылатын балалар мен консулдық есепте тұрған балалардың жалпы саны арасындағы алшақтық көптеген халықаралық бала асырап алу жөніндегі агенттіктер мен қорлардың бірқатар жағдайларда «Неке және отбасы туралы» Заңдарды бұза отырып, атқарған қызметінің салдарынан туындаған. Демек, қазақ балаларын шетелдіктердің асырап алуына Ресейдегідей мораторий жариялау керек пе? Шетелдіктердің елімізден бала асырап алуы қазақ қоғамында көптен бері талас-тартыс туғызып келе жатқан мәселе. Бірі «қазақ ежелден жетімін қаңғыртпаған, балаларымызды жатқа бермейік» десе, енді бірі «бала жат та болса, ата-ананың жылуын сезінгені дұрыс» дейді. Тіпті бір кездері «еліміздегі әрбір шенеунік бір-бір баладан асырып алсын» деген бастама да көтеріліп, аяқсыз қалды. Дәл қазір бір анығы — балаларымызды шетелдіктер үздіксіз асырап алуда және олардың кейбіреуінің «шетелдік» тағдырынан хабарсыз екеніміз де жасырын емес.

Тағы бір айта кетер жайт, өз еліміздің азаматтары жетім балалар үйінен бала асырап алу кезінде көптеген қиындықтарға тап болатынын жарыса айтады. Бұл мүлдем дұрыс емес. Біз, керісінше, жетім балалар үйінен бала асырап алғысы келетін азаматтарға көптеген жеңілдік қарастыруымыз қажет. Мысалы, Ресей Федерациясы қазір бала асырап алған әрбір ата-ананың қамқорлықтарына, балаға айына 4000 рубль жәрдемақы төлеп отыр. Бұдан бөлек, асыраушы ата-аналарға 2500 рубль көлемінде еңбекақы төлейді. Сөйтіп, ресейлік бала асыраушылар айына 6500 рубль мемлекеттен көмек алады. Осы 6500 рубльді біздің ақшаға шақсақ, 32200 теңге болады. 32200 теңге қазіргі дағдарыс жағдайында бір отбасының айлық тамағына жетіп артылмай ма? Бұл аз десеңіз, ресейліктерге бала асырап алғаны үшін бір реттік 11000 рубль (біздіңше 55000 теңге) жәрдемақы беріледі. Міне, мұның барлығы елдегі жетімдер үйі мен балаға зар болып жүрген ата-аналардың санын азайтары анық.

Оның үстіне халықаралық тәжірибеде бұл дәстүр материалдық әрі моральдық жағынан да өзін-өзі әлдеқашан ақтаған. Кейбіреулер мұны жоққа шығарып, «мемлекет бала асырап алғандарға материалдық көмек берсе, елдің бәрі ақша үшін бала алуға ынталы болады» дейді. Жоқ, бұл бала асырап алғысы келетін азаматтарды түрлі жолдармен ынталандырудың әдісі ғана. Сонымен қатар құжат мәселесін барынша оңайлатқан жөн. Осылайша өз балаларымыздың өзімізде қалуына мүмкіндік туғызсақ, жетім балалар үйінде шетел қызығатындай бала да қалмас еді!

2005 жылғы АҚШ-тың арнайы статистикасы бойынша, АҚШ-тағы балалар үйінде 45000 бала бар, сол статистика бойынша, АҚШ-та жылына 3000 бала асырап алынады және олардың орнына балалар үйіне 3000–4000 бала қайтадан түседі. Ендеше, 45000 баласы бар АҚШ неліктен Қазақстан Республикасынан бала асырап алады? Біріншіден, АҚШ-қа қарағанда өзге елдерде бала асырап алу процесінің жеңілдірек болуы, екіншіден, ондай адамдарға өз елдерінің заңдарымен жеңілдіктер беріледі. Мысалы, Солтүстік Ирландияда әр баланы бағып-қағу үшін аптасына 200 АҚШ доллар көлемінде жәрдемақы төленеді. Яғни, әр бала үшін айына 800 АҚШ доллар. Онымен қоса, кәсіпкерлікпен айналысса, белгілі бір деңгейде салықты аз төлейді. Ал баланы асырап алуға қатысты арнайы сараптама жұмыстарының қорытындысы бойынша, қазақстандық бала асырап алушылардың басым контингентінің 95 % орташа табысты азаматтар болса, қалған 5 % жоғары материалдық жағдайы бар азаматтар екен [2].

Израиль елінің заңында: «Еврей тек еврейдің баласын асырап ала алады», — деп жазылған. Израиль жеткен жетістікке қол созып, сондай қатаң талапты өзімізге қояр болсақ, бүгінде қаракөз домалақтарымыз мұхит аспаған болар еді.

Шетелдермен асырап алынуға жататын халықаралық баланың мүддесін және негізгі құқықтарын қамтамасыз етуді мақсат еткен «Балаларды қорғау және шетелдік бала асырап алу қатынасындағы ынталықастық туралы» Конвенция сырқат балаларды шетелге емдеуге, әрі қарай бақытты өмір сүруді қолдайтын болса, неліктен осы сырқат балаларды шет мемлекетке асырап алуға дейін емделуге жібермеске? Тек бала емделіп, сау болды деген медициналық қорытындыдан кейін баланы асырап алуды жүзеге асырмасқа? Сонда сырқат балалар да емделеді, «Қазақстан Республикасына өздері емдей алмайды, баланы да емдеуге жібермей отыр» деген сөз де тимейді, әрі Қырғызстандағы болған оқиғаның алдын аламыз. Сондықтан, баланы асырап алуға берсек — бала құқықтарын қорғауды жолға қояйық, асырап алуға бермесек — өз ішіміздегі тәрбиені жөнге келтірейік.

Біз мемлекеттің ең басты қазынасы — халық дейміз де, демографиялық қор болып табылатын жас сәбилерді шетелдіктерге оп-оңай таратып жатырмыз. Не бары 15 млн. халқы бар Қазақстан шетелдіктерге бала беруде 1,5 млрд. халқы бар Қытайдың алдына шығып отыр. Қазақстан шет елге бала беру жағынан әлемде III орын алады. Шет елге мұнай шығарудан IV орын аламыз да, бала беруде III орын аламыз. Қазақстандық қоғамның алдында тұрған бұл өткір, әрі өзекті мәселелер шұғыл шешімді қабылдауды талап етеді.

Ел өмірінің қай кезеңіне көз жіберсек те, балалар тағдыры кімді болса да бейтарап қалдырмай, олар жөніндегі ой қозғар мәселелерді аталы қауым еш уақытта да аттап өткен емес.

Сонымен, қоғамдағы әр түрлі тұлғалардың арасындағы ұзаққа созылған пікірталастардың болуына қарамастан, халықаралық бала асырап алу мәселесі бойынша қалыптасқан келеңсіз жағдай ашық түрде қалып отыр. Аталған мәселе бойынша заңдағы жіберілген қателіктер халықаралық бала асырап алу үрдісіне қатысушылардың әрқайсысына заңдағы ақаулықтар мен түсініксіз жайттарды өз мақсатына жету үшін пайдалану мүмкіндігін беріп, қазақстандық балаларды шетелге заңсыз жолмен алып кетуге жол ашып отыр. Заңнамада Қазақстан аумағындағы халықаралық агенттіктердің қызметіне қатысты тиісті нормалардың болмауы науқас балаларға көмек көрсетумен айналысатын агенттіктердің заңдастырылған қызметіне күмән келтіреді.

Әлем бізді құрметтесін десек, өз ұлтымызды, ұлттық бейнемізді, балаларымызды, алдымен, біздің өзіміз бар сезімімізбен, ақыл-ойымызбен, ісімізбен, бүкіл қимыл-әрекетімізбен құрметтеуіміз керек. Өзінің ұлттық бейнесін таба алмаған ұлттардың басқа ұлттарға жем болатынын, табан астында тапталатынын естен шығармайық. Тек өзінен кейінгілерді, ұрпағын ойлай білетіндер ғана ұлттарды өмір сүру және алға басу мүмкіндіктеріне жеткізе алады.

#### Әдебиеттер тізімі

1. Қазақстан Республикасының «Неке және отбасы туралы» 1998 жылғы 17 желтоқсандағы № 311-І Заңы // Қазақстан Республикасы Парламентінің жаршысы. — 1998. — № 23.

2. [www.aktobegazeyi.kz/ p=6355](http://www.aktobegazeyi.kz/p=6355)
3. Қазақстан Республикасының Азаматтық іс жүргізу кодексі. — 13 шілде 1999 жылғы № 411 Заңы // Қазақстан Республикасы Парламентінің жаршысы. — 1999. — № 18. — 644-қ.
4. Қазақстан Республикасының «Балаларды қорғау және баланы шетелдік асырап алуға қатысты ынтымақтастық туралы Конвенцияны ратификациялау туралы» 2010 жылғы 12 наурыздағы № 253-IV Заңы // Егемен Қазақстан. — 2010. — № 98,99 (25945). — 17 наур.
5. <http://thenews.kz./2010/01/28/234616.html>
6. Бала асырап алу, соның ішінде Шетел азаматтарының бала асырап алу туралы мәліметтер № 1-У нысанды статистикалық есепті және оны құру бойынша нұсқаулықты бекіту туралы Қазақстан Республикасы Бас прокуратурасының 2006 жылғы 28 желтоқсандағы № 79 Қаулысы.
7. [www.minber.kz/ p=1213](http://www.minber.kz/p=1213)
8. Қазақстан Республикасы Сыртқы істер министрінің «Қазақстан Республикасының азаматтары болып табылатын ұл (қыз) балаларды асырауға тілек білдірген шетелдік азаматтарды есепке алу жөніндегі есепті бекіту туралы» 1999 жылғы 17 маусымдағы № 655 және «Шетелдіктердің асырап алуына берген Қазақстан Республикасы азаматтары болып табылатын ұл (қыз) балаларды есепке алу туралы нұсқаулықты бекіту туралы» 2003 жылғы 11 сәуірдегі № 08–1/31 Бұйрығына өзгерістер мен толықтырулар енгізу туралы Қазақстан Республикасы Сыртқы істер министрлігінің 2005 жылғы 30 қарашадағы № 08–1/363 Бұйрығы // [www.zakon.kz](http://www.zakon.kz) / 2011.

УДК 342.5 (574)

## **Правовой статус членов Конституционного Совета Республики Казахстан**

**Абыласимов М.Н.**

*Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова*

Қазақстан Республикасындағы Конституциялық Кеңес Қазақстан территориясындағы қабылданатын заңдар мен актілердің ҚР Конституциясына сәйкес келуін қамтамасыз ететін бақылаушы орган болып табылады. Конституциялық Кеңес азаматтардың құқықтары мен бостандықтарын қорғауда маңызды рөлге ие. Мақалада Конституциялық Кеңестің төрағасы мен мүшелерінің құқықтық мәртебесі мен құзыреті осы айтылған мемлекеттік органның қаншалықты қажетті екендігін сипаттайды. Конституциялық Кеңестің төрағасы мен мүшелері тек қана Конституцияны бастамашылыққа алып және мемлекеттегі ситуативті саясатының ықпалына мойынсұнбауы тиіс.

The Constitutional Council in the Republic of Kazakhstan is the supervisory body in ensuring the conformity of laws and acts on the territory of Kazakhstan to the Constitution of RK. The Constitutional Council plays an important role in the protection of rights and freedoms of citizens. By examining and viewing legal status and competence of the chairman and the members of the Constitutional Council the article provides the importance of activity of such necessary public agency. The Chairman and the members of the Constitutional Council should be guided only by the Constitution and not be influenced by situational politics in state.

Конституционный контроль является важнейшим компонентом конституционного государства. Благодаря такому контролю обеспечивается охрана и реализация положений Конституции и законов, регулирующих основы конституционного строя. Отметим, что долгое время этот институт недооценивался в юридической, политической науке, и никакого подобного органа в советской конституционной системе не существовало. Нынешнее развитие Казахстана, связанное с формированием правового государства, характеризуется известной активизацией данного института.

Конституция как основной закон — главный источник национального права, ядро всей правовой системы, юридическая база текущего законодательства. Важнейшее юридическое свойство Конституции — ее верховенство, означающее приоритетное положение в системе источников права, которое обеспечивается особым порядком принятия и изменения конституции и придания ей высшей юридической силы.

Конституция Республики Казахстан решает главные вопросы, затрагивающие жизненные интересы людей, регулирует основные сферы жизни общества, государства, личности. В Конституции в концентрированном виде закрепляются принципы общественного строя, организации государства, правового положения человека и гражданина. В то же время Конституция не является только констатацией, это программный документ, который ставит стратегические задачи перед обществом и государством, задает направление дальнейшего развития во всех сферах жизнедеятельности общества и человека. Позитивную роль играет конституция, в которой с позиции общечеловеческих ценностей, а также социальной справедливости решаются основополагающие, сущностные вопросы.

Одним из важных механизмов обеспечения режима конституционной законности, точной интерпретации принципов и норм Конституции, формирования ориентиров развития национального права и правоприменительной практики являются повышение эффективности деятельности Конституционного Совета и исчерпывающая практическая реализация его нормативных постановлений в правовой политике государства.

В процессе совершенствования законодательства и в ходе правоприменительной деятельности необходимо неуклонно следовать принципам верховенства Конституции и соответствия норм актов нижестоящего уровня актам вышестоящего уровня.

Нужны системные меры, обеспечивающие как режим законности в стране и стабильность правовой системы, так и поступательное развитие национального права в рамках действующей Конституции. Комплексный подход к правовой политике позволит модернизировать всю нормативно-правовую базу в контексте общей стратегии развития государства, в том числе по выстраиванию качественно новой модели государственного управления на принципах результативности, прозрачности и подотчетности, обеспечивающих защиту прав и свобод граждан, интересов общества и государства [1]. При этом действия органов государства, должностных лиц, общественных организаций, граждан, а также принимаемые законы и другие акты должны соответствовать Конституции.

Это становится возможным благодаря конституционному контролю. Именно он является одним из основных, наиболее эффективных способов охраны Конституции. Потребность современного государства в институте конституционного контроля продиктована предыдущим опытом принятия законодательных актов и их применения. История преподнесла уроки того, что нередко принимались акты, не соответствующие Конституции, законам, а также возникали серьезные ошибки в сфере применения Конституции и текущего законодательства. Именно разрешение таких проблем находится в компетенции органов конституционного контроля, которые должны обеспечить правильную реализацию конституционных принципов и исключить любую подмену законности.

В юридической литературе дается понятие *конституционного контроля*. Почти все авторы едины во мнении, что конституционный контроль обеспечивает соответствие принимаемых законов и актов по их применению Конституции. На наш взгляд, наиболее удачным является определение конституционного контроля как проверки законов с точки зрения их соответствия конституции [2; 7].

Если говорить о субъектах конституционного контроля, то среди них можно назвать различные органы государственной власти, общественные организации. И все же речь будет идти о специальных органах. Это обусловлено важностью функционирования таких органов в условиях формирования правового государства, для чего они должны обладать определенным статусом.

Органами конституционного контроля могут быть:

- только государственные органы;
- органы, относящиеся только к системе высших органов государственной власти; они создаются и функционируют или как специализированные органы конституционного контроля, и эта функция служит главной, исключительной в их деятельности, или как органы, в которых эта функция является одной из основных в их деятельности;
- органы, осуществляющие деятельность по конституционному контролю, полномочия которых закреплены в Конституции.

Данные органы осуществляют контроль за соответствием конституции, законам актов высших органов власти. Вместе с тем органы конституционного контроля должны обладать и дополнительными признаками, влияющими на их статус. Среди них: подробное регулирование организации и деятельности таких органов специальным правовым актом, имеющим, как правило, ранг закона; право данных органов отменять не соответствующие конституции, законам акты органов, относящихся к иным ветвям власти; наделение этих органов правом толкования конституции, законов [3; 38].

В современном мире существует три варианта организации института конституционного контроля. В одних странах его осуществление возложено на суды общей юрисдикции (США, Япония и др.), в других — на специально созданные конституционные суды (Россия, Австрия, Италия, Венгрия, в Польше — конституционный трибунал), в-третьих — на органы несудебного характера (Франция). Если брать опыт становления этого института в Казахстане, то отметим, что он начал действовать с 1989 г. в форме Комитета конституционного надзора, с 1992 г. — Конституционного суда, а с принятием Конституции 1995 г. действует в форме Конституционного Совета. Организации и деятельности Конституционного Совета посвящены отдельный VI раздел Конституции, а также Конституционный закон Республики Казахстан от 29 декабря 1995 г. «О Конституционном Совете Республики Казахстан».

В соответствии с национальным законодательством Конституционный Совет является государственным органом, обеспечивающим верховенство Конституции на всей территории Республики Казахстан. По мнению известного казахстанского ученого Е.К.Кубеева, приверженность Конституции и независимость этого органа выражаются в том, что при осуществлении своих полномочий он самостоятелен и независим от государственных органов, организаций, должностных лиц и граждан, под-

чиняется только Конституции Республики и не может исходить из политических и иных мотивов. В своей деятельности Конституционный Совет обязан воздерживаться от установления и исследования иных вопросов во всех случаях, когда это входит в компетенцию судов или других конституционных органов [4; 271].

Анализируя раздел VI Конституции, который регламентирует деятельность Конституционного Совета, мы приходим к выводу, что в Конституции не указано, с какой целью создается этот государственный орган. Но из полномочий Конституционного Совета, определенных в Конституции, видно, что основным назначением Конституционного Совета является защита Конституции [5].

Конституционный закон «О Конституционном Совете Республики Казахстан» точно определяет назначение этого органа. В нем говорится, что Конституционный Совет как государственный орган обеспечивает верховенство Конституции Республики Казахстан на всей территории республики. Ни в одной Конституции Казахской ССР, а также в Конституциях Республики Казахстан 1993 и 1995 гг. не содержалось такого положения. Положение «О верховенстве Конституции Республики Казахстан» впервые закреплено в Конституционном законе «О Конституционном Совете Республики Казахстан». В этом положении прежде всего отражаются утверждение в Казахстане конституционного строя, желание построить правовое государство, идея подчинения государства Конституции. Исходя из этого Конституционный Совет должен обеспечивать верховенство Конституции. Это означает, что Конституционный Совет в своей деятельности должен руководствоваться:

- конституционными нормами, обеспечивая их незыблемость, т.е. беспрекословное соблюдение высшими государственными органами конституционных норм при принятии нормативных правовых актов, осуществлении организационных акций (выборы и т.д.);
- конституционными положениями, утверждающими определенное состояние государства: например, унитарную форму государства, политическую стабильность и т.д.;
- конституционными идеями, принципами: например, идеями социального государства, казахстанского патриотизма и т.д.

Нужно отметить, что компетенция, состав, порядок формирования, требования к кандидатам в члены Конституционного Совета, статус членов Конституционного Совета, а также конституционное производство определяются конституционным законодательством. По вопросам организации и порядка своей деятельности Конституционный Совет принимает Регламент [6].

Конституционный Совет состоит из семи членов, включая председателя. Кроме этого, пожизненными членами Конституционного Совета являются, по праву, экс-Президенты республики. Председатель Конституционного Совета назначается на должность и освобождается Президентом Республики. Два члена Конституционного Совета назначаются на должность и освобождаются Президентом, два — Сенатом, два — Мажилисом Парламента. Срок полномочий членов Конституционного Совета — шесть лет. Половина членов Конституционного Совета обновляется каждые три года. В состав Конституционного Совета может быть назначен гражданин республики не моложе тридцати лет, проживающий на территории республики, имеющий высшее юридическое образование, стаж работы по юридической специальности не менее пяти лет. Требования, установленные в п. 1, ст. 4 Конституционного закона о Конституционном Совете РК, предъявляемые к кандидатам в члены Конституционного Совета, не распространяются на экс-президентов республики.

Председатель и члены Конституционного Совета являются должностными лицами государства. Их статус определяется, кроме Конституции, Конституционным законом Республики Казахстан «О Конституционном Совете Республики Казахстан», нормативными правовыми актами о государственной службе в части, не урегулированной первыми двумя. Членство в Конституционном Совете связано с определенными ограничениями. Оно несовместимо с депутатским мандатом, занятием иных оплачиваемых должностей, кроме преподавательской, научной или иной творческой деятельности, осуществлением предпринимательской деятельности, вхождением в состав руководящего органа или наблюдательного совета коммерческой организации органов [7].

В Конституционном законе «О Конституционном Совете Республики Казахстан» определено, что нарушение отмеченных выше запретов ведет к прекращению членства. Особенности статуса членов Конституционного Совета состоят также в следующих моментах.

При выполнении своих обязанностей они независимы и подчиняются только Конституции и Конституционному закону Республики Казахстан «О Конституционном Совете Республики Казахстан». Никакие другие акты (нормативные и ненормативные) для них не имеют заведомо обязательной силы.

Какое-либо вмешательство в их деятельность, а также оказание давления или иное воздействие на них в какой бы то ни было форме не допускается и влечет ответственность по закону.

Конституция не предусматривает подотчетности Конституционного Совета или его членов какому-либо органу. Ежегодное послание Конституционного Совета в Парламент о состоянии конституционной законности в стране не является отчетом. Деятельность председателя и членов Конституционного Совета по вопросам конституционного производства не подотчетна никому. В Конституционном законе «О Конституционном Совете Республики Казахстан» прямо отмечено, что никто не вправе требовать от них отчета по вопросам осуществления ими своих полномочий.

В течение срока полномочий члены Конституционного Совета несменяемы. Их полномочия могут быть прекращены или приостановлены только в случаях, предусмотренных Конституционным законом «О Конституционном Совете Республики Казахстан».

Члены Конституционного Совета не вправе осуществлять защиту или представительство в суде или в иных правоприменительных органах, оказывать покровительство каким бы то ни было лицам в реализации прав и освобождения от обязанностей. Разумеется, они, как и все граждане, могут быть законными представителями, например, своих детей и т.д.

Председатель и члены Конституционного Совета пользуются иммунитетом. Они в течение срока своих полномочий не могут быть арестованы, подвергнуты приводу, мерам административного взыскания, налагаемым в судебном порядке, привлечены к уголовной ответственности без согласия Парламента, кроме случаев задержания на месте преступления или совершения тяжких преступлений. Уголовное дело в отношении председателя или члена Конституционного Совета может быть возбуждено только руководителем республиканского государственного органа, осуществляющего дознание и следствие. Поскольку речь идет о высоком должностном лице государственного органа, Генеральный прокурор осуществляет надзор за соблюдением законности в ходе расследования дела. В случае наличия доказательства о совершении преступления Генеральный прокурор вносит в Парламент представление о даче согласия на привлечение к уголовной ответственности председателя или члена Конституционного Совета. Уголовное дело в отношении председателя или члена Конституционного Совета подсудно только Верховному Суду.

Особенность статуса председателя и членов Конституционного Совета еще и в том, что они не подлежат дисциплинарной ответственности. К тому же никто не вправе отстранять члена Конституционного Совета от участия в заседании. Если полномочия члена Конституционного Совета приостановлены в соответствии с Конституционным законом о нем, тогда председатель вправе отстранить его от участия в заседании.

Председатель и члены Конституционного Совета обладают равными правами при рассмотрении Конституционным Советом вопросов и принятии по ним решений. Имеется одно исключение из этого общего правила, когда голос председателя является решающим (п. 2 ст. 71).

Закон различает случаи приостановления и случаи прекращения полномочий председателя и членов Конституционного Совета.

Одни авторы считают, что конституционное правосудие является частью судебной власти. По мнению других, конституционное правосудие находится вне трех ветвей власти, обеспечивая соблюдение ими своих полномочий. Третьи полагают, что конституционный контроль является особой контрольной властью. С точки зрения Ю.А.Юдина, природа органов конституционного контроля носит двойственный характер. С одной стороны, это юрисдикционные органы, принимающие правовые решения в соответствии с формализованной процедурой, имеющей много общего с обычным судопроизводством, с другой — это политические органы (по порядку своего образования, составу, характеру решаемых дел). По мнению ученых-юристов, любой конституционный вопрос имеет политический характер, ибо затрагивает проблему распределения и осуществления политической власти. С таким мнением следует согласиться. Вместе с тем Ю.А.Юдин прав и в том, что орган конституционного контроля не является таким политическим органом, каким являются другие конституционные органы: Парламент, Правительство. Конституционный Совет РК не участвует в политическом процессе, в политическом контроле, в принятии политических решений. Учитывая это, нужно законодательно закрепить норму о том, что Конституционный Совет не имеет права по рассматриваемому вопросу давать какую-либо оценку политического характера, а наделен полномочиями решать только вопросы права [8; 730]. Конституционный Совет не может давать оценку принимаемому законодателем решению о его целесообразности, политической эффективности, правильности и т.п.

Конституционный Совет Республики Казахстан обладает двумя формами конституционного контроля: 1) предварительным (превентивным); 2) последующим (репрессивным). Первая форма

означает проверку конституционности нормативного правового акта (закона) до его подписания Президентом. Вторая означает проверку конституционности уже действующего нормативного акта, а также конституционности выборов и референдума. Правильно отмечается, что предварительный контроль позволяет предотвратить принятие неконституционного закона, тем самым способствует стабильности законодательства. Недостатком этой формы конституционного контроля признается возможность вмешательства в законодательную работу Парламента. Достоинство последующего конституционного контроля выражается в том, что, не вмешиваясь в законодательную работу Парламента, Конституционный Совет имеет возможность проверять конституционность закона с учетом практики его применения судами и органами управления. А это имеет важное значение для защиты прав и свобод граждан.

Предварительный конституционный контроль является абстрактным, поскольку конституционность закона рассматривается безотносительно к какому-либо конкретному делу. Последующий конституционный контроль является конкретным. Субъектами права инициативы конституционного контроля являются в обоих случаях государственные органы, депутаты, государственные должностные лица.

Конституционный Совет играет важную роль в защите прав и свобод граждан. Полномочия Конституционного Совета по рассмотрению споров о правильности проведения выборов Президента Республики, депутатов Парламента и проведения республиканского референдума направлены на защиту политических прав граждан. В других полномочиях прямо или опосредованно содержатся идеи о защите Конституционным Советом прав и свобод граждан.

Для выполнения своих полномочий Конституционный Совет имеет право запрашивать и получать документы, материалы и иную информацию от всех государственных органов, организаций. Он может привлекать специалистов к экспертной и научно-консультационной работе. Эти полномочия не относятся к конституционным.

Рассматривая компетенцию Конституционного Совета, полномочия его председателя, следует обратить внимание на один весьма важный момент. Как мы уже отмечали, Конституционный Совет призван обеспечивать верховенство Конституции, правильное понимание и строгое соблюдение ее норм. Следовательно, Конституционный Совет имеет дело с юридическим материалом, который, будучи концентрированным выражением и законодательным закреплением политики государства, не меняется в зависимости от политической конъюнктуры. Конституционный Совет должен руководствоваться только Конституцией и соответствующими ей законодательными актами и не поддаваться влиянию ситуативной политики. В связи с этим в Конституционном законе Республики Казахстан «О Конституционном Совете» прямо записано, что он «подчиняется только Конституции Республики и не может исходить из политических и иных мотивов».

Конституционный Совет — высокий государственный орган. Но это не означает, что он может вмешиваться в сферу деятельности других органов. Закон указывает, что Конституционный Совет должен воздерживаться от установления и исследования вопросов, когда эти вопросы входят в компетенцию судов или других государственных органов. Под иными органами, в частности, имеется в виду Прокуратура. Руководствуясь Конституцией, Прокуратура опротестовывает законы и другие правовые акты, противоречащие Конституции (ст. 83). Здесь как бы скрещиваются полномочия Конституционного Совета и Прокуратуры. Но, думается, нет противоречий между ними. Конституционный Совет рассматривает конституционность закона по инициативе предусмотренных в Конституции субъектов, а также до подписания его Президентом. Прокуратура же сама рассматривает конституционность уже принятого (и действующего) закона. Поэтому Конституционный Совет не имеет основания для вхождения в полномочия Прокуратуры.

В соответствии с подпунктом 2 п. 4 ст. 17 Конституционного закона «О Конституционном Совете» Конституционный Совет ежегодно направляет Парламенту послание о состоянии конституционной законности в республике по результатам обобщения практики конституционного производства, т.е. по результатам своей деятельности.

Здесь следует обратить внимание на то, что в Конституции РК предусмотрено полномочие Парламента заслушивать «ежегодные послания Конституционного Совета Республики о состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» (подпункт 11 ст. 53). При этом в Конституции не оговорено, что послание Конституционного Совета ограничивается результатами обобщения практики конституционного производства. Конституционный Совет в своем послании Президенту тоже не ограничивается обобщением практики конституционного производства. Он использует и другие информационные материалы. Например, в послании указывается, сколько, какого характера заявлений

о нарушениях конституционных норм поступило от граждан, сколько нарушений норм Конституции и законов выявлено и устранено Генеральной прокуратурой, какие нарушения конституционных положений допускаются органами дознания и предварительного следствия. Дается также характеристика состояния преступности в стране, исходя из того, что правонарушения — один из главных показателей состояния конституционной законности.

Послание Конституционного Совета Парламенту его депутатами не обсуждается, а принимается к сведению. Данные, содержащиеся в послании, безусловно, могут быть использованы Парламентом в законотворческом процессе.

Таковы лишь некоторые полномочия, подчеркивающие значительную роль Конституционного Совета закрепленные в Конституции Республики Казахстан 1995 г.

#### Список литературы

1. Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г. № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года» // [www.zakon.kz](http://www.zakon.kz)
2. Нудель М.А. Конституционный контроль в капиталистических странах. — М.: Юрид. лит., 1968. — С. 223.
3. Шульженко Ю. Конституционный контроль в России. — М.: ИГПАН РАН, 1995. — С. 38.
4. Кубеев Е.К. Конституционный строй Республики Казахстан. — Караганда: Изд. Болашак-Баспа, 1998. — 271 с.
5. Конституция Республики Казахстан. — Алматы: ТОО «Издательство “Норма-К”», 2008. — 44 с.
6. Регламент Конституционного Совета Республики Казахстан, утвержденный постановлением Конституционного Совета Республики Казахстан от 19 апреля 2002 г. № 1 // [www.constcouncil.kz](http://www.constcouncil.kz)
7. Конституционный закон Республики Казахстан от 29 декабря 1995 г. «О Конституционном Совете Республики Казахстан» // [www.akorda.kz](http://www.akorda.kz)
8. Чиркин В.Е., Юдин Ю.А. и др. Сравнительное конституционное право. — М.: Манускрипт, 1996. — 730 с.

УДК 342:346:548

## Сравнительно-правовой анализ законодательства о конкуренции стран Северной Америки и Европейского Союза

Карибаева А.Е.

*Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова*

Мақала Солтүстік Америка және Еуропалық Одақ елдерінің бәсекелестік туралы заңнамасының салыстырмалы-құқықтық талдауына арналған. Еуропалық Одақ құрамына кіретін мемлекеттер, Америка Құрама Штаты, Канада антимонопольдік заңнамасына шолу жасалып, осы мемлекеттерде бәсекелестік туралы заңнаманың қалыптасу және даму мәселелері қарастырылған. Монополиялық қызметті шектеумен қоса бәсекелестікті құқықтық реттеу саласындағы негізгі ұжастықтары мен елеулі айырмашылықтары көрсетілген, нарықтық қатынастарды құқықтық реттеудің түрлері аталған, сондай-ақ басқа мемлекеттердің бәсекелестік жағдайына байланыстылығы айқындалған.

The article is devoted to comparative legal analysis of competition legislation in North America countries and the European Union states. There is also provided the analysis of antimonopoly legislation of the United States of America, Canada and countries of the European Union, questions of origin and development of competition law, and key similarities and fundamental differences in the sphere of legal regulation of competition. The article also provides types of legal regulation of market relationships of each country.

Основным элементом экономической системы государства с рыночной формой хозяйствования является свободная конкуренция. Государственная поддержка конкуренции, ограничение монополистических тенденций и воспрепятствование монополистическим правонарушениям возведены в ранг наиболее приоритетных направлений деятельности государства по построению и поддержанию эффективной рыночной экономики.

Несмотря на то, что рыночная экономика базируется на принципе саморегуляции рынка, государственное воздействие на процессы конкуренции, а также антимонопольное регулирование при-

знаны сегодня объективной необходимостью как в странах, только вставших на путь построения рыночной экономики, так и в тех, где уже в течение десятилетий накоплен опыт жизни в «рыночной среде».

В связи с этим в правовой науке существует активный интерес к вопросам государственно-правового регулирования конкуренции и ограничения монополистической деятельности.

Как и при проведении любого научно-правового исследования, в исследовании законодательства о конкуренции и вопросов государственного антимонопольного регулирования необходим сравнительно-правовой метод, который позволит выявить общие закономерности развития законодательства о конкуренции и способов правового регулирования рыночных отношений, поскольку только такое сравнение позволяет разграничить общее и особенное, случайное и закономерное.

Помимо чисто познавательных, сравнительно-правовой анализ законодательства о конкуренции преследует и практические цели: способствовать сближению и унификации законодательства различных государств в области регулирования конкуренции и разработать предложения по совершенствованию собственной, национальной системы права на основе изучения правового опыта зарубежных государств.

Очевидно, что опыт государств с развитой рыночной экономикой в области законодательного регулирования конкуренции является чрезвычайно познавательным, однако не всегда применимым на практике, поскольку зачастую не носил позитивный характер. В истории становления законодательства о конкуренции различных государств присутствовали и неоднозначные, спорные моменты.

Появление понятия «законодательство о конкуренции» связано с развитием отношений рыночного типа в отдельных государствах и с новыми явлениями в международном рыночном сотрудничестве. В основе понятия «законодательство о конкуренции» лежит антимонопольное законодательство различных государств. Анализ такого законодательства позволяет выделить типы правового регулирования рыночных отношений в различных странах. Первый тип регулирования основан на подчинении антимонопольному регулированию всех правоотношений, возникающих на рынке, второй — построен на принятии отдельных законов для регулирования конкретного вида правоотношений.

Развитие законодательства о конкуренции отдельных государств нельзя рассматривать в современных условиях без учета норм, регулирующих международное экономическое сотрудничество. Ярким примером таких норм является законодательство о конкуренции Европейского Союза (далее — ЕС), которое, помимо того, что имеет прямое действие, также направлено на унификацию национального законодательства стран, участвующих в ЕС. Какими бы различными ни были антимонопольные законы отдельных государств, в каждом из них предметом регулирования являются отношения, связанные с определением условий конкуренции на рынке и осуществлением контроля за соблюдением этих условий участниками рыночных отношений. В антимонопольном законодательстве любого государства предусматриваются нормы, определяющие порядок вмешательства государства в гражданско-правовые или экономические отношения. По степени развития и активности применения законодательства о конкуренции к отношениям различного рода, по степени активности антимонопольных органов в регулировании конкретных ситуаций, складывающихся на рынке, можно судить о степени развитости рыночных отношений в том или ином государстве.

К примеру, рассмотрим законодательство Соединенных Штатов Америки, опыт которых в области антимонопольной борьбы составляет более ста лет. Именно антитрестовское законодательство США признано отправной точкой в мировом развитии антимонопольного регулирования.

Как уже было сказано, правовое регулирование конкуренции в США осуществляется путем законодательного запрета монополий, признания их изначально незаконными. Основу антимонопольного законодательства США составляют Закон Шермана 1890 г., Закон Клейтона 1914 г. и Закон о Федеральной комиссии по торговле 1914 г.

В конце XIX в. США пребывали на пике наивысшего развития политики государственного невмешательства в хозяйственную деятельность. Эта доктрина, провозглашенная еще классиками политической экономики А.Смитом, Д.Рикардо и другими идеологами свободного рынка, была законодательно закреплена принятой в 1791 г. пятой поправкой к Конституции США, которая гласила, что никто не может быть лишен имущества «без законного судебного разбирательства». Эта поправка на момент принятия носила чисто процессуальный смысл, а впоследствии, в результате распространительного толкования федеральных судов, приобрела материально-правовой смысл [1]. Принятие в 1868 г. 14-й поправки к Конституции [1] еще сильнее укрепило теорию невмешательства. Данная поправка, аналогично пятой, была истолкована в судебной практике как запрет для властей Штатов из-

давать законы, регулирующие предпринимательскую деятельность, хотя изначально предназначалась для обеспечения защиты прав чернокожего населения.

Такая ситуация неизбежно создала благоприятную почву для появления самых различных видов монополистической практики. На рынке повсеместно стали происходить слияния компаний в различных формах, которые со временем, эволюционируя, преобразовались в так называемые тресты. Тресты представляли собой соглашения, через которые собственники акций нескольких компаний передавали их (акции) группе управленцев, а взамен получали сертификаты, удостоверяющие их право на долю в общей прибыли совместно управляемых компаний. Со временем тресты получили широкое распространение и огромную монопольную власть. Недовольство в отношении трестов росло и вскоре трестом стали называть все формы подозрительных соглашений. Слово «трест» фактически стало употребляться в качестве синонима слова «монополия», хотя на самом деле оно характеризовало лишь одну из форм господства монополистов.

Отсутствие у государства правовой возможности остановить распространение монополий и властно урегулировать деятельность уже существующих привело к росту числа вопиющих злоупотреблений. К концу 1880-х гг. в США были монополизированы все основные отрасли промышленности: нефтяная, сахарная, производства виски, производства свинца, хлопкового и льняного масла и т.д. В результате в обществе была разрушена вера в нерегулируемые рынки, появилось большое количество противников трестов, атаковавших их в судебных процессах с различных позиций. Защитников тресты имели мало, общество требовало от властей уничтожения их власти.

Начиная с 1888 г. и власти, и ученые сосредоточились на том, как ограничить беспредельную власть трестов, не разрушив при этом бизнес и не сокращая рабочие места. Ученые-экономисты выступали против запретов, поскольку считали появление трестов естественным результатом конкуренции. Юристы же рекомендовали законодательное запрещение трестов и других монополий и объединений, по которым общее право отрицало принуждение. Таким образом, перед Конгрессом США стояла сложная задача — найти точки соприкосновения у этих двух противоположных позиций.

Основным историческим событием в урегулировании вопросов трестов стал знаменитый антимонопольный Закон Шермана, названный по имени автора законопроекта. Этот акт был принят первым из основных антитрестовских актов США.

Согласно положениям Закона Шермана «любой контракт, объединение в форме треста или в другом виде, — сговор, направленный на ограничение торговли или коммерции между несколькими штатами или с иностранными государствами» (ст.1) [2; 122], а «каждое лицо, монополизирующее или пытающееся монополизовать любую отрасль торговли или коммерции между штатами или иностранными государствами, или вступающее с этой целью в союз или сговор с любым другим лицом или лицами, будет считаться виновным в нарушении закона... совершении уголовного преступления» [2; 123].

Особенностью Закона Шермана является, скорее, запретительный, чем предписывающий подход. В нем отсутствовали нормы, регламентирующие положительное административное регулирование отношений на рынке. Торговые ограничения, согласно Закону Шермана, были наказуемы как уголовно-правовые деяния. В целом Закон Шермана был достаточно жестким, часто его чрезмерной жесткостью достигался противоположный эффект.

Другой проблемой исследуемого акта было то, что он не предотвращал монополизацию на основе системы участия. Это упущение породило распространение холдингов: создавалась материнская компания, участвовала в дочерних, а дочерние, в свою очередь, участвовали в капиталах внучатых и т.д. Кроме этого, Закон Шермана запрещал только письменные (но не устные) соглашения, что обусловило распространение практики «джентльменских соглашений». Однако ценность введения в действие Акта Шермана не может быть умалена указанными недоработками законодателя, поскольку этим законом были внедрены администрирование и принуждение в область рыночных отношений, ранее не подвергавшихся никакому регулированию [3; 116].

Следующим этапом развития антитрестовского законодательства США стало принятие в 1914 г. Закона Клейтона. По сравнению с Законом Шермана, объявлявшим незаконными монополистические действия по факту их совершения, Закон Клейтона базировался на необходимости предотвращения монополизации. Закон Клейтона был направлен против определенных видов поведения, влекущих нарушения системы и позволяющих получить монополистическую прибыль. В нем также содержался запрет на слияние компаний, если такое слияние могло снизить уровень конкуренции и создать реальную или потенциальную угрозу появления монополии. То, что ранее действовавшее законода-

тельство не позволяло четко классифицировать незаконные предпринимательские действия, а суды в силу его действия имели полную свободу трактовки по-своему, породило потребность в разработке точного перечня незаконных действий. Данная потребность была удовлетворена путем включения такого перечня в Закон Клейтона [2; 47]. В него были включены следующие деяния:

- 1) ценовая дискриминация — продажа одного и того же товара по различным ценам покупателям в одинаковой ситуации (ст. 2);
- 2) связывающие и исключительные условия при заключении контракта (ст. 3);
- 3) приобретение конкурирующих компаний через корпоративные слияния (ст. 7);
- 4) перекрестное управление — одни и те же члены в директоратах конкурирующих компаний [2; 55].

Особо следует указать на то, что Законом Клейтона перечисленные выше действия хоть и запрещались, но были выведены из круга уголовно наказуемых деяний. Каждое из этих правонарушений запрещалось только тогда, когда в результате их осуществления могла быть значительно ослаблена конкуренция или возникнуть угроза появления монополии в каком-либо секторе рынка.

Сравнительный анализ положений Законов Шермана и Клейтона позволяет сделать вывод о том, что нормы второго во многом были призваны смягчить положения Акта Шермана. В частности, Закон Клейтона был направлен только против объединений, неразумных с экономической точки зрения.

«Разумная гибкость» и «мудрость» положений Закона Шермана до сих пор рассматриваются в качестве особенно высоких достоинств этого акта, в качестве того свойства, которое делает его основой «антиitrustовской политики» США.

Однако ограниченность Закона Шермана в первые два десятилетия его воздействия была настолько очевидна, что конгресс и правительство США время от времени вновь стали прибегать к антиitrustовским маневрам, внося некоторые незначительные второстепенные изменения и дополнения к этому закону. После президентских выборов 1912 г. президент Вудро Вильсон в своем послании к конгрессу в январе 1914 г. предложил реформу антиitrustовского законодательства. Вильсон говорил о преодолении неопределенности Закона Шермана путем запрещения некоторых форм предпринимательских действий, ведущих к уничтожению конкуренции и установлению монополий, но вместе с тем подчеркивал необходимость охраны интересов «здоровых объединений». На базе этих предложений конгресс в 1914 г. принял два новых антиitrustовских закона — «Акт о федеральной торговой комиссии» и «Акт, дополняющий существующие законы против незаконных ограничений и монополий и других целей» [6].

В США имеется наличие двух основных органов, осуществляющих контроль за соблюдением антиitrustовского законодательства — Федеральная торговая комиссия (далее — ФТК) и Министерство юстиции США. Основная идея «Акта о федеральной торговой комиссии», как это было провозглашено законодателем и признается до настоящего времени американскими юристами, — защита конкуренции. Федеральная торговая комиссия, образованная в 1914 г. соответствующим законом, и представляет собой независимый административный орган, обладающий специальными полномочиями в области применения антиitrustовского законодательства, недопущения монополизации, пресечения недобросовестной конкуренции и нарушений прав потребителей. ФТК проводит расследование нарушений законодательства по собственной инициативе, по заявлению Генерального прокурора, указаниям президента или Конгресса, жалобам частных лиц. ФТК имеет право возбуждать иски и выдавать предписания о прекращении нарушений законодательства, требовать представление всей необходимой информации, обращаться в окружные суды и к административным судьям с целью принуждения к исполнению предписаний и наложения гражданско-правовых взысканий.

Три исследованных акта США составляют круг базисных антимонопольных концепций. Остальная же часть антимонопольного законодательства Соединенных Штатов Америки заключалась и заключается в их детальной разработке.

Кроме федерального антимонопольного законодательства, многие штаты приняли свои антимонопольные законы, которые зачастую значительно различаются как с федеральным законодательством, так и с законодательством других штатов. Такая ситуация является крайне неудобной для предпринимателей, осуществляющих свою деятельность в нескольких штатах, так как велика вероятность того, что товары и услуги, пересекая границу, не попали бы в иной правовой режим, где сделка регулировалась бы иначе.

Важную роль в системе антиitrustовского законодательства США играют ведомственные акты органов исполнительной власти, издаваемые в форме инструкций. Данные инструкции одновременно

обобщают опыт применения антитрестовского законодательства и информируют предпринимателей о возможной линии повеления на рынке. Инструкции периодически изменяются, отражая достигнутый опыт применения антитрестовского законодательства. В США, к примеру, действует инструкция «О слияниях» (последняя редакция — 1997 г.), инструкция по применению антитрестовского законодательства к случаям совместного предпринимательства (была принята в 1977 г., на сегодняшний день действует в редакции 1995 г.).

В основе законодательства о конкуренции Канады лежит Закон о проведении расследования случаев объединений, монополий, трестов и слияний 1986 г. [4]. Принятие этого закона, именуемого как Закон о конкуренции, было завершением реформы антимонопольного законодательства. До реформы законодательства о конкуренции монополистическая деятельность рассматривалась как уголовное преступление и насчитывалось всего 15 случаев расследований монополистической деятельности, из которых лишь в одном случае были приняты меры воздействия.

Принятый 19 июня 1986 г. Закон о конкуренции завершил второй этап реформы законодательства о конкуренции Канады [4]. Завершением первого этапа было принятие Закона о проведении расследований случаев объединений, монополий трестов и слияний 1976 г. Помимо того, что было изменено название антимонопольного закона, в новом законодательстве была введена процедура расследования случаев злоупотребления доминирующим положением на рынке и существовавший на первом этапе антимонопольный орган (Restrictive Trade Practice Commission) был заменен Административным судом (Tribunal).

Закон о конкуренции состоит из следующих разделов: толкование основных понятий и определение сферы применения закона (ст.1–5); процедура расследования (ст.6–17); процедура принятия решения (ст.18–24); общие положения (антимонопольного регулирования) (ст.25–30); специальные санкции (ст.31–36); компетенция Комиссии (ст.37–44); нарушения конкуренции (ст.45–62); другие нарушения (ст.63–74); общие положения о монопольных ситуациях (ст.75–79) [4].

Закон о конкуренции запрещает злоупотребление доминирующим положением и дает определение этому правонарушению путем перечисления конкретных антиконкурентных действий, относимых к категории злоупотребления доминирующим положением. К таким действиям, в частности, относятся: 1) захват части рынка вертикально интегрированным поставщиком в целях вытеснения неинтегрированного покупателя, конкурирующего с поставщиком; 2) приобретение поставщиком покупателя, способного конкурировать с поставщиком с целью ограничить доступ на рынок путем устранения конкурента; 3) использование преимущественного права на покупку с целью изымания с рынка ограниченной части ресурсов, необходимых для осуществления производства; 4) скупка товаров с целью предотвратить снижение цен; 5) установление требования к качеству товаров, не совместимых с качеством товаров, выпускаемых конкурентом, с целью ограничить доступ на рынок или устранить конкурента с рынка; 6) продажа товаров по цене ниже продажной стоимости, чтобы дисциплинировать или устранить конкурента; 7) предъявление требования к поставщику первоочередной продажи конкретным покупателям с целью ограничить доступ на рынок конкурентам и увеличить свою долю на рынке.

Проведение политики конкуренции во внешнеэкономической деятельности выразилось в принятии своего рода антимонопольного закона для рынка капиталов — закона об инвестициях в Канаде 1985 г. [4]. История принятия этого закона связана с поиском решения проблемы правового регулирования иностранных инвестиций в стране. Для того чтобы защитить национальный рынок от экономически более сильных и более конкурентоспособных американских компаний, Канада в 1973 г. приняла закон об иностранных инвестициях [4]. Принятие этого закона послужило поводом для обвинения канадского правительства в проведении политики протекционизма, противоречащей условиям соглашений, подписанных в рамках действия Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) (прообраз Всемирной торговой организации (ВТО), участником которых была Канада. Действительно, в редакции закона об иностранных инвестициях 1973 г. угадывалась модель правового регулирования иностранных инвестиций, характерная для стран Латинской Америки в 1970-е гг. В редакции 1985 г. закон об инвестициях в Канаде соответствует модели закона о конкуренции.

Закон об инвестициях в Канаде [4] свидетельствует о новом направлении в развитии законодательства об иностранных инвестициях. Он является частью системы законодательных актов, объединенных по одному принципу — защита условий конкуренции на национальном рынке. В основе указанных законов лежит закон о конкуренции 1986 г. (Competition Act, 1986) [4]. Действия

государства, осуществляемые в рамках закона и направленные на сохранение условий конкуренций, не могут носить дискриминационного характера, т.е. быть направлены против определенной категории участников рынка, в данном случае против иностранных инвесторов.

Основным содержанием закона об инвестициях в Канаде является процедура принятия решения (review) уполномоченным органом государства относительно влияния инвестиций на состояние национального рынка. Вопросы деятельности уполномоченного государственного органа и нормы, регулирующие процедуру регистрации инвестиций, составляют содержание шести из перечисленных девяти разделов закона. Закон Канады предусматривает ответственность за нарушение правил конкуренции на канадском рынке инвестиций частными инвесторами.

К законодательству о конкуренции Европейского Союза относятся Римский договор об учреждении Европейского экономического сообщества 1957 г. (далее — Римский договор) [5; 320], а также нормативные акты органов Европейского Союза, директивы и регламенты Совета ЕЭС и комиссии Европейского Союза.

Статьи 85–94 Римского договора включают основные принципы регулирования (substantive principles of law), или законодательство ЕС. В статье 87 определен порядок реализации этих принципов путем принятия регламентов или директив по решению Совета ЕС на основании предложений Комиссии. Статьи 88 и 89 предусматривают ответственность государств — членов УС и Комиссии за соблюдение принципов регулирования конкуренции, содержащихся в ст.ст. 85 и 86 Римского договора. Статьи 90–94 содержат нормы, определяющие порядок регулирования государственных предприятий (ст. 90), оказания предприятиям государственной помощи (субсидий) в той или иной форме (ст.ст. 92–94). Статья 91 регулирует отношения, связанные с демпингом [5; 318].

Основа законодательства ЕС в форме регламентов и директив, предусматривающих механизм реализации принципов регулирования, содержится в ст.ст. 85 и 86 Римского договора [5; 318].

Первый Регламент, принятый в целях реализации принципов законодательства ЕС о конкуренции, касался процедуры расследования. Это был Регламент 17 1962 г. [5; 321]. Комиссия ЕС является органом ЕС, частью институционального механизма европейского общего рынка. Ее функции как главного исполнительного органа ЕС определены ст.155 Римского договора [5; 331]. Две из четырех перечисленных в данной статье функции (гарантия применения положений Римского договора и обладание собственными полномочиями принимать решения) непосредственно относились к тому подразделению Комиссии, на которое возлагалась ответственность за реализацию ст.ст.85–94 Римского договора, т.е. законодательству о конкуренции. Генеральная дирекция — IV с самого начала приняла на себя ответственность за исполнение законодательства о конкуренции ЕС. Регламент 17 1962 г. [5; 331], дополненный Регламентом 2281/71 в 1971 г. [5; 322], предоставил комиссии необходимые полномочия проводить расследования для установления фактов доминирования на рынке и злоупотреблений доминирующим положением.

Большую группу нормативных актов, относящихся к законодательству о конкуренции, составляют регламенты, устанавливающие исключения из общего правила о запрещении, предусмотренном в ст. 85 п. 1 Римского договора, — «блок исключений». В первом из этой группы регламентов в Регламенте Совета 19/65 [5; 322] были сформулированы нормы, касающиеся двух типов соглашений, в отношении которых не должно применяться положение п.1 ст.85 Римского договора. Это соглашения в области распределения и сбыта товаров и соглашения, касающиеся приобретения и пользования исключительными правами на промышленную собственность (патенты, полезные модели, чертеж, товарные знаки). Регламенты Совета 2821/71 и 2822/71 касаются соглашений о специализации [5; 322]. Регламент Комиссии 4087/88 регулирует соглашения франчайзинга, Регламент Комиссии 556/89 — лицензионные соглашения, касающиеся передачи ноу-хау, Регламент 240/96 — соглашения о передаче технологии, Регламенты Совета 4064/89 и 1310/97 — соглашения о концентрациях.

В ЕС органом, ответственным за исполнение законодательства о конкуренции, является Комиссия Европейских Сообществ (Commission of European Communities), которая состоит из 20 человек, стоящих во главе 24 Генеральных директоратов (Directorates General). Члены Комиссии Европейских Сообществ назначаются государствами-членами ЕС, однако исполнение членом Комиссии своих обязанностей не означает представление интересов государства, назначившего члена Комиссии. Главным действующим лицом в Комиссии Европейских Сообществ в части исполнения законодательства и политики конкуренции в Европейском Союзе является Генеральная дирекция — IV (Directorates General IV). Комиссия реализует политику конкуренции в рамках, определяемых

законодательным органом ЕС — Советом министров, объединяющим представителей государств-членов.

Решения, принимаемые Комиссией, подлежат обсуждению в Консультативном комитете по ограничительной практике и монополиям (Advisory Committee on Restrictive Practices and Monopolies), состоящем из официальных представителей государств-членов. Консультативный комитет комментирует принимаемые Комиссией решения, однако не может изменять принимаемое Комиссией решение или повлиять на его характер. Решения Комиссии могут быть обжалованы в Европейском Суде первой инстанции.

Как видно из приведенного обзора зарубежного опыта в области антимонопольного регулирования, процесс становления и развития системы антимонопольного регулирования в государствах Северной Америки и Европейского Союза различен. Их несхожесть прослеживается и по сегодняшний день. Национальная специфика, традиции и особенности правовой культуры обуславливают различные подходы к регулированию конкурентных отношений.

Проведенный анализ зарубежного опыта в области антимонопольного регулирования показывает, что противоречия между тенденцией к монополизации и необходимостью обеспечения конкуренции преодолеваются правовыми методами и, в первую очередь, государственным регулированием.

Предоставляя свободу действий для рыночных сил, государство должно сдерживать лишь крайние проявления рыночной стихии, а именно: ограничивать чрезмерную монополизацию и, вместе с тем, предпринимать меры, направленные на поддержку и поощрение конкуренции в сфере предпринимательства. При такой структуре, с одной стороны, рынок в значительной степени оказывается прогнозируемым и управляемым, с другой — сохраняет конкурентные отношения, что открывает простор для предпринимательской деятельности и принятия эффективных решений.

Несмотря на то, что антимонопольное регулирование различных стран мира обладает существенными отличиями, они имеют и общие цели, такие как:

- защита и поощрение конкуренции;
- контроль за хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение;
- контроль над процессами концентрации (слияниями, поглощениями) производства;
- контроль над ценообразованием;
- защита интересов и содействие малому и среднему предпринимательству;
- защита прав и интересов потребителей.

Необходимо отметить, что достижение этих целей ведет к стабилизации экономической ситуации в стране, т.е. к более рациональному использованию производственных ресурсов, снятию преград для течения финансовых средств, пресечению злоупотреблений на рынке.

Кроме того, сравнительно-правовой анализ показывает не только сходство целей антимонопольного регулирования, но и сходство в определении монополистической деятельности. Так, незаконными признаются действия на рынке, направленные на:

- территориальный раздел рынков;
- отказ от осуществления сделок с конкурентами;
- привязку потребителей или продавцов к определенным источникам снабжения;
- поглощение и слияние, если это ведет к созданию или усилению монопольного положения;
- установление согласованных цен и скидок с них.

Однако методы борьбы с монополизмом, используемые в различных странах, весьма дифференцированы и применяются, как правило, с учетом национальных особенностей государства.

#### Список литературы

1. Constitution of the United States of America. Analyses and interpretation. — Washington, 1953.
2. Flynn John J., *First Harry*. Antitrust Statutes, treaties, regulations, guidelines, policies. — Washington, 1995. — 389 p.
3. Мозолин В.П. Корпорации, монополии и право США. — М.: Изд-во МГУ, 1966. — 328 с.
4. Revised Statute of Canada. 1985 Vol. II. // <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/R-7.7/page>.
5. Хартли Т.К. Основы права Европейского сообщества. — М., 1998. — 485 с.
6. Department of Justice and Federal Trade Commission. 1992 // *International Business Law Materials*. — 1992. — № 1.

---

## АВТОРЛАР ТУРАЛЫ МӘЛІМЕТТЕР СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

- Абдакимова Д.А.** — доцент кафедры конституционного и международного права к.ю.н., Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова.
- Абдрашева Т.М.** — 4-курс студенті, М.Өтемісов атындағы Батыс Қазақстан мемлекеттік университеті, Орал.
- Абикенова Г.Б.** — ст. преподаватель кафедры конституционного и международного права, Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова.
- Абыласимов М.Н.** — докторант PhD, Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова.
- Адышев Б.Т.** — ст. преподаватель кафедры гражданского и трудового права, Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова.
- Акимжанова М.Т.** — азаматтық және еңбек құқығы кафедрасының магистранты, Е.А.Бөкетов атындағы Қарағанды мемлекеттік университеті.
- Амандыкова С.К.** — зав. кафедрой конституционного и международного права д.ю.н., профессор, Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова.
- Асылбекова Г.А.** — құқықтық пәндер кафедрасының оқытушысы, құқық магистрі, М.Өтемісов атындағы Батыс Қазақстан мемлекеттік университеті, Орал.
- Балгимбекова Г.У.** — ст. преподаватель кафедры конституционного и международного права, Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова.
- Ильясова Г.А.** — азаматтық және еңбек құқығы кафедрасының доценті з.ғ.к., Е.А.Бөкетов атындағы Қарағанды мемлекеттік университеті.
- Исабекова В.Н.** — преподаватель кафедры конституционного и международного права, Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова.
- Карибаева А.Е.** — магистр права, Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова.
- Кристиан Компак** — профессор конституционного права, Университет Вроцлава, Польша.
- Мусилимова К.С.** — профессор кафедры конституционного и международного права к.ю.н., Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова.