



KM

E PLURIBUS UNUM

ҚҰҚЫҚ және МЕМЛЕКЕТ ПРАВО и ГОСУДАРСТВО LAW and STATE № 3 (72), 2016

ТЕМА НОМЕРА:

АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО

- ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, НЕЗАВИСИМОЕ ПРАВОСУДИЕ
- НАДЕЖНАЯ ЗАЩИТА ПРАВ ИНВЕТОРОВ
- ПРАВО, СУД И АРБИТРАЖ МЕЖДУНАРОДНОГО ФИНАНСОВОГО ЦЕНТРА «АСТАНА»
- ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ НЕКОТОРЫХ ИНСТИТУТОВ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РК
- ПАРЛАМЕНТ ВЕЛИКОБРИТАНИИ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

«Глава государства отметил, что тема сегодняшнего пленарного заседания «Международный финансовый центр «Астана» выбрана не случайно.

– Как отметили докладчики, проект очень сложный и в то же время весьма важный. Смотря в будущее, мы хотим видеть МФЦА центром притяжения инвесторского капитала и инноваций в области финансовых инструментов. Он призван стать «финансовыми воротами» Евразии. Наша столица Астана будет развиваться как деловой, культурный и научный центр, располагать современной международной транспортно-логистической системой, включая новый терминал аэропорта. Для начала МФЦА необходимо завоевать наш регион, в котором нет подобных центров, и постепенно демонстрировать наши возможности остальным регионам, – сказал Нурсултан Назарбаев.

Президент Казахстана подчеркнул, что для привлечения международных участников в МФЦА создаются беспрецедентные условия, не имеющие аналогов на постсоветском пространстве.

– Участники Центра и их работники будут освобождены от уплаты налогов. Для них же будет работать упрощенный визовый и трудовой режим. Наряду с прямыми авиасообщениями с ведущими финансовыми столицами, мы надеемся, что Астана по праву станет авиационным хабом в цепочке мировых финансовых центров, – сказал Глава государства.

Нурсултан Назарбаев обратил внимание на создание в МФЦА особого правового режима, основанного на принципах английского права.

– Независимый суд Центра будет гарантировать прозрачность, справедливость и защиту прав инвесторов и бизнеса. Здесь будут работать международные судьи, заслужившие авторитет и доверие. Для улучшения бизнес-климата создается независимый финансовый регулятор – Комитет МФЦА, – сказал Президент Казахстана.

Глава государства отметил, что к работе в Центре будут привлечены высококвалифицированные профессионалы.

– Наряду с опытными иностранными работниками, которые обеспечат трансферт знаний и технологий, мы будем активно привле-



чать высокообразованных казахстанских специалистов, получивших знания в ведущих университетах мира, в том числе по программе «Болашак». Мы обучили за рубежом по этой программе молодых людей, которые вернулись и работают в Казахстане. И сейчас около 40 тыс наших студентов проходят подготовку в иностранных вузах. Также новый международный университет в Астане выпускает ежегодно достойных специалистов в количестве 500 человек, – сказал Нурсултан Назарбаев».

ственных услуг и разрешений. Бизнес-омбудсмену присвоен более высокий правовой статус, посредством подотчетности напрямую Президенту. Для защиты прав иностранных инвесторов действует институт инвестиционного омбудсмена. В прошлом году внедрен безвизовый режим для граждан 19 государств. Для Международного финансового центра «Астана» создана правовая основа, предусмотрены налоговые льготы для его участников. Внедрено электронное таможенное декларирование и начат процесс интеграции налоговых и таможенных систем»...

Участие в 29-м пленарном заседании Совета иностранных инвесторов при Президенте Республики Казахстан // Официальный сайт Президента Республики Казахстан. Выступления. – http://www.akorda.kz/ru/events/astana_kazakhstan/uchastie-v-29-m-plenarnom-zasedanii-soveta-inostrannyh-investorov-pri-prezidente-respubliki-kazahstan (26.09.2016 г.).

«Мы должны ставить перед собой абсолютную цель – достичь международного странового рейтинга Казахстана – «ААА». Это высший уровень, который на языке мирового бизнеса означает, что любые финансовые обязательства Казахстана будут выполнены в любых финансовых и экономических обстоятельствах. Что уже сделано по данному направлению? Во всех регионах открыты сектора обслуживания инвесторов в ЦОНах, где государственные услуги оказываются по принципу «одного окна». С 1 января 2016 года всем инвесторам из одного источника предоставляются свыше 350 государ-

Из Выступления Президента Казахстана Н.Назарбаева на XVII съезде партии «Нұр Отан». 30 января 2016 г. // Официальный сайт Президента Республики Казахстан. Выступления. – http://www.akorda.kz/ru/speeches/internal_political_affairs/in_speeches_and_addresses/vystuplenie-prezidenta-kazahstana-nazarbaeva-na-xvii-sezde-partii-nur-otan (26.09.2016 г.).

Содержание

АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО

СЛОВО ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

6 Ударцев С. Ф. **ФЕНОМЕН АНГЛИЙСКОГО ПРАВА**

ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА, ПРАВО И ГОСУДАРСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ

10 Темирбеков Ж. Р. **ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В КОНСТИТУЦИОННОМ ПРАВЕ СОВРЕМЕННОЙ ВЕЛИКОБРИТАНИИ: НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ**

16 Белых В. С. **УСЛОВИЕ О ЕДИНСТВЕ ВОЛИ И ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЯ В АНГЛИЙСКОМ ДОГОВОРНОМ ПРАВЕ**

22 Саидов А. Х. **ПАРЛАМЕНТ ВЕЛИКОБРИТАНИИ**

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО, ИНОСТРАННЫЕ СУДЫ И АРБИТРАЖ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

29 Дауленов М.М., Абилова М.Н. **АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО НА СТРАЖЕ ПРАВ ИНВЕСТИРОВ В МЕЖДУНАРОДНОМ ФИНАНСОВОМ ЦЕНТРЕ «АСТАНА»**

37 Сулейменов М. К. **АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО И ПРАВОВАЯ СИСТЕМА КАЗАХСТАНА**

46 Kopussova V., Nesterova Y. **THE IMPROVEMENT OF CIVIL LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN BASED ON THE IMPLEMENTATION OF ENGLISH LAW PROVISIONS**

51 Мороз С. П., Акимбекова С. А. **ВОПРОСЫ ПРИЗНАНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЙ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ И ГОСУДАРСТВЕННЫХ СУДОВ ПО ИНВЕСТИЦИОННЫМ СПОРАМ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН**

57 Русакова Е. П. **АНАЛИЗ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА В АНГЛИИ**

63 Идрышева С. К. **ОСОБЕННОСТИ ЭНЕРГОСНАБЖЕНИЯ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ**

69 Елеусизова И. К., Тұрлыбек Д. М. **НОРМАТИВНОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ ДОЧЕРНИХ ОРГАНИЗАЦИЙ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

76 Budyakov O. **GLOBAL PATENT REGISTRATION AS ONE OF MECHANISMS OF MANAGING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS**

81 Лозовая О. В. **ОБРАБОТКА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ БЕЗ СОГЛАСИЯ СУБЪЕКТА: ПРАКТИКА ОБЕСПЕЧЕНИЯ НАРУШЕННЫХ ПРАВ (НА ПРИМЕРЕ КАЗАХСТАНА И ВЕЛИКОБРИТАНИИ)**

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

87 Ешниязов Н. С. **ТУМАН В СТЕПИ: К ВОПРОСУ О ПРАВЕ, ПРИМЕНИМОМ К ЧАСТНОПРАВОВЫМ ОТНОШЕНИЯМ В МЕЖДУНАРОДНОМ ФИНАНСОВОМ ЦЕНТРЕ «АСТАНА»**

ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

94 Демин А. В. **ДИСПОЗИТИВНОСТЬ КАК ОБЩЕПРАВОВОЙ КОНЦЕПТ**

ИСТОРИЯ ПОЛИТИЧЕСКОЙ И ПРАВОВОЙ МЫСЛИ

101 Васильев А. А. **КОНСЕРВАТИВНАЯ ПРАВОВАЯ ИДЕОЛОГИЯ В РОССИИ И ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЕ: ОБЩЕЕ И ОСОБЕННОЕ**

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

107 Мусенова Э. Е. **СОТ ТЕРГЕУІНДЕ ҚЫЛМЫСТЫҚ ІСТІЦ МӘН-ЖАЙЛАРЫН ЖАН-ЖАҚТЫ, ТОЛЫҚ ЖӘНЕ ОБЪЕКТИВТИ ЗЕРТТЕУ**

КРИМИНАЛИСТИКА

111 Финк Д. А. **МЕТОДИКА НАПИСАНИЯ СЦЕНАРИЯ УЧЕБНОГО ФИЛЬМА ПО КРИМИНАЛИСТИКЕ**

ИЗ ИСТОРИИ ПРАВОВОЙ НАУКИ И ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ

117 Оразбаева А. А. **Ж. БУСУРМАНОВ – АВТОР ИДЕИ ЕВРАЗИЙСКОЙ КОНЦЕПЦИИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА**

РЕДАКЦИЯЛЫҚ КЕҢЕС:

У. С. Жекебаев, з.ғ.д. (төраға);
Н. М. Абдилов, з.ғ.д., ҚР Парламенті Мәжілісінің депутаты;
С. А. Авакян, з.ғ.д. (ММУ, Мәскеу қ., Ресей);
А. Н. Ахпанов, з.ғ.д.;
Б. Ж. Әбдірайым, з.ғ.д., ҚР ҰҒА корр. мүшесі, ҚР Парламенті Мәжілісінің депутаты;
Б. А. Бекназаров, з.ғ.к., ҚР Парламенті Сенаты Төрағасының Орынбасары;
В. С. Бельх, з.ғ.д. (ОМЗУ, Екатеринбург қ., Ресей);
И. Ш. Борчашвили, з.ғ.д.;
А. К. Даулбаев, з.ғ.к., ҚР Конституциялық Кеңесінің мүшесі;
Н. О. Дулатбеков, з.ғ.д., ҚР ҰҒА корр. мүшесі (Қарағанды қ.), ҚР Парламенті Мәжілісінің депутаты;
О. И. Жумабеков;
М. И. Жумагулов, з.ғ.д.;
А. Козловски, хабиль докторы (Вроцлав қ., Польша);
Е. К. Кубеев, з.ғ.д. (Қарағанды қ.);
М. Н. Марченко, з.ғ.д. (ММУ, Мәскеу қ., Ресей);
С. П. Мороз, з.ғ.д. (Алматы қ.);
В. Д. Перевалов, з.ғ.д. (ОМЗУ, Екатеринбург қ., Ресей);
И. И. Рогов, з.ғ.д., ҚР Конституциялық Кеңесінің Төрағасы;
Е. Р. Россинская, з.ғ.д. (ММЗА, Мәскеу қ., Ресей);
А. Х. Саидов, з.ғ.д. (Ташкент қ., Өзбекстан);
М. А. Сарсембаев, з.ғ.д.;
С. С. Сартаев, з.ғ.д., ҚР ҰҒА академигі (Алматы қ.);
Е. Л. Тоғжанов, з.ғ.д., з.ғ.к.;
Н. Н. Турецкий, з.ғ.д.;
Р. Т. Тусупбеков, з.ғ.к., ҚР Парламент Сенатының депутаты;
А. О. Шакиров, з.ғ.к., ҚР Адам құқықтары жөніндегі Уәкілі.

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:

У. С. Жекебаев, д.ю.н. (председатель);
Н. М. Абдилов, д.ю.н., депутат Мажилісі Парламенті РК;
Б. Ж. Абдраим, д.ю.н., член-корр. НАН РК, депутат Мажилісі Парламенті РК;
С. А. Авакян, д.ю.н. (МГУ, г. Москва, Россия);
А. Н. Ахпанов, д.ю.н.;
Б. А. Бекназаров, к.ю.н., заместитель Председателя Сената Парламенті РК;
В. С. Бельх, д.ю.н. (УрГЮУ, г. Екатеринбург, Россия);
И. Ш. Борчашвили, д.ю.н.;
А. К. Даулбаев, к.ю.н., член Конституционного Совета РК;
Н. О. Дулатбеков, д.ю.н., член-корр. НАН РК (г. Караганда), депутат Мажилісі Парламенті РК;
О. И. Жумабеков;
М. И. Жумагулов, д.ю.н.;
А. Козловски, доктор хабиль (Польша, Вроцлавский Университет);
Е. К. Кубеев, д.ю.н. (г. Караганда);
М. Н. Марченко, д.ю.н. (МГУ, г. Москва, Россия);
С. П. Мороз, д.ю.н. (г. Алматы);
В. Д. Перевалов, д.ю.н. (УрГЮУ, г. Екатеринбург, Россия);
И. И. Рогов, д.ю.н., Председатель Конституционного Совета РК;
Е. Р. Россинская, д.ю.н. (МГЮА, г. Москва, Россия);
А. Х. Саидов, д.ю.н. (г. Ташкент, Узбекистан);
М. А. Сарсембаев, д.ю.н.;
С. С. Сартаев, д.ю.н., академик НАН РК (г. Алматы);
Е. Л. Тугжанов, д. полит.н., к.ю.н.;
Н. Н. Турецкий, д.ю.н.;
Р. Т. Тусупбеков, к.ю.н., депутат Сената Парламенті РК;
А. О. Шакиров, к.ю.н., Уполномоченный по правам человека в РК.

РЕДАКЦИЯЛЫҚ АЛҚА МҮШЕЛЕРІ:

С. Ф. Ударцев, з.ғ.д. (бас редактор);
Е. Б. Абдрасулов, з.ғ.д.;
М. Т.-М. Баймаханов, з.ғ.д.;
Ж. Д. Бусурманов, з.ғ.д.;
М. М. Дауленов, PhD;
Ч. У. Жекебаев, з.ғ.к.;
К. А. Жиренчин, з.ғ.д.;
А. Д. Жусупов, з.ғ.д.;
С. К. Идрышева, з.ғ.д.;
Т. Е. Каудыров, з.ғ.д.;
К. В. Ким, з.ғ.к.;
М. Ш. Қоғамов, з.ғ.д.;
Ө. С. Қыстаубай, з.ғ.к., PhD;
В. А. Малиновский, з.ғ.д.;
А. Ж. Наурызбай, з.ғ.к.;
Т. М. Нәрікбаев, з.ғ.к.;
А. М. Нурмагамбетов, з.ғ.д.;
Р. Т. Нұртаев, з.ғ.д.;
С. Г. Пен, з.ғ.к.;
Қ. Қ. Сейтенов, з.ғ.д.;
Ш. В. Тлепина, з.ғ.д.;
Р. С. Фаизова, т.ғ.к.;
Д. С. Чукмаитов, з.ғ.д.;
У. Шапак, з.ғ.д.

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ:

С. Ф. Ударцев, д.ю.н. (главный редактор);
Е. Б. Абдрасулов, д.ю.н.;
М. Т.-М. Баймаханов, д.ю.н.;
Ж. Д. Бусурманов, д.ю.н.;
М. М. Дауленов, PhD;
Ч. У. Жекебаев, к.ю.н.;
К. А. Жиренчин, д.ю.н.;
А. Д. Жусупов, д.ю.н.;
С. К. Идрышева, д.ю.н.;
Т. Е. Каудыров, д.ю.н.;
К. В. Ким, к.ю.н.;
М. Ш. Қоғамов, д.ю.н.;
Ө. С. Қыстаубай, к.ю.н., PhD;
В. А. Малиновский, д.ю.н.;
Т. М. Нарикбаев, к.ю.н.;
А. Ж. Наурызбай, к.ю.н.;
А. М. Нурмагамбетов, д.ю.н.;
Р. Т. Нуртаев, д.ю.н.;
С. Г. Пен, к.ю.н.;
К. К. Сейтенов, д.ю.н.;
Ш. В. Тлепина, д.ю.н.;
Р. С. Фаизова, к.и.н.;
Д. С. Чукмаитов, д.ю.н.;
У. Шапак, д.ю.н.

EDITORIAL COUNCIL:

U. S. Jekebayev, Doctor of Law (Chairman);
N. M. Abdirov, Doctor of Law, Deputy of the Majilis of the Parliament of the Republic of Kazakhstan;
B. Zh. Abdraim, Doctor of Law, corresponding member of National Academy of Science of Kazakhstan, Deputy of the Majilis of the Parliament of the Republic of Kazakhstan;
S. A. Avakyan, Doctor of Law (MSU, Moscow, Russia);
A. N. Akhpanov, Doctor of Law;
B. A. Beknazarov, PhD. in Law, Deputy Chairman of the Senate of the Parliament of the Republic of Kazakhstan;
V. S. Belyh, Doctor of Law (USLU, Ekaterinburg, Russia);
I. Sh. Borchashvili, Doctor of Law;
N. O. Dulatbekov, Doctor of Law, member of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan;
N. O. Dulatbekov, Doctor of Law, corresponding member of National Academy of Science of Kazakhstan (Karaganda), Deputy of the Majilis of the Parliament of the Republic of Kazakhstan;
O. I. Zhumabekov;
M. I. Zhumagulov, Doctor of Law;
A. Kozlowski, Dr. Habil (Poland, Wroclaw University);
E. K. Kubeyev, Doctor of Law (Karaganda);
M. N. Marchenko, Doctor of Law (MSU, Moscow, Russia);
S. P. Moroz, Doctor of Law (Almaty);
V. D. Perevalov, Doctor of Law, (USLU, Ekaterinburg, Russia);
I. I. Rogov, Doctor of Law, Chairman of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan;
E. R. Rossinskaya, Doctor of Law, (MSLA, Moscow, Russia);
A. H. Saidov, Doctor of Law (Tashkent, Uzbekistan);
M. A. Sarsembayev, Doctor of Law;
S. S. Sartayev, Doctor of Law, academician of National Academy of Science of Republic of Kazakhstan (Almaty);
E. L. Tugzhanov, Doctor of Politics, PhD in Law;
N. N. Turetsky, Doctor of Law;
R. T. Tussupbekov, PhD in Law, member of the Senate of the Parliament of the Republic of Kazakhstan;
A. O. Shakirov, PhD in Law, the Commissioner for Human Rights in the Republic of Kazakhstan.

ҚҰРЫЛТАЙШЫ: «КАЗГЮУ Университеті» АҚ

Журнал Қазақстан Республикасы Мәдениет және ақпарат министрлігінің Ақпарат және мұрағаттар комитетінде тіркеліп, 25.09.2006 жылы №7742-Ж куәлігі берілген. Таралымы 500 дана. Журнал ғылыми қызметтің негізгі нәтижелерін жариялау үшін ҚР БЖҒМ ұсынған ғылыми басылымдардың тізімдемесіне және РҒҚД халықаралық ғылыми өлшем жүйесіне енген.

ЖУРНАЛ РЕДАКЦИЯСЫ:

С. Ф. Ударцев (бас редактор);
Н. А. Құдайбергенов (редакция меңгерушісі);
В. С. Арсеньева (компьютерлік беттеу және әрлендірме);
Д. М. Бисенғалиева (бас редактордың көмекшісі);
Р. А. Жакина (контент-менеджер);
А. Ж. Наурызбай (қазақ тіліндегі мәтіннің редакторы);
Р. С. Фаизова (ағылшын тіліндегі мәтіннің редакторы).

РЕДАКЦИЯНЫҢ МЕКЕНЖАЙЫ:

010000, Астана қ., Қорғалжын тас жолы, 8,
КАЗГЮУ Университеті,
тел. 8 (7172) 70 30 54
web-site: www.km.kazguu.kz
E-mail: pravoigos@kazguu.kz

ЖАЗЫЛУ ИНДЕКСІ: жеке жазылушылар үшін 75762, мекемелер мен ұйымдар үшін 25762, ISSN 2307-521X.
Материалдарды қолдану кезінде «Құқық және мемлекет» журналына сілтеме жасалу міндетті. Журналдың материалдарында білдірілген пікірлер редакцияның көзқарасымен сәйкес келе бермейді. Қолжазба қайтарылмайды.

«Жасыл Орда» ЖШС-нде басылды
Астана қ., К. Байсейітова к., 114/2.
тел. 289045, 289921
e-mail: zhasylorda@hotmail.com
Басуға 30.09.2016 қол қойылды.

© «КАЗГЮУ Университеті» АҚ, 2016
© «Құқық және мемлекет» журналы, 2016.

Право и государство, № 3 (72), 2016

EDITORIAL BOARD:

S. F. Udartsev, Doctor of Law (Chief Editor);
E. B. Abdrassulov, Doctor of Law;
M. T. Baimakhanov, Doctor of Law;
Zh. D. Busurmanov, Doctor of Law;
D. S. Chukmaitov, Doctor of Law;
M. M. Daulenov, PhD in International Law;
R. S. Faizova, PhD in International Relations;
S. K. Idrysheva, Doctor of Law;
T. E. Kaudyrov, Doctor of Law;
K. V. Kim, PhD in Law;
M. Ch. Kogamov, Doctor of Law;
O. S. Kystaubai, PhD in Law;
V. A. Malinovskiy, Doctor of Law;
T. A. Malyukov, PhD in Law;
A. Zh. Nauryzbay, PhD in Law;
A. M. Nurmagambetov, Doctor of Law;
R. T. Nurtayev, Doctor of Law;
S. G. Pen, PhD in Law;
K. K. Seitenov, Doctor of Law;
U. Sh. Shapak, Doctor of Law;
Sh. V. Tleпина, Doctor of Law;
Ch. U. Zhekebayev, PhD in Law;
K. A. Zhirenchin, Doctor of Law;
A. D. Zhussupov, Doctor of Law.

УЧРЕДИТЕЛЬ: АО «Университет КАЗГЮУ»

Государственный регистрационный №7742-Ж выдан 25.09.2006 г. Комитетом информации и архивов Министерства культуры и информации Республики Казахстан. Тираж 500 экз. Журнал включен в перечень научных изданий рекомендуемых МОН РК для публикации основных результатов научной деятельности и в международную наукометрическую систему РИНЦ.

РЕДАКЦИЯ ЖУРНАЛА:

С. Ф. Ударцев (главный редактор);
Н. А. Кудайбергенов (зав. редакцией);
В. С. Арсеньева (компьютерная верстка и дизайн);
Д. М. Бисенғалиева (помощник главного редактора);
Р. А. Жакина (контент-менеджер);
А. Ж. Наурызбай (редактор текста на казахском языке);
Р. С. Фаизова (редактор текста на английском языке).

АДРЕС РЕДАКЦИИ:

010000, г. Астана, Кургальджинское шоссе, 8,
Университет КАЗГЮУ,
тел. 8 (7172) 70 30 54
web-site: www.km.kazguu.kz
E-mail: pravoigos@kazguu.kz

ПОДПИСНОЙ ИНДЕКС: для индивидуальных подписчиков 75762, для предприятий и организаций 25762, ISSN 2307-521X.
При использовании материалов ссылка на журнал «Право и государство» обязательна. Мнения, высказываемые в материалах журнала не всегда совпадают с точкой зрения редакции. Рукописи редакцией не возвращаются.

Отпечатано в ТОО «Жасыл Орда», 010008, г. Астана, ул. К. Байсейитовой, 114/2.
тел. 8 (7172) 28 90 45
e-mail: zhasylorda@hotmail.com
Подписано в печать: 30.09.2016.

© АО «Университет КАЗГЮУ», 2016
© Журнал «Право и государство», 2016.

CHAIRMAN: KAZGUU University

The state registration №7742-ZH was given on 25.09.2006 by Committee of information and archive of Ministry of culture and information of the Republic of Kazakhstan. Edition of 500 copies. The journal is included in a list of scientific publications recommended by the Ministry of Education and Science of Republic of Kazakhstan for publication of the results of scientific research and also included in international RSCI (Russian Science Citation Index) system.

THE EDITORS OF THE JOURNAL:

S. F. Udartsev (Chief Editor);
N. A. Kudaibergenov (Editor);
V. S. Arsenyeva (Technical and design manager);
D. M. Bisengaliyeva (Assistant chief editor);
R. A. Zhakina (Content-manager);
A. Zh. Nauryzbay (Text editor of the Kazakh version);
R. S. Faizova (Text editor of the English version).

EDITORIAL ADDRESS:

010000, Astana, Korgaljln highway, 8,
KAZGUU University,
tel. 8 (7172) 70 30 54
web-site: www.km.kazguu.kz
E-mail: pravoigos@kazguu.kz

INDEX for private subscribers 75762 for organizations 25762, ISSN 2307-521X.

The quotation of materials from the journal should obligatory have reference to the journal «Law and State». Editor in chief ensures that the reviewers act independently and have no conflict of interest in the paper.

При оформлении обложки использовано фото Центрального уголовного суда Англии (Old Bailey) с фотостока www.ru.depositphotos.com

© KAZGUU University, 2016
© Journal «Law and state», 2016.

ФЕНОМЕН АНГЛИЙСКОГО ПРАВА



С. Ф. УДАРЦЕВ,
главный редактор журнала «Право и государство»,
д.ю.н., профессор

Рассмотрены теоретические вопросы общей эволюции права и глобальных образований в нем, сближение и конвергенции правовых систем в условиях глобализации, отмечаются некоторые особенности и противоречивость английского права. Обращается внимание на рост интереса к английскому праву и Лондонскому Международному арбитражу в Казахстане в связи с созданием Международного финансового центра «Астана» и поиском наиболее благоприятных условий для защиты интересов инвесторов и ведения бизнеса в целом. Представлены авторы и содержание статей номера журнала «Английское право».

Ключевые слова: эволюция права, глобализация, правовые семьи, конвергенция англосаксонской и романо-германской систем права, Международный финансовый центр «Астана», зарубежные инвестиции, особенности английского права, журнал «Право и государство», английское право, имплементация элементов английского права.

1. Право – мера прав, свобод и обязанностей индивидов, социальных групп, государств, средство закрепления и гармонизации их интересов; система правил наиболее оптимальной и разумной организации жизни конкретного общества и человечества в целом на разных стадиях их исторического (технического, экономического, социального, культурного и т.д.) развития. Право – глобальное, космическое по своему потенциалу и перспективам развития явление, развертывающее в течение тысячелетий эволюции новые уровни, исторические типы и формы проявления. На современном этапе развития человечества важную роль в правовом регулировании играют развивающиеся и, отчасти, сближающиеся национальные правовые системы, крупные правовые семьи, объединяющие группы стран, и международное право. Право разных стран включает в себя общие и особенные черты.

Национальные правовые комплексы в ходе исторического развития объединяются в более крупные региональные или генетически однородные образования – правовые семьи, взаимодействующие между собой и взаимовлияющие друг на друга. Эти крупные региональные и наднациональные правовые системы становятся более приспособленными к внутрисистемному и внешнему региональному разнообразию. В них формируются доктриналь-

ные, институциональные и нормативные ядра с наиболее характерными чертами, свойствами правовой семьи, ставшими как бы общим знаменателем для объединенных в ней национальных правовых образований, но и включающие элементы общих правовых начал.

Формирование правовых семей для отдельных групп стран явилось отражением объединяющих их исторических особенностей, уровней, путей развития разных народов мира и в то же время свидетельством возможных альтернативных вариантов и средств правового и политического развития в контексте многообразия исторических традиций и возможностей для достижения примерно одних и тех же универсальных целей. Все народы, страны, как составные части человечества движутся к одной цели, но это движение может происходить разными путями с использованием различных средств.

Исторически, в результате неизбежного международного и межгосударственного общения, происходит длительный, порой болезненный и аритмичный процесс взаимодействия и «притирки» мировых правовых семей, их правовых культур, доктрин, принципов, форм, институтов друг к другу. Этот процесс могут активизировать мировые и локальные войны, распад, союзы и объединение государств (например, бывших колоний, принадлежавших к разным правовым семьям), интересы отдельных государств и их элиты. Он может происходить принудительно или добровольно, быстрее или медленнее в разных исторических ситуациях.

Процесс взаимодействия и сближения англосаксонской и романо-германской (континентальной) правовых систем активно шел между однотипными, прежде всего по уровню экономического развития, странами. Например, между членами Европейского Союза (ЕС) – в процессе формирования европейского права, до референдума о выходе из него в 2016 г. Великобритания. Определенное замедление взаимопроникновения и сближения двух правовых систем в результате начавшегося процесса выхода Великобритании из ЕС, не отменяет общей тенденции постепенной многоплановой их конвергенции.¹

В условиях глобализации, постепенно выстраивается экономическая, торговая, финансовая, информационная планетарные системы, бурно развивается международное право, происходит инсти-

¹См., напр., гл. VIII. «Конвергенция романо-германского и англосаксонского права» в кн.: Марченко М.Н. Сравнительное правоведение: учебник. 2-е изд. М.: Проспект, 2011. С. 516-562.

туализация международных связей во всех сферах жизни. В условиях развивающейся глобализации правовые семьи с одной стороны, обеспечивают определенную автономию объединенных в них национальных правовых систем, с другой стороны все более расширяют зоны регионального и глобального сотрудничества в общем доме человечества. По мере выстраивания фрагментов и контуров планетарной организации, начинают действовать факторы активизации процесса взаимодействия и взаимопроникновения правовых семей с помощью двухсторонних и многосторонних отношений между государствами, а также по мере развития международного права.

Этот процесс под воздействием экономических, финансовых, политических внутренних и внешних факторов может идти неравномерно, ускоряя интеграционное межсистемное взаимодействие в праве отдельных странах, в группе стран, или временно замедляя это в отношениях между отдельными странами. Говоря об объективном многоплановом процессе сближения правовых семей под давлением факторов глобализации, можно отметить, что и в средневековом англо-саксонском и римском праве было немало общего. Средневековое обычное право доминировало во всех странах Европы и Азии, и тогда существовали взаимно уважаемые различные обычаи в праве разных народов, но это обычное право позже в конкретных исторических условиях по-разному срасталось с увеличивающейся горой бюрократического государственного законодательства следующей эпохи (или было придавлено ею).²

Значительное воздействие на национальные правовые системы может оказать право стран-лидеров (региона, планеты) или наиболее развитых стран мира, а также правовые семьи, к которым они принадлежат. Опыт наиболее развитых государств привлекателен для стран «догоняющего развития» прежде всего тем, что позволяет в определенной мере экономить историческое время, выпрямляя, насколько это возможно, путь общества к обозначенной цели. Имплементация элементов иной правовой системы в конкретную национальную для ее заметной корректировки, как правило, требует определенных интеллектуальных, финансовых и организационных усилий.

2. Одной из развитых систем права и важным системообразующим элементом для англосаксонской (сегодня и англо-американской) правовой семьи является английское право. Это – правовая система, в которой исторически раньше многих стран мира уже в период начала развитого средневековья (феодализма) появились нормы, институты, обычаи, прецеденты, идеи, оказавшие влияние

²Мощные корни правовой культуры исторически уходят в обычное право и в Казахстане. См., напр., фундаментальное исследование С.Л. Фукса системы казахского обычного права в период его кульминационного развития: Фукс С.Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. / Под общей ред. С.Ф. Ударцева / Предисловие – С.Ф. Ударцев и Н.О. Дулатбеков (на русском и казахском языках). Вступительная статья – Ш.В. Тлепина. Комментарии и подготовка текста – К.А. Алимжан, Ш.В. Тлепина, С.Ф. Ударцев / Приложение к Ежегоднику истории права. Астана / СПб.: ТОО «Юридическая книга Республики Казахстан» / ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. – 816 с. См. также статью о С.Л. Фуксе и его книге, одновременно опубликованную в нескольких изданиях: Ударцев С.Ф., Дулатбеков Н.О. С.Л. Фукс о кочевом обществе, государстве и праве казахов (вместо предисловия) // Ж.: Зангер. Вестник права Республики Казахстан. 2008, Август, № 8 (85). С. 61-68; То же // Синергетика образования. Межвузовский сборник. Выпуск тринадцатый / Южное отделение Российской Академии образования. Москва – Ростов-на-Дону, 2008. С. 190 – 211; То же // Вестник Московского государственного открытого университета. 2008, № 4 (33). С. 6 – 16.

на последующее развитие законодательства многих стран, значительно раздвинувшие впоследствии горизонты свободы и прав человека. Это и право бывшей мировой колониальной державы, чьи владения распространялись на все континенты и в силу этого, оказавшей и оказывающей влияние на правовое развитие многих стран до настоящего времени. Наконец, это право, явившееся в значительной мере основой правовой системы современно-го мирового лидера – США.

В итоге длительной исторической эволюции средневекового права и его симбиоза с последующими и новейшими тенденциями в правовом развитии, в английской правовой системе и юридической практике накоплен богатый опыт. Это относится, прежде всего, к фундаментальности в правовой культуре доктрины верховенства права, к основополагающей роли суда в правотворчестве, к защите права собственности, прав инвестора. В английском праве содержатся разнообразные апробированные изобретения, закрепленные в обычаях и законах, в судебных прецедентах и договорах, в принципах права, в его толкованиях и юридической доктрине для обеспечения и защиты прав собственности и инвесторов в разных сферах отношений и ситуациях. Детально проработаны вопросы многовариантной защиты прав этих субъектов, связанных с организацией и функционированием производства, сферы услуг, торговли, с международными отношениями и разрешением споров.

Ценность английского права во многом заключается в том, что наряду с синтезом прошлого и настоящего, сохранением определенных элементов средневекового сословного права, обеспечивается высокий уровень защиты прав и свобод человека. Не зря уже третье столетие опальные политики нередко предпочитают жить в Великобритании. Важно также, что благодаря особенностям исторического развития, в праве этой страны сохранились и глубоко вошли в общественное сознание, правовую доктрину, а также закреплены в обычаях, судебных прецедентах, законодательстве такие ценности как: верховенство права и его генетическое происхождение от общества; высокий уровень защищенности прав и свобод человека; значительный уровень саморегуляции и самоорганизации в общественной жизни; принципы независимого правосудия; нравственные начала, справедливость как основа для права, его толкования, применения судом. Конечно, на практике, в конкретных ситуациях не обходится без «сбоев» в реализации этих начал, тем не менее, сохранение этих ценностей – общая тенденция.

Но это и достаточно неоднородная по структуре правовая система (в широком смысле право Великобритании как Соединенного Королевства в конкретных ситуациях часто не одно и то же, что английское право в узком смысле – право Англии и Уэльса). В силу своего консерватизма в этой правовой системе уживаются и поддерживают друг друга элементы средневекового права с его чертами сословной иерархии и юридическим закреплением привилегий, и право современного общества, основанного на формальном равенстве всех, договорных отношениях индивидов и социальных групп, на защите прав и свобод человека. Благодаря своеобразному консерватизму английского права, в нем также в значительной мере сохранились менее подчиненные бюрократическим централизованным началам принципы саморегуляции и децентрализации, присущие развитому средневековью, но уже в иных, модернизированных формах. Как справедливо заметили В.С. Нерсесянц и У. Батлер, «в английской системе права ... связь прошлого и современного права непосредственная и пря-

мая; более того, с точки зрения действующего права различие между прошлым и современным здесь не имеет принципиального значения».³

Для заимствования позитивного английского опыта **важное, но частное значение** имеет поиск недостающих, приемлемых, совместимых элементов для того или иного института в национальном праве. **Не менее полезен для развития правовой системы учет общих начал и восприятие идей более гибкой правовой регуляции и саморегуляции в праве и его реализации.** И то, и другое необходимо для стимулирования развития экономики, раскрепощения и поощрения инициативы, взращивания и поддержки талантов, выстраивания правовых отношений с учетом их более справедливого и нравственного содержания, для обеспечения доверия населения к государственным органам и судам.

Важно при этом видеть то, что именно в разветвленном английском праве уходит и может уйти в прошлое и не идеализировать это, а также не пропустить то, что может получить дальнейшее развитие в будущем, что имеет относительно вневременное значение.

3. В связи с созданием Международного финансового центра «Астана» (МФЦА) и планированием организации при нем международного арбитражного суда, для которого особенно ценен опыт Лондонского Международного арбитража, актуализировался интерес к английскому праву как к правовой системе, которая может иметь применение в арбитражном суде при МФЦА. С другой стороны, в связи с задачами по вхождению Казахстана в число 30-ти наиболее развитых стран мира, также возникает вопрос о том, в каких сферах и институтах права возможно, и в какой мере, использование какого позитивного опыта английской правовой системы для создания наиболее благоприятных условий для прихода инвесторов и ведения бизнеса в целом, для укрепления независимости суда и повышения доверия к нему.

Представляемый номер журнала «Права и государства» посвящен многоаспектной теме «Английское право» и затрагивает, естественно, *лишь некоторые из ее неисчерпаемых аспектов.*

В раздел «Правовая доктрина, право и государство Великобритании» вошли статьи: докторанта PhD Ж.Р. Темирбекова (г. Астана, Университет КАЗГЮУ) о доктрине верховенства права – одной из фундаментальных для правовой системы английского права; д.ю.н. В.С. Белых (г. Екатеринбург, УрГЮУ), известного исследователя английского права – о некоторых началах договорного английского права; д.ю.н. А.Х. Саидова (г. Ташкент), автора нескольких книг о зарубежных законодательных органах, – о таком уникальном явлении, как английский парламент, создающий важную часть английского права и представляющий пример многовековой эволюции законодательного органа.

В рубрике «Иностранные суды и арбитраж» читатель найдет работу докторов PhD М.М. Дауленова и М.Н. Абиловой (Университет КАЗГЮУ), в которой анализируется Конституционный закон РК от 07.12.2015 г. «О Международном финансовом центре «Астана». Авторы предприняли попытку системного описания действующего права, компетенции Суда и Арбитража Центра. В этой же рубрике представлены статья к.ю.н. Е.П. Русаковой (г. Москва, РУДН) об опыте Лондонского Международного арбитража и исследование д.ю.н. С.П. Мороз, докторанта С.А. Акимбековой (г. Алматы, КОУ) о признании и исполнении решений иностранных арби-

тражных и государственных судов по инвестиционным спорам в Казахстане.

Э.Е. Мусенова (к.ю.н., Университет КАЗГЮУ) поднимает проблему о пределах активности суда в судебном следствии для более полного и всестороннего рассмотрения обстоятельств дела.

Обстоятельная, конструктивно критическая статья академика НАН РК, известного цивилиста, д.ю.н. М.К. Сулейменова (г. Алматы, НИИ частного права КОУ) «Английское право и правовая система Казахстана» содержит анализ соотношения английского и казахстанского права как принадлежащих разным правовым семьям, различающимся по правовой культуре и доктрине, принципам и системе права. В то же время в статье М.К. Сулейменова содержится анализ и авторская версия истории имплементации элементов общего права, возможности и невозможности имплементации элементов правовой системы Великобритании в различные гражданско-правовые институты национального права Казахстана. Эту тему продолжает и дополняет статья к.ю.н. В. Конусовой и к.ю.н. Е. Нестеровой (г. Астана, Институт законодательства РК).

В ряде статей раздела «Гражданское право: сравнительно-правовой аспект» также затрагиваются вопросы английского права и некоторых других стран: о правовом регулировании энергоснабжения, в том числе возобновляемых источников энергии и защите прав потребителей в этой сфере (д.ю.н. С.К. Идрышевой, Астана, КАЗГЮУ); об особенностях юридического статуса дочерних организаций (к.ю.н. И.К. Елеусизовой и м.ю.н. Д.М. Турлыбек, г. Астана, Институт законодательства РК); о международном патентном праве (м.ю.н. О. Будякова, г. Москва, Институт гуманитарного образования и информационных технологий); о практике обеспечения нарушенных прав при обработке персональных данных без согласия субъекта на примере Казахстана и Великобритании (ст. преп. Университета КАЗГЮУ, докторанта PhD О.В. Лозовой).

В рубрике «Международное право» вызовет интерес читателей статья ст. преп. Университета КАЗГЮУ Н.С. Ешниязова «Туман в Степи: к вопросу о праве, применимом к частноправовым отношениям в Международном финансовом центре «Астана».

В духе темы номера и содержание глубоких теоретических и исторических статей д.ю.н. А.В. Демина (Сибирский федеральный университет, г. Красноярск, РФ) о диспозитивности как общеправовом принципе и д.ю.н. А.А. Васильева (Алтайский госуниверситет, г. Барнаул) об общем и особенном в истории развития консервативной правовой идеологии в России и Западной Европе.

Будет интересной для читателей и статья к.ю.н. Д.А. Финка (Университет КАЗГЮУ) о методике написания сценария для учебного фильма по криминалистике.

К.ю.н. А.А. Оразбаева (Университет КАЗГЮУ) выступает со статьей по истории правовой науки и юридического образования, представляя читателям казахстанского ученого Ж.Д. Бусурманова как автора идеи евразийской концепции прав человека.

Статьи в журнале публикуются на казахском, русском и английском языках. На этих же языках даны содержательные аннотации ко всем статьям. Косвенно каждого автора представляют иллюстрации из обложек его книг, сборников и журналов с его статьями. Представлена информация о некоторой новой юридической литературе, в том числе по английскому праву.

С. Ф. Ударцев: Ағылшын құқығының феномені.

Құқықтың жалпы эволюциясының теориялық мәселелері және оның жаһандық түзілімдері, жаһандану жағдайында құқықтық жүйелердің

жақындасуы мен конвергенциясы қарастырылған, ағылшын құқығының бірқатар ерекшеліктері мен қайшылықтары атап көрсетілген. «Астана» халықаралық қаржы орталығының құрылуымен байланысты және инвесторлардың мүдделерін қорғау мен тұтастай алғанда, бизнесті жүргізу үшін ең қолайлы жағдайларды іздестіруге байланысты Қазақстанда ағылшын құқығы мен Лондон Халықаралық арбитражына қызығушылық есіп келе жатқанына назар аударылған. «Ағылшын құқығы» журналының нөміріндегі мақалалардың авторлары мен олардың мазмұны ұсынылған.

Түйінді сөздері: құқық эволюциясы, жаһандану, құқықтық жаңұялар, құқықтың англосаксондық және роман-германдық жүйелерінің конвергенциясы, «Астана» Халықаралық қаржы орталығы, шетелдік инвестициялар, ағылшын құқығының ерекшеліктері, «Құқық және мемлекет» журналы, ағылшын құқығы, ағылшын құқығы элементтерінің имплементациясы.

S. Udartsev: Phenomenon of English law.

The theoretical questions of the general evolution of the law and global entities in it, contingency and convergence of legal systems in the context of globalization, some peculiarities and contradictions of English law was noted and considered. Attention is drawn to the growing interest in English law and the London International Arbitration in Kazakhstan in connection with the creation of an International Financial Center «Astana» and search for the most favorable conditions to protect the interests of investors and the business as a whole. The authors and the content of the articles of the magazine «English law» are introduced.

Key word: evolution of law, globalization, legal systems, convergence of Anglo-Saxon and Romano-German legal systems, International Financial Center «Astana», foreign investments, peculiarities of English law, “Law and State” magazine, English law, implementation of elements of English law.



НОВЫЕ КНИГИ

Формирование сильного и успешного государства в новой глобальной реальности. Материалы научной конференции. Астана, 20 января 2016 г. («Актуальные проблемы государства и права». Вып. 4) / Университет КАЗГЮУ. НИИ правовой политики и конституционного законодательства / Ред. коллегия: Ударцев С.Ф. (пред.), Наурызбай А.Ж., Качан О.Л., Бисенгалиева Д.М. Астана: ТОО «КазГЮУ Консалтинг», 2016. – 224 с.

ISBN: 978-601-7538-19-4.

В сборник включены материалы участников научной конференции «Проблемы формирования сильного и успешного государства в условиях новой глобальной реальности» с международным участием, состоявшейся в Университете КАЗГЮУ 20 января 2016 г. Вопросы современной правовой политики, формирования сильного и успешного государства рассматриваются в различных аспектах: теории государства и права, международного, конституционного и административного права, государственного управления и государственной службы, борьбы с коррупцией, уголовного права и уголовно-исполнительного права. Среди авторов статей – ученые-юристы, юристы-практики из Астаны, Алматы, Ташкента, Москвы: Т.М. Нарикбаев, С.Ф. Ударцев, А.Х. Саидов, Ж.Д. Бусурманов, В.А. Малиновский, Е.М. Абайдельдинов, Л.В. Голоскоков, Е.К. Нурпеисов, О.К. Жалаири, К.К. Айтхожин, Ж.Р. Темирбеков, А.С. Ибраева, С.Б. Гончаров, Д.М. Бисенгалиева, Д.М. Жангуттинова, Л.С. Жакаева, А.А. Караев, С.А. Зейден, В.А. Калужный, Э.Э. Дуйсенов, Р.А. Подопригра, М.И. Жумагулов, Э.А. Калиева, А.А.Оразбаева, М.А. Сарсембаев, Е.Д. Оралова, У.К. Патсаев, А.А. Назаров, А.А. Саидов.

³См.: История права: Англия и Россия / Рук. авт. колл. В.С. Нерсесянц, У. Батлер. М.: Прогресс, 1990. С. 14.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В КОНСТИТУЦИОННОМ ПРАВЕ СОВРЕМЕННОЙ ВЕЛИКОБРИТАНИИ: НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ



Ж. Р. ТЕМИРБЕКОВ,
докторант Ph.D., старший преподаватель
кафедры государственно-правовых дисциплин
Университета КАЗГЮУ

В статье исследуются некоторые особенности концепции верховенства права в рамках современного конституционного права Великобритании. В частности, автор утверждает, что в наши дни «британское» верховенство права характеризуется тремя основными чертами. Первой чертой выступает понимание верховенства права как условия обеспечения правового порядка. Второй чертой является принцип, согласно которому, государственная власть, для любого своего действия должна иметь на то «разрешение права». Третью черту формирует положение, в соответствии с которым, верховенство права является синтезом таких ценностей как законность, порядок, справедливость и отрицание произвольной власти.

Ключевые слова: верховенство права, права человека, конституционализм, государственная власть, правление большинства, законность, конституционная демократия, справедливость, дискреция, парламентский суверенитет.

Понятие «современная британская конституция» составляют принципы и правила, сформулированные в статутном праве (то есть в «писаных законах», известными как акты парламента), в судебных решениях (которыми истолковано статутное право и общее право) и в конституционных обычаях. При этом, составляющие элементы британской конституции являются не единственной и, по нашему мнению, даже не главной особенностью, которая отличает Великобританию и ее правовую систему от тех стран, где существуют так называемые «писанные» конституции в виде одного документа. Думается, что главная особенность британской конституции заключается в другом – в том, как британская конституционная доктрина определяет цели, которым эта конституция должна служить. А по этому поводу в доктрине отмечается, что «конституция существует главным образом для того, чтобы защитить права граждан и ограничить полномочия тех, кто наделен властью».¹

Для того чтобы власть была легитимной и для того чтобы ее нельзя было узурпировать, конституция, кроме всего прочего, должна обеспечивать человека определенными гарантиями, которые

защищают его от беспорядка, гнета и тирании. Именно для того, чтобы удовлетворить эти элементарные потребности человека, была задумана и реализована идея верховенства права, суть которой как раз и заключается в том, что «наиболее важным прежде всего является право»: оно обеспечивает человека «щитом защиты», если речь идет о его повседневной жизни; оно является «выстроенной линией обороны человека против своевольной власти».²

Вместе с тем, нужно отметить, что высказывается мнение о том, что понятие «верховенство права» в некотором роде «обманчиво», потому что право, как таковое не может осуществлять власть в прямом смысле, поскольку оно не является непосредственным ее выразителем. В Британии таким «выразителем» с юридической точки зрения является Парламент, состоящий из представителей народа. И эти представители народа могут творить «или хорошее право, или право плохое», «право, направленное на развитие демократии, или право, стремящееся навязать диктатуру».³ В связи с этим возникает вопрос следующего содержания: есть ли какие-либо гарантии, которые защищали бы уже британский народ от деспотического характера самой представительной власти?

Корни современного либерального конституционализма в виде идей, обосновывающих ограничение правительства посредством «конституционных соглашений» и верховенства права, можно найти преимущественно из политического опыта Англии семнадцатого века.

Это была эпоха юридических, политических, религиозных и философских дискуссий об условиях на которые должен опираться гражданский порядок общества.⁴ Но влияние профессора Альберта Дайси (*Albert Venn Dicey*) на природу и сущность английской конституции оказалось таким большим, что отдельные взгляды этого английского ученого, которые имеют прямое отношение к предмету конституционного права, еще и поныне составляют основу значения верховенства права как принципа британской конституции. Речь идет прежде всего о тех трех аспектах, которые, по оценкам новейших классиков верховенства права составляют «костяк» современной британской конституции.

²Ibidem. P. 12.

³Ibidem. P. 434.

⁴См.: N. Johnson. Reshaping the British Constitution. London: Macmillan, 2004. P. 10.

А. ПРАВО И ПОРЯДОК

Первой чертой верховенства права, является родственная мыслям профессора Альберта Дайси современная идея, согласно которой и в настоящее время верховенство права выражает предпочтению праву и порядку в рамках общества и таким образом является противопоставлением «анархии», «противостоянию» и «постоянным раздорам». В этом смысле верховенство права выступает «философским взглядом общества, признает основные демократические идеи».⁵

Следует отметить, что отношение английских ученых к этой идее довольно критическое. Такую идею они почти единодушно воспринимали как «достаточно узкое понимание» принципа верховенства права, ибо при таком понимании (только в значении право и порядок) можно даже вести речь о том, что верховенство права якобы «сохраняется в условиях диктатуры или военной оккупации так же, как и в условиях демократической формы правления». У власти, которая избрана не на свободных началах, могут и дальше функционировать суды, решая споры между частными лицами или между гражданином и властными чиновниками, но решают они их так, «как позволяет режим». Однако даже в таком «суженном понимании» присутствует определенный позитив, поскольку верховенство права выражает идею, согласно которой, определенное преимущество предоставляется решению споров мирным путем, а не путем применения оружия, терроризма или других форм физического насилия. При этом английские авторы отмечают, что «преувеличение значения правопорядка как общественной ценности ведет к ограничению или подавлению политической свободы», и тогда «политические группы, которые являются оппозиционными к режиму и подчинены физической силе, а не народному согласию, могут легко перейти к применению насильственных действий, для того чтобы устранить режим власти». По их мнению, конституционный опыт Великобритании и других государств, а также опыт Британии как колониальной державы показал, что «обеспечение права и порядка и существование политической свободы – это то, что взаимно не исключает, а взаимно обуславливает друг друга». Такой вывод, между прочим, достаточно однозначно следует из того положения Всеобщей декларации прав человека (1948), в которой четко отмечается, что, «чтобы человеку не пришлось прибегать к восстанию как к крайнему способу защиты от тирании и гнета, необходимо, чтобы права человека были защищены на основе верховенства права». Все это однозначно указывает на то, что демократическая форма власти существует тогда, когда «существует возможность путем осуществления политических прав изменить власть, не ставя под угрозу существование самого государства»; когда же такой возможности не существует, тогда «государство становится тождественной одной только силе принудительного содержания» и тогда «роль верховенства права внутри самого государства, по сути, теряет нравственный смысл», поскольку «государство не может восприниматься только как сила».⁶

Таким образом, одной из современных особенностей верховенства права является обеспечение правового порядка. Поскольку, только в условиях безопасности и мирного способа разрешения споров возможно нормальное функционирование жизненно важных институтов общества. В наши дни есть примеры стран, где на-



Вестминстерский дворец, где располагается Парламент Великобритании.*

род, пытаясь избавиться от произвола власти, совершил восстание. В результате, даже после свержения произвольной власти в таких странах сохраняется хаос и беспорядок, что привело к нарушению функционирования жизненно важных институтов общества, и как следствие – к глубокому экономическому кризису. Ситуация настолько сложная, что люди из некоторых таких стран даже с ностальгией вспоминают жизнь при диктаторской власти, которую они же и свергли.⁷

Б. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ

Второй главной чертой верховенства права в рамках современной английской конституции является то, что верховенство права выражает «юридическую доктрину фундаментального значения», согласно которой – государственная власть должна осуществляться в соответствии с правом, и в случаях возникновения споров судебным решением выражается то, что требует право.⁸

То, что органы государственной власти должны действовать на основании права, признается основным правилом английского конституционного права. Его объясняют примерно так: если полиции надо задержать гражданина или если должны быть взысканы налоги, соответствующие должностные лица должны быть способны доказать правомерность своих действий. В Британии такие их действия можно обжаловать в суд. Действия органов государственной власти, которые выходят за пределы полномочий этих органов, могут быть объявлены судами незаконными. Доктрина осуществления государственной власти в соответствии с правом требует, чтобы лицу, непосредственно пострадавшему от действий органов власти, была предоставлена возможность обжаловать законность таких действий в суде, а не просто возможность зарегистрировать свою жалобу в соответствующем органе. В британской традиции – это обычные суды, к которым можно

*Источник: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Houses_of_Parliament_overall.jpg?uselang=ru

⁷См.: <http://www.nakanune.ru/service/print.php?articles=7817> (доступ 1.10.2016).

⁸См.: A.W. Bradley and K.D. Ewing. Op. cit. P. 105.

© Ж. Р. Темирбеков, 2016

¹См.: J. Harvey and L. Bather. The British Constitution. London: Macmillan, 1977. P. 6.

⁵См.: A.W. Bradley and K.D. Ewing. Constitutional and Administrative Law. 12th ed. London; New York: Longman, 1998. P. 105.

⁶Ibidem. P. 106.



Мидлсекская ратуша, где располагается Верховный Суд Великобритании*.

обратиться за защитой в случае незаконных действий власти.⁹ Таким образом, требование верховенства права как конституционного принципа, предъявляемого к государственной власти – непременно предполагает в случае каждого своего действия «разрешение права», должно прямо вытекать из акта парламента, что означает: с одной стороны – каждое действие, затрагивающее юридические права, обязанности или свободы любого лица, должны иметь «строгую юридическую генеалогию»; а с другой – каждый человек, если его права определенным образом ущемлены действиями власти, может всегда обратиться в суд, и если суд обнаружит, что «юридическая генеалогия действия государственной власти не вписывается в существующий порядок», то суд признает такое действие неправомерным.

В таком значении принцип верховенства права, по сути, является принципом законности. И это является первичным значением принципа верховенства права.¹⁰ Кроме того, конституционный принцип верховенства права означает и то, что государственная власть должна осуществляться в рамках признанных правил и принципов, ограничивающих дискреционные полномочия. Такая формула, собственно, и составляет его вторичное значение.¹¹ Поэтому существенную часть верховенства права как конституционного принципа британской системы права составляют правила, направленные на предотвращение злоупотреблений дискреционными полномочиями.

Но современный характер власти не может не обуславливать ее осуществления без большого объема широких полномочий. Думается в связи в этом, на смену классической конституционной доктрине, согласно которой «широкие дискреционные полномо-

чия» объявлялись «несовместимыми с верховенством права»,¹² во второй половине XX в. пришло осознание того, что в нынешних условиях верховенство права не требует, чтобы широкие дискреционные полномочия были отменены. Оно требует, чтобы существовали юридические средства эффективного контроля за осуществлением таких полномочий, поскольку в нынешних условиях законодатель «пытается изыскать новые словесные формы, с помощью которых дискреции можно было бы дать еще более широкий характер».¹³

Третье значение принципа верховенства права состоит в том, что споры относительно законности действий властей должны решаться судьями, не зависящими от исполнительной власти. В Великобритании, как и в Соединенных Штатах Америки, такие споры рассматривают обычные суды. Право решать спор с государственной властью в «суде обычной юрисдикции, укомплектованном судьями высшей независимости», является важной составляющей англо-американской концепции верховенства права.¹⁴

Четвертое значение принципа верховенства права состоит в том, что закон должен быть беспристрастным в отношениях между властью и гражданином. Это не означает формального равенства закона для обеих сторон, поскольку власть непременно должна иметь «много специальных полномочий». Принцип верховенства права в этом случае, требует, чтобы власть не была наделена в рамках закона «ненужными привилегиями» или «исключениями для себя». Этот принцип означает, что на все органы государственной власти должны распространяться все «обычные юридические обязанности и все виды юридической ответственности», которые не являются несовместимыми с их властными функциями.¹⁵

Таким образом, второй чертой современного «британского» верховенства права является принцип, согласно которому государственная власть в процессе осуществления своих полномочий непременно должна иметь на то «разрешение права». Если же власть нарушает данный принцип или возникает спор относительно содержания «права», то последнее слово остается за судебной властью.

В. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА КАК ДОКТРИНА

Третья основная черта верховенства права заключается в том, что оно может выступать как политическая доктрина, хотя некоторые британские авторы не признают возможным сформулировать простое и однозначное изложение верховенства права в такой форме. По их мнению, по мере развития общества и изменения задач, стоящих перед властью, все – в частности юристы, политики и управленцы – должны быть готовы к тому, чтобы приспособлять «полученные ценности права» к потребностям, диктуемым изменениями. Но в рамках широкой политической доктрины практически никто не возражает против того, что истинное верховенство права невозможно без представительной демократии, поскольку «диктаторская власть наделяет произвольной властью определенного автократа или законодательный орган». Разницу между формальной концепцией верховенства права (принцип законности) и ее субстантивной разновидностью (когда утверждается, что содержание закона должно отвечать общепризнанным цен-

¹²См.: A.V. Dicey. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 10th ed., 1959. P. 202.

¹³См.: W. Wade and C. Forsyth. Op. cit. P. 345.

¹⁴Ibidem. P. 22.

¹⁵Idem.

*Источник: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Middlesex_guildhall.london_ar.jpg?uselang=ru

⁹Ibidem. Pp. 106-107.

¹⁰См.: W. Wade and C. Forsyth. Administrative Law. 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 2000. P. 20.

¹¹Idem.

ностям) большинство английских авторов не рассматривают как дилемму. Они убеждены, что верховенство права имеет как формальные, так и субстантивные черты. Ценность же верховенства права как юридического принципа является максимальной тогда, когда сфера его действия не выходит за пределы ядра «базовой доктрины», которая концентрируется на таких вещах, как законность, порядок и справедливость, и которая всегда делает упор на отрицании произвола власти. Многие юристы соглашались с тем, что именно эти центральные элементы верховенства права, которые «лежат вне плоскости противоречий», являются самыми правдивыми и ценными. Именно благодаря этим своим элементам оно получило признание как «сигнал к борьбе», когда любое посягательство со стороны государственной власти представляет угрозу «идеалам, лежащим в основе правовой системы». Благодаря этому верховенство права постоянно сохраняет за собой все ценности, которые являются жизненно необходимыми для существования «справедливой и совершенной власти».¹⁶

Как в свое время считал профессор Дэйси, свобода англичанина сохраняется благодаря «хрупкому балансу»,¹⁷ который является результатом взаимодействия «трех китов» Британской конституции: верховенства парламента, верховенства права и конституционных «соглашений». Причем конституционные соглашения здесь выступают как «кит», поддерживающий равновесие между верховенством парламента и верховенством права.¹⁸ В современном мире вышеупомянутые положения не потеряли свою актуальность. Так, по мнению профессора Оксфордского Университета В. Богданора (V. Bogdanor), в настоящее время, значение верховенства права намного расширилось. Теперь это означает также признание тех основных прав человека, которые должны быть признаны в любом либеральном обществе. В этом смысле, может возникнуть конфликт между парламентским суверенитетом и верховенством права. Ведь для большей части истории Великобритании, а особенно в XVII веке, Великая Хартия Вольностей использовалась в качестве оружия теми, кто одобрил декларацию основных прав человека и письменную конституцию, с целью ограничить суверенитет Парламента.¹⁹

Большинство государственных служащих согласны, что Парламент должен функционировать на основе принципов разделения властей, верховенства права и демократии. Но в последнее время существует разногласие на счет того, какие принципы обосновывают полномочия Парламента и судебной системы. Так, в процессе громкого дела Джексона (R (Jackson) v Attorney General, 2005), поднимался вопрос о том, имеет ли ограничение верховенства парламента (парламентский суверенитет). Дело Джексона, по сути стало «ареной» столкновения между сторонниками парламентского суверенитета с одной стороны, и верховенства права с другой. Таким образом, давние дискуссии теоретиков о том, имеет ли ограничение доктрина парламентского суверенитета, или может ли Парламент «перешагнуть» через верховенство права были подняты на новый уровень.²⁰ В ходе данного разбира-

¹⁶Ibidem. Pp. 22-23.

¹⁷M. Loughlin. The British Constitution. A Very Short Introduction. Oxford, Oxford University Press. 2013. P. 33.

¹⁸Cristina E. Parau. Core Principles of the Traditional British Constitutions. P.10. http://www.politics.ox.ac.uk/materials/Core_Principles_of_the_British_Constitutions.pdf (доступ 17.09.2016).

¹⁹См.: V. Bogdanor. The sovereignty of Parliament or the Rule of law?

²⁰http://magnacarta800th.com/wp-content/uploads/2011/10/Sovereignty_Parliament_or_the_Rule_Law.pdf (доступ 18.09.2016).

тельства, судья Палаты Лордов – Джон Хоуп (John Hope) высказал следующую мысль: «Верховенство права, подкрепленное судебной властью, есть определяющий фактор, на котором основана наша конституция».²¹ По мнению судьи Палаты Лордов Баронессы Хейл (Baroness Hale): «Судьи отнесутся с подозрением (и могут даже заблокировать) попытку вывода из под судебной юрисдикции государственной деятельности, затрагивающей права и свободы человека, рассматривая это как попытку посягательства на верховенство права».²²

Таким образом, представители высшей судебной власти не надеются, что правительство будет действовать в соответствии с верховенством права, поэтому дело Джексона (R (Jackson) v Attorney General, 2005) они использовали как предупредительный выстрел: если правительство готово на такие беспрецедентные и серьезные шаги нарушающие верховенство права, то со своей стороны судьи готовы ответить такими же шагами, а именно – признавая акты правительства не соответствующими верховенству права.²³ Здесь актуально утверждение, что судьи четко дают понять политикам, что все должны осознавать одну вещь: судебные решения должны выноситься в соответствии с правом, а не – с потребностями политики. Потому что именно с этой целью судьям была гарантирована независимость от политиков и управленцев. Поэтому, если члены Парламента, недовольны судебными решениями, критикуют судью и требуют его отставки, тогда уже сами основы верховенства права могут быть разрушены.²⁴

По утверждению профессора В. Богданора (V. Bogdanor), основной конфликт происходит потому что, понимание судьями содержания верховенства права входит в некоторый конфликт с тем, как Парламент понимает содержание принципа парламентского суверенитета. Так, закон «О правах человека» (принятый Парламентом Великобритании в 1998 г.), имел также целью приглушить подобный конфликт между судебной властью, Парламентом и Правительством. Ведь чтобы защитить права человека упомянутые органы должны действовать совместно. Судьи могут признать акты не соответствующими верховенству права, но над ошибками работают Парламент и Правительство.²⁵

Возможно именно из-за постоянного конфликта между Парламентом и судебной системой, отдельные ученые-юристы придерживаются мнения, что в будущем, в Великобритании на замену «конституции традиций» придет современная конституция (письменная – Ж.Р.), защищаемая специальным органом конституционного контроля.²⁶

Как считают некоторые из юристов, «хотя верховенство права не является единственным требованием конституционной демократии, оно имеет огромное практическое значение в обеспечении справедливых решений и сдерживании дискреции власти».²⁷

²¹См.: Jackson v Her Majesty's Attorney-General [2005] UKHL 56. Para. 107. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/56.html> (доступ 18.09.2016).

²²Ibidem. P. 159.

²³См.: C. McCorkindale and N. McKeirrell. Assessing the relationship between legislative and judicial supremacy in the UK: Parliament and the rule of law after Jackson. Round Table. 2012. No 4. Pp. 341-352. <http://strathprints.strath.ac.uk/41228/> (доступ 18.09.2016).

²⁴См.: J. Harvey and L. Bather. The British Constitution and Politics. 5th ed. London: Macmillan Education, 1982. P. 389.

²⁵См.: V. Bogdanor. Op. cit.

²⁶См.: G. Webber. Eulogy for the constitution that was. International Journal of Constitutional Law. 2014. № 2. P. 485.

²⁷См.: Jeffrey Jowell. The Rule of Law Today // The Changing Constitution / edited by Jeffrey Jowell and Dawn Oliver. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 11.



Зал судебных заседаний Верховного Суда Великобритании
Источник: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:UK_Supreme_Court,_Court_1.JPG?uselang=ru

Именно в этом заключается фундаментальное различие между режимом конституционной демократии, в основе которого лежит принцип верховенства права, и режимом формальной демократии, в основе которого лежит принцип правящего большинства. Как свидетельствует история XX в., деспотические режимы этого периода (тоталитарные – фашистские, коммунистические), а также практика современного периода (современные диктаторские режимы) всегда использовали и далее используют в оправдание «законности» своих решений и действий тот аргумент, что в основе таких решений и действий репрессивного характера якобы лежит «поддержка большинства» – со стороны народа, избирателей, представителей в парламенте и других. Следовательно, третья «британскую» черту верховенства права составляет идея о том, что оно состоит из неизменных правовых ценностей (таких как законность, порядок, справедливость, отрицание произвольной власти). Именно поэтому, даже «поддержка большинства» для принятия решения государственными органами (в том числе – законодательным) недостаточно, потому что это не дает возможности человеку получить все те права и гарантии, к которым он стремится. Все блага, к которым стремится человек, возможно достичь только на основе идеи верховенства права, так как именно в ней заложены высокие идеалы и ценности, выработанные политико-правовой мыслью многих поколений.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, первой чертой современного «британского» верховенства права является обеспечение правового порядка. Думается, такая позиция связана с тем, что большинство людей понимают – экономическое, культурное или другое развитие общества и государства может быть достигнуто только в условиях порядка и безопасности.

Второй чертой выступает принцип, согласно которому государственная власть в процессе осуществления своих полномочий непременно должна иметь на то «разрешение права». Иначе говоря, действия органов государственной власти должны быть строго в

рамках их полномочий. Кроме того, этот принцип также подразумевает, что у Правительства не должно быть «дополнительных» полномочий, в которых нет очевидной необходимости.

Третью черту составляет положение, в соответствии с которым верховенство права состоит из неизменных правовых ценностей – законности, порядка, справедливости, отрицания произвольной власти. Данный принцип служит «барьером» в тех случаях, когда в целях расширения своей дискреции государственная власть приводит различные оправдания, такие как «поддержка большинства», «в интересах большинства» и т.д. Многовековая история развития государства и права убедительно утверждает, что человека от произвольного верховенства власти может защитить только верховенство права.

В конце XX в. верховенство права уже стало тем стандартом к которому стремятся многие государства. Идея, согласно которой «закон должен быть четким и известным всем и не зависеть от капризов человека, составляет часть этой концепции. Но и это еще не все: верховенство права есть даже несколько больше такого понимания. И даже если считать, что идеал никогда не может взять верх над позитивным правом государства, что он не может стать выше стандарта или принципа, к которому можно было бы апеллировать в суде, прося судью отменить национальный закон, все равно современный мир (особенно когда речь идет о странах, которые только встали на путь самостоятельного развития) доказывает потребность в первичных принципах, необходимых для того, чтобы на их основе можно было проверить как предложения относительно нового законодательства, так и действующие его положения на «правильность» или на «содержательную обоснованность». Такие принципы и являются сутью верховенства права как «новой формы закона природы».²⁸

Со времени выхода в свет знаменитого труда профессора Альберта Венн Дайси «Introduction to the Study of the Law of the Constitution» – и практически до конца XX века, то есть на протяжении более ста лет, данная доктрина занимала господствующее положение в британском конституционном праве.²⁹ И если она даже и подвергалась критике, то эту критику подавляющее большинство теоретиков не воспринимали серьезно. Потому что они соглашались с позицией профессора Дайси насчет того, что философский взгляд британцев на жизнь является принципиальным и неизменным в отношении права свободно планировать и свободно жить своей собственной жизнью, не испытывая чрезмерного вмешательства в жизнь со стороны государства. Современные британские авторы отмечают, что в глубине сердца британцев лежит уважение к личности; что это – принцип, который достигает далеких времен их истории; это – главная идея христианства, на которой они выросли; в ней заложены уважение человеческого достоинства, которое они неотступно признают; она является главной в их представлении о цивилизации, поскольку «цивилизованный человек должен быть способным ценить определенную независимость духа и должен иметь гарантии того, что он может свободно – смотреть, читать, думать и говорить».³⁰ Все эти факторы оказались настолько сильными и жизнеспособными, что они даже повлияли на содержание самой доктрины профессора Дайси. Свидетельством этого, являются те изменения в британском конституционном праве, ко-

²⁸ J.F. Garner. Administrative Law. 5th ed. London: Butterworth, 1979. P. 22.

²⁹ См. также: Темирбеков Ж.Р. Альберт Венн Дайси и концепция «rule of law» («верховенство права») // Право и государство. № 1(58) 2013. С. 57-60.

³⁰ См.: J. Harvey and L. Bather. Op. cit. Pp. 434-435.

торые произошли в связи с принятием закона «О правах человека» (1998), после чего суды имеют право осуществлять надзор не только за деятельностью административных органов (исполнительной власти), но и контролировать деятельность самого британского парламента – на соответствие принимаемого ими законодательства содержанию прав человека, предусмотренных Европейской Конвенцией по правам человека.

Ж.Р. Темирбеков: Қазіргі Ұлыбританияның конституциялық құқығындағы құқық үстемдігі: кейбір аспектілері.

Мақалада Ұлыбританияның қазіргі конституциялық құқығы аясында құқық үстемдігі концепциясының кейбір ерекшеліктері зерттеледі. Атап айтқанда, автордың пайымдауына, бүгінгі күнгі «британдық» құқық үстемдігінің негізгі үш ерекшелігі бар. Бірінші ерекшелігі – құқық үстемдігін құқықтық тәртіптің қажетті шарты ретінде түсіну. Екінші ерекшелігі ретінде мемлекеттік билік кез келген әрекеті үшін «құқықтың рұқсатын» алу қағидасы қарастырылады. Үшінші ерекшелігі құқық үстемдігі заңдылық, тәртіп, әділеттілік және жөнсіз билікті терістеу

құндылықтарының синтезі сияқты ережелерді құрайды.

Түйінді сөздер: құқық үстемдігі, адам құқықтары, конституционализм, мемлекеттік билік, көпшілік билігі, заңдылық, конституциялық демократия, әділеттілік, дискреция, парламенттік егеменділік.

Zh. Temirbekov: The rule of law in the constitutional law of modern Britain: some aspects.

The article examines some of the features of the rule of law within the framework of modern constitutional law of the United Kingdom. In particular, the author argues that in our days «British» rule of law is characterized by three main features. The first feature of the rule of law acts as an understanding of the conditions to ensure law and order. The second feature is the principle according to which, the government, for all its actions should have «permission of law». The third feature creates the position, according to which, the rule of law is a synthesis of values such as legality, order, justice and a denial of arbitrary power.

Key words: rule of law, human rights, constitutionalism, government, rule of the majority, legality, constitutional democracy, justice, discretion, parliamentary sovereignty.



НОВЫЕ КНИГИ

Салық Зиманов. Материалы к биографии / Сост. И.М. Козыбаев. 2-е изд., доп. и перераб. Алматы: Раритет, 2016. – 352 с. ISBN 978-601-250-294-7

Сборник документов и материалов посвящен жизни и деятельности видного ученого-правоведа и общественного деятеля, академика Национальной академии наук Республики Казахстан Салыка Зимановича Зиманова (1921–2011). Языком документов, в основном впервые вводимых в научный оборот, освещаются юность героя, его богатый духовный мир, вклад в укрепление независимости страны. Воедино собраны фрагменты воспоминаний С. Зиманова о прожитом и своих современниках – видных деятелях науки и культуры Казахстана.

Книга будет интересна широкому кругу читателей. Рецензию Ж.Р. Темирбекова на первое издание книги И.М. Козыбаева см. в журнале «Право и государство». 2016, № 1.

УСЛОВИЕ О ЕДИНСТВЕ ВОЛИ И ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЯ В АНГЛИЙСКОМ ДОГОВОРНОМ ПРАВЕ



В. С. БЕЛЫХ,
директор Евразийского научно-исследовательского центра
сравнительного и международного предпринимательского
права, заведующий кафедрой предпринимательского права
УрГЮУ (г. Екатеринбург, РФ), заслуженный деятель науки
РФ, д. ю. н., профессор

В статье исследуется одно из условий действительности договора в английском праве – условие о единстве воли и волеизъявления. Подробно рассматриваются основания признания договора недействительным в случае несоответствия воли и волеизъявления: ошибка (mistake, error); введение в заблуждение (misrepresentation); принуждение (duress); злоупотребление влиянием (undue influence). При этом автор использует различные источники: литературные, нормативные и судебные прецеденты.

Ключевые слова: условия действительности договора, условие о единстве воли и волеизъявления, основания признания договора недействительным, ошибка, введение в заблуждение, принуждение, злоупотребление влиянием.

Отсутствие в соглашении пороков воли – условие действительности договора. В Англии основной источник регулирования в этой сфере – судебная практика. В то же время здесь применяются отдельные законы. Один из них – Закон о введении в заблуждение 1967 г. (Misrepresentation Act 1967).

Основаниями для признания договора недействительным в случае несоответствия воли и волеизъявления являются: а) ошибка (mistake, error); б) введение в заблуждение (misrepresentation); в) принуждение (duress); г) злоупотребление влиянием (undue influence). Рассмотрим их более подробно.

Начнем с ошибки. В курсах английского договорного права выделяют различные основания для классификации норм, определяющих правовое значение ошибки при заключении договора. Так, Поллок выделяет три группы оснований: ошибка в характере сделки; ошибка в лице; ошибка в предмете договора. В свою очередь, Самонд и Вильямс различают: ошибку в выражении (in verbis), в согласии (in consensus), в основании (in causa).¹ В зависимости от вида ошибки решается вопрос о ее влиянии на действительность договора. Чешайр и Фифут выделяют «общую ошибку» (common mistake), «взаимную ошибку» (mutual mistake) и «одностороннюю ошибку» (unilateral mistake).² Каждый вид ошибки подробно исследуется.

© В. С. Бельих, 2016

¹См.: Халфина Р.О. Договор в английском гражданском праве. М., 1959. С. 239.

²Cheshire, Fifoot & Furmston's. Law of Contract. Thirteenth ed. London, Edinburgh, Dublin, 1996. P. 234-272.

Напротив, некоторые авторы не выделяют ошибки в качестве самостоятельного основания признания договора недействительным. Так, Джозеф Читти (Chitty) в своем труде вообще не рассматривает вопрос об ошибке.³

Иногда имеет место смешение смежных понятий, таких как «заблуждение» и «ошибка». Например, Самонд и Вильямс отмечают: «Различают три вида заблуждения или ошибки, которые влияют на действительность или юридические последствия договора». При этом названные авторы особо выделяют такое основание как введение в заблуждение (misrepresentation).

Профессор Трейтел также дифференцирует ошибки на три вида: общие, взаимные и односторонние.⁵ В качестве примеров для иллюстрации широко используется судебная практика. Так, в решении по делу Bell v. Lever Bros Ltd.⁶ лорд Atkin указал: «Когда ошибка имеет место, она сводит на нет либо делает недействительным согласие сторон». Ошибка сводит на нет согласие, когда приводит стороны к противоположным намерениям, то есть препятствует достижению соглашения. Далее, видный ученый отмечает, что по закону, ошибка делает договор недействительным⁷, однако данное правило действует в очень узких пределах. Считается коммерчески удобным, что договор должен исполняться. Право справедливости иногда предоставляет средства защиты на случай ошибки, однако это никак не влияет на положения общего права. Современные прецеденты значительно ограничили возможность предоставления такого средства защиты.⁸ К ошибочно подписанным документам применяются специальные правила.⁹

По общему правилу, ошибка не влияет на действительность договора (кроме тех случаев, когда вследствие ошибки не может быть согласованного волеизъявления сторон (consensus ad idem) и, следовательно, договора. Однако в судебной практике наблюдается про-

³См.: J. Chitty A practical treatise on the law of contracts, not under seal: and upon the usual defences to actions thereon. Springfield, 1839.

⁴Самонд и Вильямс. Основы договорного права. М., 1955. С. 247.

⁵Treitel G.H. The Law of Contract / by Edwin Pell. Twelfth ed. London: Sweet & Maxwell, 2007. P. 310-311.

⁶[1932] A.C. 161 at 216.

⁷См.: Associated Japanese Bank (International) Ltd v. Credit du Nord SA [1989] 1 W.L.R. 255 at 268.

⁸The Great Peace [2002] EWCA Civ 1407; [2003] Q.B. 679.

⁹Treitel G. H. Op. cit. P. 310-360.

тиворечивость и непоследовательность при принятии конкретных решений по спорным вопросам.

Теперь коротко остановимся на вопросе: в каких случаях ошибка рассматривается как исключительное согласие волеизъявление. Первое – существенная ошибка относительно характера сделки. В этой связи можно привести следующий пример из судебной практики. Например, лорд Невиль попросил ответчика поставить свою подпись на листке бумаги, при этом объяснил, что документ касается семейных дел, а потому ответчик должен подписать его как свидетель. Однако оказалось, что он подписал вексель на сумму 11 113 ф. ст. на имя истца. Под обеспечение этого векселя истец – третье лицо, не имевшее никакого представления об обмане, совершенном лордом, выдал последнему деньги. Какое же последовало решение суда?

Суд признал, что здесь имела место **существенная ошибка**. Хотя, по мнению Р.О. Халфиной, в данном случае налицо в чистом виде обман.¹⁰

Ошибка в лице исключает согласованное волеизъявление, поскольку личность контрагента имеет существенное значение. Ведущий прецедент по этому вопросу – дело Боултона против Джонса. Ответчики заказали партию товаров у продавца Брокльхерста, не зная, что последний передал свое предприятие истцу. Истец прислал требуемые товары, которые были ответчиками получены и использованы. Когда после этого истец прислал ответчикам извещение о платеже, ответчики, узнав о том, что товары были посланы не Брокльхерстом, а истцом, отказались от отплаты. Они считали, что между ними и истцом никаких договорных отношений не было. Суд встал на сторону ответчиков, указав, что договор не был заключен и что единственный, кто мог бы требовать оплаты по счету, это – Брокльхерст.¹¹

На наш взгляд, несоответствие личности поставщика не имело существенного значения для дела, а Брокльхерст не мог требовать оплаты за товары, так как они ему не принадлежали. Тем не менее, суд вынес решение в пользу ответчиков. Правда, возникает вопрос: причем здесь договорные отношения, если Брокльхерст передал (или продал свой бизнес) другому лицу?

Ошибка в предмете сделки рассматривается как исключительное согласованное волеизъявление тогда, когда она столь существенна, что если бы ее не было, договор не мог быть заключен. Примером такой ошибки является отсутствие или гибель объекта договора, не известные в момент заключения договора. Ошибки в качестве, количестве, свойствах, характере вещей служат основаниями недействительности договора, когда такая ошибка настоль-

¹⁰Халфина Р.О. Указ. соч. С. 242.

¹¹См.: Халфина Р.О. Указ. соч. С. 243; Самонд и Вильямс. Указ. соч. С. 273.

ко значительна, что вещь или требование, являющиеся предметом сделки, совсем не таковы, какими они представлялись сторонам при заключении договора. Суд в каждом конкретном случае определяет значение ошибки.¹² Действительно, воистину английское право разумом не понять!

Исполнение договора невозможно, а потому он ничтожен, когда обе стороны ошиблись в существовании предмета договора. Например, в судебном деле было признано, что договор о разделе имущества между мужчиной и женщиной, ошибочно полагавшими, что они состоят в браке, ничтожен, поскольку основан на несуществующем факте (нахождении в браке).¹³ Аналогично, договор ренты был признан ничтожным, так как в момент его заключения, получатель ренты умер, так что рента более не существовала.¹⁴

В своем фундаментальном исследовании Трейтел приводит следующие выводы судебной практики. В деле The Great Peace Апелляционный суд сформулировал элементы, которые должны быть в наличии, чтобы ошибка позволила аннулировать договор:

- должно иметь место предположение о состоянии дел;
- не одна из сторон не должна давать гарантию (warranty), что состояние дел именно таково;
- иное состояние дел (не то, которое стороны имели в виду, вступая в договор) не должно иметь место по умыслу одной из сторон;
- иное состояние дел должно приводить к невозможности исполнения договора;
- состояние дел может быть существующим или существенным атрибутом встречного предоставления, которое должно иметь место, или обстоятельств, которые должны существовать, если исполнение договорного обязательства возможно. Что касается последнего элемента, суд выразил сомнения в возможности применить его к различным типам ошибок. В каком-то смысле, единственным типом ошибок, которые называются «существенными» или делающими исполнение договора невозможным, являются ошибки в существовании предмета договора.¹⁵

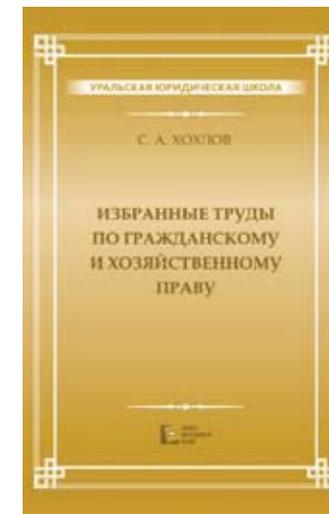
Введение в заблуждение (misrepresentation). Оно может быть непреднамеренным, невиновным (innocent misrepresentation) или намеренным, обманным (fraudulent misrepresentation, fraud), либо вследствие небрежности. Как видно, английское договорное право под термином «misrepresentation» понимает не только невиновное, но и обманное введение в заблуждение. Иначе говоря, обман – это разновидность введения в заблуждения.

¹²Халфина Р.О. Указ. соч. С. 244.

¹³Galloway v. Galloway (1914) 30 T.L.R. 531.

¹⁴Strickland v. Turner (1852) 7 Ex. 208.

¹⁵Treitel G. H. Op. cit. P. 314.



Введение в заблуждение в результате обмана. Наличие обмана определяется в зависимости от поведения контрагента, сообщаемого неправильные (ложные) сведения. Для признания договора оспоримым на основании обмана необходимо присутствие любой формы вины (умысла, эвентуального умысла, неосторожности) лица, сообщаемого ложные сведения.

Основной судебный прецедент – дело Дерри против Пика (Derry v. Peek, 1899). На основании специального акта парламента компания получила право эксплуатировать трамвайные линии, используя или механическую энергию. Директора компании полагали само собой разумеющимся получение разрешения Министерства торговли, поскольку передали туда планы, и никаких возражений не последовало. Поэтому они выпустили проспект о том, что компания имеет право эксплуатировать трамвайные линии с применением паровой и механической энергией. Истцы приобрели паи компании, а Министерство торговли в конечном итоге отказало в разрешении, и компания была ликвидирована. Истцы предъявили к директорам иск об обмане.¹⁶

Итак, был предъявлен иск об обмане, и чтобы выиграть дело, надо было доказать наличие обмана. Лорд – судья Хершелл сказал: «Во-первых, для удовлетворения иска об обмане необходимо доказать обман и ничто иное не будет достаточным. Во-вторых, обман доказан, если доказано, что неправильное сообщение было сделано: 1) сознательно или 2) без уверенности в его истинности или 3) опрометчиво, неосторожно в отношении его истинности или ложности». Далее, лорд Хершелл указал, что сделанное из-за отсутствия должной заботливости ложное заявление не является обманом, даже если было установлено, что небрежность была значительной.¹⁷

Истцы не доказали наличие обмана со стороны дирекции компании. По мнению суда, директора действовали добросовестно. Однако ничего, кроме обмана, не может быть принято во внимание. В иске было отказано.

В этой связи интересными представляются рассуждения Самонда и Вильямса о введении в заблуждение в результате обмана. Вот что они пишут: «Учение о том, что критерием для установления наличия обмана служит отсутствие у лица уверенности в достоверности сообщаемых им сведений, может быть выражено следующим образом: для решения вопроса о том, является ли какое заявление, независимо от его формы, обманом, или нет, критерием служит уверенность в достоверности этого заявления у лица, его делающего... Критерий здесь – субъективный, а не объективный. Степень уверенности может быть различной. Она может варьироваться от абсолютной осведомленности до различных степеней сомнения и колебания».¹⁸

Вместе с тем, фактом в утверждении будь то ложное или правдивое утверждение судебной практикой понимаются и *объективные события или явления*, о которых идет речь и субъективные мнения, убеждения, предположения о событиях. Так в решении по одному из дел Лорд-судья Боуэн сделал следующее утверждение: «Состояние человеческого ума такой же факт, как и состояние его желудка». Человек может обмануть другого, создав у него

неправильное представление о своем мнении по поводу вещей в не меньшей мере, чем, создав у него неправильное представление о самих вещах.¹⁹ Мы также считаем, что при оценке обмана и непреднамеренного (невиновного) введения в заблуждение должен использоваться комплексный подход, сочетающий субъективный и объективный критерии оценки.

Введение в заблуждение вследствие небрежности. В первую очередь, надо определить, что есть небрежность в английском праве. В английском праве термин «negligence» имеет различные значения: **1)** форма вины, т.е. внутренне (психическое) отношение к своим противоправным действиям (например, лицо может совершить деликт умышленно или небрежно, неосторожно); **2)** отдельный вид деликта, заключающийся в нарушении установленной законом обязанности проявлять осмотрительность по отношению к определенным лицам, с тем чтобы избежать причинения им вреда;²⁰ **3)** разновидность введения в заблуждение как основание для признания договора недействительным при отсутствии единства воли и волеизъявления в договоре. Отсюда это понятие вызывает трудности как в научном плане, так и в правоприменительной практике. По крайней мере, в английской и отечественной литературе нет четкого определения термина «negligence».

Так, В. Ансон различает два вида небрежности с точки зрения последствий. Потерпевшее лицо, прежде всего, вправе отказаться от договора, как и в случаях обмана. До принятия Закона о введении в заблуждение 1967 г. отсутствовал прецедент, позволяющий стороне требовать также возмещения убытков. Хотя в 1963 г. в решении по делу Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd. [1964] Палата лордов распространила ответственность за убытки, взыскиваемые при причинении внедоговорного вреда (tort), на случаи введения в заблуждение по небрежности и нашла, что обязанность проявить должную осмотрительность предполагается и в ситуациях, когда между лицом, делающим заявление (claim), и лицом, к которому оно обращено, было «особое отношение». Однако Палатой лордов не было четко рассмотрено влияние данного решения на право, относящееся к введению в заблуждение, не были сформулированы критерии для выявления наличия таких «особых отношений», унифицированных с точки зрения терминологии. Тем не менее, впоследствии были судебные решения, согласно которым введение в заблуждение одной стороной по небрежности другой стороны в заблуждение до заключения договора служило основанием для предъявления иска о внедоговорном причинении вреда вследствие сделанного по небрежности ложного заявления, если сделавшее такое заявление лицо имело или предполагалось имеющим специальные познания или мастерство в том, что касалось сообщенных фактов.²¹ Бремя доказывания наличия небрежности лежит на стороне, которая на нее ссылается.

Закон о введении в заблуждение (п. 1 ст. 2) установил право требовать возмещения убытков, когда лицо заключило договор, будучи введенным в заблуждение другой стороной, и вследствие этого потерпело ущерб, если виновное лицо не докажет, что имело разумное основание считать и действительно считало до момента заключения договора, что сообщенные им факты были правильными.²²

¹⁹http://superinf.ru/view_helpstud.php?id=3051

²⁰См.: Матвеев Ю. Г. Англо-американское деликтное право. М., 1973. С. 160.

²¹Ансон В. Договорное право/ под общ. ред. О.Н. Садикова. М., 1984. С. 161.

²²Butterworth's Commercial and Consumer Law. Third ed. / Ed. by Gwyneth Pitt. London, Edinburgh, Dublin, 1999. P. 160.

Как видно, в Законе нет ссылки на небрежность (negligence), но, по мнению В. Ансона, использование слов «разумное основание считать» может давать повод к выводу о том, что возложенная на делающую сообщение сторону обязанность *равнозначна обязанности проявлять осмотрительность в отношении небрежности*, степень которой может меняться в зависимости от обстоятельств, при которых сделано сообщение.²³ Правда, непонятно: почему В. Ансон пришел к такому выводу?

На наш взгляд, термин «небрежность (negligence)» занимает промежуточное положение между невиновным введением в заблуждение и обманом. Если при наличии обмана потерпевшее лицо вправе не только расторгнуть договор, но и потребовать возмещение убытков, то при невиновном введении в заблуждение можно лишь расторгнуть договор, но нельзя взыскать убытки. В случае небрежности потерпевшее лицо, как уже отмечалось выше, вправе отказаться от договора, а также потребовать возмещения убытков в зависимости от конкретных обстоятельств, при которых сделано сообщение. Здесь учитываются как объективная сторона небрежности (действия или бездействия), так и субъективная сторона (форма вины).

Невиновное (непреднамеренное) введение в заблуждение. По общему правилу, невиновное введение в заблуждение имеет место тогда, когда нет элементов обмана или небрежности. Далее, непреднамеренное введение в заблуждение может служить основанием для признания договора недействительным при определенных условиях. Средства защиты, применяемые в данном случае, – потерпевшая сторона вправе расторгнуть договор, но не вправе добиваться возмещения убытков. Рассмотрим это более подробно.

Прежде всего, любое введение в заблуждение (обман, невиновное поведение) должно относиться к определенным фактам, наличие или отсутствие которых существенно для договора. Возникает вопрос: какие факты и соответственно части договора являются существенными для квалификации действий или бездействия стороны в качестве введения в заблуждение?

В. Ансон выделяет четыре группы условий договора и фактических ситуаций, которые могут привести к заключению о применении последствий недействительности договора по причине введения в заблуждение. К ним относятся, в частности:

- а)** предмет договора;
- б)** правовой титул;
- в)** качество вещи, по поводу которой заключен договор;
- г)** ложное и существенное предположение, относящееся к основанию договора.²⁴ При этом автор справедливо отмечает, что нельзя установить

²³Ансон В. Указ. соч. С. 162.

²⁴Ансон В. Указ. соч. С. 191.

какого-либо систематического критерия для определения того, распространяются или нет предусмотренные сторонами обязательства на ситуацию, которая возникла неожиданно.

Например, предметом договора купли-продажи являются товары (goods). Согласно ст. 61 (1) Закона о купле-продаже товаров 1979 г. (Sale Goods Act 1979) под *товарами* понимается всякое движимое имущество, за исключением имущества в требованиях и денежных средств. Движимое имущество включает плоды, посевы, урожай, полученный в результате периодической обработки земли (emblements), а также вещи, связанные с недвижимостью или составляющие часть ее, но относительно которых установлено, что они будут отделены перед продажей или в силу соглашения о продаже.²⁵

Итак, предметом договора купли-продажи в соответствии с Законом 1979 г. является движимое имущество. Недвижимость регулируется специальными законами (Law of Property 1925, Real Property Act 1900 и др.).

Ложное и существенное предположение, относящееся к основанию договора. По мнению В. Ансона, когда стороны договора находятся под влиянием ложного и существенного предположения, лежащего в основании договора, которое они, как это следует считать, рассматривали в качестве основы их соглашения, договор может быть недействительным.²⁶ В этой связи возникает ряд вопросов: а) что есть ложное и существенное предположение; б) что понимается под основанием договора; 3) почему ложное предположение оказалось в группе невиновного введения в заблуждение.

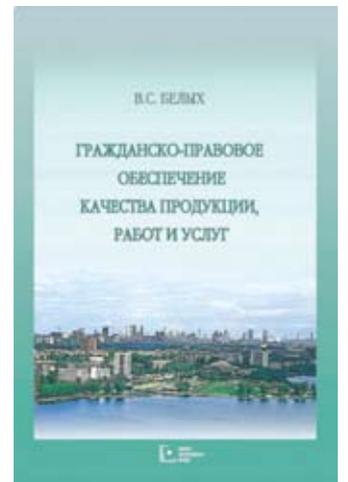
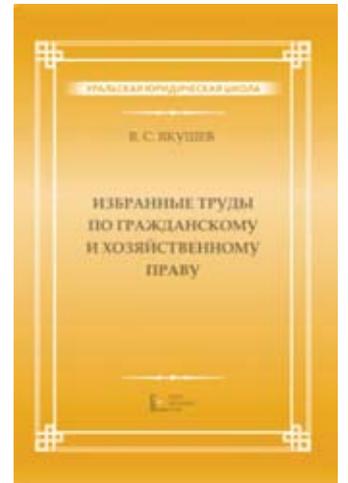
На эти вопросы нет ответов в английской и отечественной литературе. По крайней мере, В. Ансон пишет: «Здесь идет речь не об особом и отличающемся от уже названных категорий заблуждений, а скорее о более сжатом выражении того вида ошибки, наличие которой необходимо для признания договора недействительным».²⁷ **Итак,** опять очередная неопределенность, усиленная смешением понятий «введение в заблуждение» и «ошибка». Кроме того, ложное и существенное предположение – это нечто гибридное выражение ошибки, мало чем отличающейся от иных категорий заблуждений. Как говорится, все смешалось, как в бординском сражении!

При невиновном введении в заблуждение потерпевшая сторона может сослаться на заблуждение в иске об исполнении договора в натуре (specific performance). И не только. В случае заблуждения могут применяться три средства защиты:

²⁵Butterworth's Commercial and Consumer Law. Third ed. / Ed. by Gwyneth Pitt. P. 656.

²⁶Ансон В. Указ. соч. С. 196.

²⁷Там же. С. 196.



а) отказ в вынесении приказа об исполнении в натуре;
б) внесение поправок в письменный договор;
в) расторжение договора. По мнению В. Ансона, эти средства защиты по праву справедливости реализуются на практике там, где общее право отказывается от вмешательства.²⁸

Принуждение и злоупотребление влиянием. В английском праве принуждение (duress) понимается, как «принуждение посредством побоев, лишения свободы или угроз», т.е. прямое насилие и угроза его применения.

Правила о принуждении выработаны общим правом и применяются при наличии совокупности условий: **1)** действие, которым угрожали, должно являться противоправным, причем угроза должна быть угрозой совершения преступления или гражданского правонарушения. Угроза совершить действие, которое лицо имеет право или обязано совершить, не может рассматриваться как принуждение, опорочивающее договор; **2)** насилие или угроза насилием должны относиться к личности контрагента, а не к его имуществу; **3)** кроме того, угроза насилием должна быть реальной.²⁹

Случаи открытого насилия сравнительно редки, хотя принуждение может заключаться в непосредственном насилие или даже лишении свободы. По мнению В. Ансона, в общем праве угроза законного лишения свободы, т.е. уголовного преследования обычно не представляла собой принуждение. Однако в праве справедливости угроза одной стороны возбудить судебное преследование другой за уголовное преступление могла создать основание, по которому договор мог быть признан судом недействительным (Williams v. Bayley, 1886).³⁰ В настоящее время это правило права справедливости имеет преимущественную силу при принятии судебного решения.

Профессор Трейтел на основе современной судебной практики приводит новые аргументы в пользу экономического давления, в том числе в отношении товаров (имущества). В частности, он отмечает, что распространенное в 19 веке мнение, согласно которому только незаконное насилие лица представляет собой принуждение, привело к заключению, что контракт не может быть признан недействительным по причине «принуждения товаров».³¹ Это означало, что соглашение сторон по оплате поставленных товаров, которые были незаконно задержаны или для предостережения их незаконного захвата, было действительным.³² Теперь ситуация изменилась и «принуждение товаров» (duress of goods) рассматривается в качестве основания для признания такого соглашения недействительным с учетом необходимой причинно-следственной связи.³³ Далее, Трейтел заключает, что принуждение товаров является разновидностью экономического принуждения в широком смысле слова.

Что касается экономического давления, то оно имеет место тогда, когда является незаконным и одной из существенных причин, побуждающих сторону заключить соответствующий договор.³⁴ Поэтому главная задача судов провести различие между соглашениями, которые являются результатом простого «коммерческого

давления» (например, в силу экономического неравенства партнеров) и теми соглашениями, которые были подвергнуты незаконному (ненадлежащему) экономическому давлению (принуждению), пользуясь так называемым «тестом», который должен показать, что сделка без принуждения вообще могла бы не состояться или состоялась бы, но на других условиях. Пример: лицо, которое должно было сделать стенды для выставки, за неделю до выставки сообщило клиенту, что не сделает стенды, пока он не выплатит дополнительную сумму денег. Такая ситуация могла поставить под удар выставку и репутацию клиента, а также повлекла бы за собой убытки клиента. При таких обстоятельствах суд установил, что имело место экономическое принуждение, и клиенту должны вернуть уплаченную сверх договора сумму. Другая ситуация: акционеры не хотели заключать договор с компанией, требуя у нее гарантии от убытков. Компания, думая, что риска убытков практически нет, дала такую гарантию. В этом случае никакого экономического принуждения не было. Если перевозчик не хочет перевозить товар, пока ему не выплатят дополнительную сумму денег, то применяется указанное выше правило. Иногда такие дела рассматриваются с точки зрения несправедливого обогащения, ошибки в праве или необоснованного требования, а также в судах общего права.³⁵

Злоупотребление влиянием (undue influence) – это случаи при моральном принуждении, неопытности контрагента, его незнания, суеверия, беспомощного положения. Иногда в качестве злоупотребления влиянием рассматриваются случаи мошенничества. Злоупотребление влиянием констатируют также при наличии прямого шантажа. Например, в одном из ведущих прецедентов – деле Уильямса против Бейли (Williams v. Bayley, 1866) хозяева банка, угрожая отцу возбудить уголовное преследование против его сына, принудили отца выдать закладную на свое имущество. Договор был признан недействительным вследствие злоупотребления влиянием.³⁶

Как видно, злоупотребление влиянием – весьма широкое и неопределенное понятие. Поэтому на практике суды принимают то или иное решение с учетом конкретных обстоятельств. Так, презумпция злоупотребления влиянием опровергается, если сторона, получающая выгоду от сделки, докажет, что имело место свободное изъявление воли. Самый лучший способ доказать это обстоятельство – показать, что сторона получила независимый совет (рекомендацию) перед заключением сделки. Совет должен быть компетентным и основанным на соответствующих фактах. Независимый консультант должен был одобрить сделку, а потому его совет был выполнен.³⁷ Аналогичное правило применяется тогда, когда солиситор покупает что-либо у клиента или продает ему что-либо. Солиситор должен доказать, что клиент был проинформирован обо всех обстоятельствах сделки, что сделка была справедливой. Солиситор должен предоставить полную информацию.

В литературе и судебной практике особо выделяется злоупотребление влиянием при наличии фидуциарных отношений. Так, Самонд и Вильямс называют два вида этих отношений: **1)** те отношения, которые признаются таковыми (фидуциарными) в силу нормы права; **2)** второй вид отношений, в которых фидуциарный элемент не презюмируется правом, а его существование должно

быть доказано в каждом отдельном случае. К числу фидуциарных отношений первого вида относятся, например, отношения между доверительным собственником и его бенефициарием, агентом и принципалом, солиситором и клиентом, врачом и пациентом, духовным лицом и теми, кто находится под его руководством, родителем и ребенком.³⁸ При этом под *фидуциарными отношениями* понимаются отношения, суть которых заключается в обязанности сторон добросовестно информировать друг друга о всех известных либо существенных фактах, могущих повлиять на условия заключенного договора. Однако, на наш взгляд, принцип наивысшего доверия (uberrimae fidei) сторон по любому договору не имеет ничего общего с личностно-доверительными (фидуциарными) обязательствами.

Впервые юридическое определение данного принципа было сформулировано в Англии в 1766 г. при рассмотрении дела Картер против Боэма (Carter v. Boehm): «Специальные сведения, на основании которых рассчитывается возможный шанс, кроются чаще всего в знаниях только страхователя: страховщик доверяет его заявлению, с уверенностью предполагая, что страхователь не скрывает никаких известных ему обстоятельств, которые могли бы ввести в заблуждение страховщика и заставить его поверить, что данные обстоятельства не существуют. Соккрытие таких обстоятельств считается мошенничеством, и, следовательно, договор страхования является ничтожным... Наивысшее доверие запрещает одной стороне скрывать известные только ей сведения, вовлекая другую сторону в сделку, пользуясь невежеством другой стороны, которая считает обстоятельства совсем иными...».³⁹

Стороны могут заключить первоначальное соглашение, которое является оспоримым из-за злоупотребления влиянием, но потом заменить его следующим соглашением, которое само по себе не является таковым (оспоримым). Если злоупотребление влиянием распространяется и на второе соглашение, т.е. одна из сторон не уверена, что первое соглашение можно было аннулировать, то влияние распространяется и на второе соглашение.

Обычный способ защиты прав при злоупотреблении влиянием – аннулирование сделки. Сторона, чьи интересы нарушены, вправе обратиться в суд с требованием о расторжении договора. Пра-

³⁸Самонд и Вильямс. Указ. соч. С. 347.

³⁹См.: Шинкаренко И. Э. Страхование ответственности: Справочник. М., 1999. С. 80-81.

во расторжения договора может быть утрачено, если затрагиваются права третьих сторон. Возмещение ущерба, как таковое, не может применяться в случаях злоупотребления влиянием. Если расторжение договора невозможно, суд может присудить потерпевшему лицу от злоупотребления влиянием разницу между тем, на что он соглашался в сделке и стоимости в настоящее время.⁴⁰ Средства правовой защиты могут быть предоставлены на основании злоупотребления влиянием даже, если лицо, которое получило подарок или обещание, само не приобрело от этого выгоды. Например, священник получил подарок, чтобы использовать его на благо религиозного ордена.

В.С. Белых: Ағылшын келісімшарт құқығындағы ерік бірлігі мен ерік білдіру туралы шарты.

Мақалада ағылшын құқығындағы келісімшарттың қолданылу шартының бірі – ерік бірлігі мен ерік білдіру туралы шарты зерттеледі. Ерік бірлігі мен ерік білдірудің сәйкессіздігі жағдайында келісімшартты жарамсыз деп танудың негіздері жан-жақты қарастырылады: қате (mistake, error); бұрмалауға жол беру (misrepresentation); мәжбүрлеу (duress); ықпал етуді теріс пайдалану (undue influence). Сонымен қатар, автор әдеби, нормативтік және сот прецеденттері сияқты әр түрлі дереккөздерін пайдаланған.

Түйінді сөздер: келісімшарттың қолданылу шарттары, ерік бірлігі мен ерік білдіру туралы шарт, келісімшартты жарамсыз деп танудың негіздері, қате, бұрмалауға жол беру, мәжбүрлеу, ықпал етуді теріс пайдалану.

V. Belykh: Conditions of unity of will and expression of will in English law of contracts.

The article examines one of the conditions of validity of the contract in English law - the condition of the unity of will and expression of will. The detailed review of the base of the recognition of the contract null and void in the event of non-compliance of will and expression of will: error (mistake); misrepresentation, coercion (duress); undue influence. The author uses a variety of sources: literary, regulatory and judicial precedents.

Key words: conditions of validity of the contract, the condition of the unity of will and expression of will, grounds of recognition of an agreement null and void, error, deception, coercion, undue influence.

⁴⁰Treitel G.H. Op. cit. P. 446-463.

²⁸Ансон В. Указ. соч. С. 213.

²⁹Халфина Р. О. Указ. соч. С. 254.

³⁰Ансон В. Указ. соч. С. 178.

³¹Treitel G.H. Op. cit. P. 443.

³²Skeate v. Beale (18410 11 A. & E. 987).

³³The Universe Sentinel (1983) A. C. 366; The Alev (1989) 1 Lloyd's Rep. 293.

³⁴См.: The Universe Sentinel (1983) A. C. 366 at 400; R v Attorney General for England and Wales (2003) UKPC 22 at 15.

³⁵Treitel G. H. Op. cit. P. 444-445.

³⁶Халфина. Указ. соч. С. 255.

³⁷Treitel G.H. Op. cit. P. 314.



НОВЫЕ КНИГИ

Белых В.С. Договорное право Англи: сравнительно-правовое исследование: монография. Москва: Проспект, 2017. – 208 с. ISBN 978-5-392-23501-8

В книге приведен сравнительный анализ английского и российского законодательства, регулирующего договорные отношения. Данное издание посвящено общим положениям о договоре. Дается характеристика английского договора, раскрываются источники права, юридическая природа договора, условия действительности договора. Особое внимание уделяется вопросам заключения, исполнения и прекращения договора. Отдельно исследуются проблемы применения средств защиты за нарушения законодательства, судебных решений и условий договора. В настоящей монографии используется судебная практика по актуальным вопросам договорного права. Кроме того, в работе представлены комментарии известных ученых и практиков по применению законов (статуты), актов делегированного законодательства, судебных прецедентов и торговых обычаев. Монография посвящена светлой памяти супруги автора Белых Ларисы Алексеевны.

ПАРЛАМЕНТ ВЕЛИКОБРИТАНИИ¹



А. Х. САИДОВ,
профессор сравнительного и международного права,
директор Национального центра Республики Узбекистан по
правам человека (г. Ташкент, Республика Узбекистан), д. ю. н.

В статье подробно рассматривается порядок формирования, формы деятельности, законодательные процедуры и место в политической системе общества парламента Великобритании. Автором также прослеживается эволюция развития парламентаризма в Великобритании.

Ключевые слова: Великобритания, Соединенное Королевство, парламент, палата лордов, палата общин, королева, монарх, депутаты, лейбористы, консерваторы.

ПРЕДЫСТОРИЯ БРИТАНСКОГО ПАРЛАМЕНТАРИЗМА

В I тысячелетии до н.э. территорию современной Великобритании заселяли племена кельтов-бриттов. В I в. часть британских островов была завоевана римлянами, а в V–VI вв. – англосаксами. В VI в. завершился процесс феодализации, сопровождавшийся политическим объединением страны, получившей название Англия. **Англия существует как объединенное государство с X века.**

© А. Х. Саидов, 2016

¹О парламенте Великобритании см. работы А.Х. Саидова и других авторов: Бромхед П. Эволюция британской конституции. М., 1978; Великобритания. Конституция и законодательные акты. М., 1985; Богдановская И.Ю. Закон в английском праве. М., 1987; Шаповал В.Н. Британская конституция. Политико-правовой анализ. Киев, 1991; Крылова Н.С. Британский парламентаризм // Очерки парламентского права. М., 1993; Конституция Великобритании // Конституции государств Европейского Союза. М., 1997; World Encyclopedia of parliaments and legislatures. Washington, 1998. Vol. I.; Романов А.К. Правовая система Англии. М., 2000; Тимошенко И.Г. Палата общин и Палата лордов Парламента Великобритании // Институты конституционного права иностранных государств. М., 2002; Правовые системы стран мира. 3-е изд. М., 2003; Саидов А.Х. Межпарламентские организации мира: Справочник. М., 2004; Дербишайр Д.Д., Дербишайр Я. Политические системы мира: В 2-х т. Т. 1. М., 2004; Саидов А. Двухпалатный парламент: новый этап в демократизации узбекистанского общества и построении правового государства // Общественное мнение. Права человека. 2004. № 4. С. 12–14; Он же. Парламентское измерение международных отношений // Международное публичное и частное право. М., 2005. № 1. С. 40–46; Он же. Формирование международного парламентского права // Московский журнал международного права. М., 2006. № 3. С. 17–41; Он же. Политические партии в парламентском процессе // Демократизация и права человека. 2007. № 1. С. 92–102; World Directory of Parliaments. Geneva, 2005; Саидов А. Национальные парламенты мира: энциклопедический справочник. М.: Волтерс Клувер, 2005; Он же. Парламентское измерение международных отношений. Т.: ПРООН, 2006; Он же. Международное парламентское право / Отв. ред. З. Убайдуллаев. Ташкент, 2007; Он же. Межпарламентские организации и меж-

В 1265 г. был образован Парламент, оформилась сословная монархия. В 1640 г. в стране началась буржуазная революция, в 1649 г. было провозглашено правление Парламента. На протяжении XVII в. продолжался захват колоний. В 1660 г. Королем Англии стал Карл II из династии Стюартов, что означало восстановление монархии. **В 1707 г. после подписания англо-шотландской Унии страна получила новое название – Великобритания.** В 1714 г. британский престол заняла Ганноверская династия (Король Георг I). В XVIII в. в основном завершилось создание британской колониальной империи. Принятый в 1931 г. Вестминстерский статут закрепил признание юридического равноправия доминионов с метрополией. Им же было оформлено создание Содружества.

Соединенное Королевство – многонациональное государство. Создавалось оно постепенно: в 1543 г Англия присоединила Уэльс, в 1707 г. – Шотландию, а в 1800 г. – Ирландию. После почти 100 лет бурных дебатов большая часть Ирландии в 1921 г. отделилась от Великобритании. Шесть графств на севере страны остались в составе Великобритании, образовав Северную Ирландию.

Долгое время Британия владела обширными заморскими территориями, однако после 1945 г. постепенно отказалась от своих прав на большую их часть, а к началу 1990-х под ее управлением осталось лишь 14 небольших владений. Самое и большое и важное из этих владений – Сянган (Гонконг) было передано под юрисдикцию Китая в 1997 г. Тем не менее в конце XX в. Великобритания все еще оставалась центром добровольной ассоциации 50 бывших колоний и доминионов, известной как Содружество. Официальным главой Содружества является монарх, который председательствует на проходящих раз в полгода совещаниях глав правительств стран, входящих в Содружество.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ПАРЛАМЕНТА И ПАРЛАМЕНТСКОГО ПРАВЛЕНИЯ В ВЕЛИКОБРИТАНИИ

Великобритания – центр Содружества, политического и экономического объединения стран и территорий, входивших ранее в Бри-

дународное право (парламентское измерение международных отношений) // Международное право и международные организации. М., 2011. № 1. – С. 28–42; Конституция Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии // Избранные конституции стран Европы / Отв. ред. Б.А. Страшун. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2016; и др.

танскую империю. Кроме Великобритании членами Содружества являются 44 страны, в том числе Австралия, Бангладеш, Мальта, Новая Зеландия и другие государства, с населением 1 млрд человек.

Великобритания – унитарное государство и состоит из исторически сложившихся четырех частей Соединенного Королевства – Англии, Шотландии, Уэльса и Северной Ирландии.

Административно-территориальное устройство: 47 графств, семь муниципальных графств, 26 округов, девять областей и три основных территории. Причем Англия и Уэльс делятся на графства (их соответственно 39 и 6), а те в свою очередь – на округа. Самостоятельной административно-территориальной единицей является Большой Лондон, который включает 32 городских района и Сити. Северная Ирландия делится на округа (26), Шотландия – на области (9). Самостоятельными административными единицами являются остров Мэн и Нормандские острова.

Форма правления – парламентская конституционная монархия.

Конституции в традиционном понимании как единого законодательного акта, закрепляющего основы государственного строя, в Великобритании не существует в том смысле, что ее основные правила не объединены в одном кодифицированном акте. Неписанная конституция состоит из норм статутного права (наиболее важные среди них – Habeas corpus акт 1679 г., Билль о правах 1689 г., Закон о престолонаследии 1701 г., законы о парламенте 1911 и 1949 гг.), норм общего права и норм, представляющих собой конституционные обычаи.

Ключевой вопрос британской конституции – верховная власть «короны в парламенте» – совместно правления монарха, Палаты лордов и Палаты общин, которые все вместе составляют Парламент. Этот орган обладает почти неограниченной властью над людьми и территориями, находящимися в пределах его юрисдикции. Его решения могут быть пересмотрены следующим составом Парламентом, который вправе принимать законы, отменяющие законы, принятые прежним Парламентом. Наиболее важные изменения конституционного процесса не могут быть оспорены в британских судах. Ограничить верховенство решений Парламента может только Европейский суд по правам человека в Страсбурге (Франция), который стоит на страже политических и гражданских прав, закрепленных в Европейской конвенции по правам человека, которую Соединенное Королевство подписало в 1993 г.

Порядок наследования престола определялся до 2013 года Актом о престолонаследии (1701). Сыновья суверена наследуют престол по старшинству; в случае отсутствия сыновей престол переходил к старшей дочери. Правом на престол обладали только протестанты. Нынешний суверен – Королева Елизавета II, вступившая на престол в 1953 г. В связи с принятием Акта о престолонаследии от 25 апреля 2013 года,

во-первых, «при определении наследования Короны пол лица, родившегося после 28 октября 2011 года, не является основанием превосходства данного лица или потомков данного лица по отношению к любому иному лицу (когда бы последнее ни родилось)»; **во-вторых**, «лицо не отстраняется от наследования Короны или от обладания ею вследствие брака с лицом, исповедующим римско-католическую веру».

Монарх считается главой государства, верховным главнокомандующим, главой администрации и светским главой официальной церкви Англии. Монарх – важный символ национального единства. Клятвы верности короне произносят министры, государственные служащие, полицейские и вооруженные силы; управле-

ние государством производится именем Ее Величества. С викторианских времен монарх «царствует», но не правит, располагая всего двумя, обычно формальными, прерогативами: он имеет право роспуска Парламента и назначения нового Премьер-министра, или главы правительства. Сохранился ритуал консультативных встреч вечером по вторникам между Королевы и Премьер-министра.

Всеобщее избирательное право складывалось постепенно в процессе законодательных реформ, с 1832 и до 1928, когда женщины и мужчины получили равные избирательные права. Оно предоставляется гражданам по достижении 18 лет.

Последние парламентские выборы состоялись 7 мая 2015 г.

Британский Парламент часто называют прародителем всех парламентов, хотя исландский Альтинг, созданный в 930 г.н.э., намного старше британского.

В Средние века на Британских островах существовало три королевства: Англия, Шотландия и Ирландия, каждое со своим парламентом. Согласно Акту об Унии 1707 года, Англия и Шотландия были объединены под управлением Парламента Великобритании, а Акт об Унии 1800 года – включил представителей Ирландии в парламент Соединенного Королевства.

Парламент Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии является высшим законодательным органом в Соединенном Королевстве и Королевских заморских территориях. Его не возглавляет Британский монарх, но он является его частью. Парламент двухпалатный, включает в себя верхнюю палату, называемую **Палата лордов (полное наименование – Почтенные Лорды духовные и светские Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, собравшиеся в Парламенте)**, и нижнюю палату, называемую **Палата общин (полное наименование – Почтенные общины Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, собравшиеся в Парламенте).**

Одна из палат Парламента – **Палата общин** избирается населением, а уникальная среди современных представительных демократий верхняя палата – **Палата лордов** – не избирается, а формируется главным образом на наследственной основе. Палата общин является центром политической жизни в Великобритании, а ее члены (члены Парламента) составляют элиту ее политиков. По обычаю, почти все министры избираются из их числа, и по традиции Премьер-министр и высшие члены кабинета тоже должны быть членами Парламента. Палата лордов и Палата общин собираются в разных помещениях Вестминстерского дворца в Лондоне.

До 1911 обе палаты были формально равны, хотя по традиции Палата общин считалась главной. В 1911 правительство либералов Парламентским актом закрепило верховенство Палаты общин и значительно урезало власть Палаты лордов.

ПАЛАТА ОБЩИН – НИЖНЯЯ ПАЛАТА ПАРЛАМЕНТА ВЕЛИКОБРИТАНИИ

Термин **«парламент»** обычно используется для обозначения обеих палат, но иногда под парламентом подразумевают его основную часть – Палату общин. Так, только члены Палаты общин именуются **«членами парламента»**. Правительство несет ответственность только перед Палатой общин, и эта ответственность называется **«парламентской»**. Именно Палата общин осуществляет то, что называют **«парламентским контролем»**.

Палата общин избирается всеобщим тайным голосованием граждан сроком на 5 лет на основе мажоритарной системы относительного большинства по одномандатным округам, но может быть рас-



Парламент собирается в Вестминстерском дворце

пущена досрочно Премьер-министром с согласия Монарха (в особых случаях ее деятельность может быть продлена, как это имело место во время Второй мировой войны). За роспуском Палаты общин следуют всеобщие выборы.

В настоящее время Палата общин – это общенациональный представительный орган, в состав которого входит 650 членов, каждый из которых представляет свой округ с числом избирателей от 23 тыс. до 99 тыс. Около 2/3 парламентариев имеют дополнительные доходы, кроме денежного пособия, получаемого от государства. Они довольно скромно обеспечены помещениями, больше половины парламентариев делят свои офисы с коллегами. Около 4/5 парламентариев имеют профессиональную подготовку или опыт управленческой работы. **Женщины в Палате общин представлены очень слабо, а в правительстве их еще меньше.**

В Палате общин доминирует партийная система. По традиции партия большинства, она же правящая партия, во время заседаний располагается по одну сторону зала, имеющего вытянутую форму; министры занимают передние скамьи. Министры «теневоего» кабинета, принадлежащие к крупнейшей на данный момент оппозиционной партии, «Ее Величества лояльной оппозиции», занимают первые ряды скамей на противоположной стороне; за ними располагаются члены оппозиционной партии и других партий меньшинства. Первые ряды скамей расположены на расстоянии «вытянутой шпаги» (это старинная традиция, порожденная тем, что заседания в палате сопровождаются бурными дебатами).

Правда, представители крупнейших партий – Консервативной и Лейбористской – ведут себя очень дисциплинированно, поэтому голосование вразрез с партийной линией случается редко. Все партии назначают или выбирают «кнутов», которые играют координирующую роль и следят за партийной дисциплиной в парламентской фракции. Парламентариям разрешается голосовать в соответствии с личными убеждениями при обсуждении проблем морального характера, таких как законность абортов или смертной казни. В середине 80-х гг. XX в. Палата общин создала ряд специализированных комитетов, «дублировавших» основные министерства, чтобы обеспечить жесткий контроль за деятельностью правительства. Счетная палата опирается в своей работе на го-

сударственную аудиторскую службу и является наиболее эффективно работающим парламентским комитетом.

Депутаты создают различные комитеты, которые занимаются рассмотрением вопросов, имеющих серьезное общественное значение. Среди наиболее важных функций парламента – принятие законов и контроль за деятельностью правительства. Правом законодательной инициативы пользуются члены Парламента, а соответственно и члены правительства, так как министры должны быть обязательно депутатами одной из палат.

ПАЛАТА ЛОРДОВ – ВЕРХНЯЯ ПАЛАТА ПАРЛАМЕНТА ВЕЛИКОБРИТАНИИ

Палата лордов формируется не на выборной основе. Членство в ней связывается с получением дворянского титула, дающего право быть членом Палаты лордов. Британское парламентское право не накладывает каких-либо ограничений на численный состав верхней палаты. В настоящее время Палата лордов состоит из 821 члена и включает в себя лордов светских (пэры), лордов по апелляциям, лордов духовных (архиепископы и епископы) многие из них наследовали свою власть. **Акт о Палате лордов 1999 г.** отменил автоматическое право наследственных пэров на место в высшей палате, за исключением 92 пэров (до реформы в Палате лордов было 1165 пэров, из них 650 – наследственных). В 2005 г. был принят **Акт о конституционной реформе**, лишивший Палату лордов судебных полномочий и учредивший выборную должность Лорда-спикера.

Палата лордов значительно ограничена в правах. Она не имеет права вносить исправления в финансовые решения или откладывать их; другие законопроекты она может откладывать только на один год.

Палата лордов получила второе дыхание в 1958 в связи с введением пожизненного пэрства (пэров, назначает правительство из числа бывших парламентариев, представителей деловых кругов, юристов, профессуры и других сфер). Пожизненные пэры играют важную роль в так называемой «рабочей палате», куда входило приблизительно 400 пэров, постоянно присутствующих на заседаниях, выступающих и голосующих в Палате лордов (примерно 43% наследственных пэров вообще не посещают заседаний палаты.) В 1993 около 47% активных членов Палаты лордов принадлежали к числу консерваторов, превосходя лейбористов (22%) и либеральных демократов (11%). Имеется также значительная прослойка пэров «поперечной скамьи», не принадлежащих ни к одной партии, 2/3 которых обычно голосуют, следуя линии консерваторов. Это неизменное преимущество часто позволяло консерваторам одерживать победу в голосовании по важным политическим вопросам, когда партия мобилизовала резервы наследственных пэров, прозванных пренебрежительно «гостями из лесной глуши», чтобы добиться решающего большинства голосов. Пэрам не платят жалованья, но они получают денежное пособие за работу в Парламенте. **После реформы 2005 г. был образован Верховный суд Великобритании и Палата лордов больше не выполняет судебные функции.**

ПАРЛАМЕНТСКИЕ ПРОЦЕДУРЫ ИЛИ ПОРЯДОК РАБОТЫ БРИТАНСКОГО ПАРЛАМЕНТА

Парламент Великобритании как общенациональный представительный орган являет собой триединое учреждение, включающее в себя не только обе палаты, но и монарха, «Королеву-в-Парламенте», поскольку только наличие всех трёх элемен-

тов образует в правовом смысле то, что называют британским парламентом.

Эта связь обусловлена особенностью принципа разделения властей, которая состоит в том, что в системе государственных органов Великобритании такое разделение и фактически, и формально отсутствует: монарх является неотъемлемой частью каждой из ветвей власти. Так, одной из политических прерогатив монарха является его право созывать и распускать парламент. Кроме того, ни один закон не может обрести юридическую силу до тех пор, пока не будет получена королевская санкция, то есть пока он не будет одобрен монархом. Королева возглавляет парламент, однако, её роль носит в основном церемониальный характер: на практике она традиционно действует согласно рекомендациям Премьер-министра и других членов правительства.

Вопросам процедуры в британском Парламенте придается чрезвычайно большое значение, но в отличие от большинства государств единого писанного документа, в котором были бы зафиксированы правила внутренней организации палат, не существует, – его заменяют постоянные правила, выработанные многовековой парламентской практикой, в том числе сессионные правила, утвержденные в начале каждой сессии. Следует подчеркнуть, что эти правила, действуя в обеих палатах и выступая в качестве аналога Регламента парламента в других странах, не образуют единого нормативно-правового акта, а представляют собой собрание разнообразных норм, принятых каждой палатой отдельно и в разное время. Кроме того, парламентская процедура регулируется различными неписаными правилами – обычаями.

Созыв Парламента является прерогативой монарха, реализуемой по предложению Премьер-министра в течение 40 дней после окончания парламентских выборов посредством издания королевской прокламации.

Парламентские сессии созываются ежегодно, обычно в конце ноября – начале декабря, и продолжаются большую часть года с перерывами на каникулы. Каждая сессия начинается тронной речью монарха, которая по обычаю составляется Премьер-министром и содержит программу деятельности правительства на предстоящий год. Во время произнесения тронной речи парламент заседает в полном составе. В начале каждой сессии депутаты проводят прения по поводу речи Королевы, в которой излагаются основные направления деятельности правительства.

Продление полномочий и роспуск парламента возможны также на основании формального волеизъявления монарха. Обычай и многочисленные прецеденты позволяют Премьер-министру в любое время предложить монарху распустить парламент, при этом у монарха не существует каких-либо оснований для отказа.

После завершения работы парламента проводятся очередные выборы, на которых избираются новые члены Палаты общин. Состав Палаты лордов с роспуском парламента не изменяется. Каждый парламент, собирающийся после новых выборов, имеет свой порядковый номер, при этом отсчёт ведётся с момента объединения Великобритании и Северной Ирландии в Соединённое королевство, то есть с 1801 года. Действующий парламент является уже пятьдесят пятым по счёту.

Законотворчество представляет собой строго последовательный процесс рассмотрения законопроектов – биллей, сначала в нижней, а затем в верхней палате. Обсуждение законопроекта – парламентские прения, или дебаты, происходят путем внесения предложений. Предложения – проекты резолюций, в

которых формулируется позиция палаты по определенному вопросу. Таким образом, посредством предложений парламентарии ставят на обсуждение какой-либо вопрос, предлагая вынести по нему решение. Правом на внесение предложений наиболее активно пользуется оппозиция, поскольку это дает возможность широкого обсуждения политики правительства.

Правительственные законопроекты имеют приоритет: депутаты, не являющиеся членами правительства, могут вносить законопроекты только один день в неделю (в пятницу), в то время как члены правительства вправе представлять законопроекты в любой день недели.

Законопроекты могут быть внесены как в верхнюю, так и в нижнюю палату, но, как правило, сначала происходит обсуждение в Палате общин, а затем в Палате лордов. Законопроект (билль) проходит три чтения. В ходе первого чтения оглашаются только наименование и цель билля, а также назначается время второго чтения. Во втором чтении законопроект рассматривается в целом и передается в один из комитетов для поэтапного обсуждения. Затем разбирается доклад комитета, предлагаются поправки и дополнения к статьям билля. В ходе третьего чтения законопроект вновь обсуждается в целом и по нему проводится голосование.

Законопроект, одобренный Палатой общин, направляется в Палату лордов. Финансовые законопроекты должны быть рассмотрены и одобрены не позже чем через один месяц с момента поступления в верхнюю палату, иначе билль подписывается Королевой без одобрения Палаты лордов. Нефинансовые билли отсылаются на подпись Королеве после одобрения их верхней палатой.

После окончания дебатов происходит голосование. Следует отметить, что его процедура весьма специфична. **Во-первых,** голосование – открытое и устное, а **во-вторых,** своеобразны его способы. Сначала спикер предлагает высказаться тем, кто «за», затем – тем, кто «против». При этом парламентарии выкрикивают, соответственно, «Да» или «Нет» – в Палате общин, а в Палате лордов – «Согласен» или «Не согласен». Спикер принимает решение в зависимости от распределения голосов. Если голоса разделились примерно поровну или у спикера возникли сомнения, то проводится повторное голосование, во время которого депутаты, в зависимости от занимаемой ими позиции по рассматриваемому вопросу, собираются по правую и левую руку от спикера. Кворум для принятия решений в Палате лордов составляет 30, а в Палате общин – 40 парламентариев.

Заседания палат в большинстве случаев проходят открыто, но спикер вправе распорядиться и о проведении заседания при закрытых дверях. Для проведения заседания Палате лордов необходимо соблюсти кворум в 3 человека, в то время как в Палате общин он формально отсутствует.

Заседания парламентских комитетов проводятся при кворуме от 5 до 15 членов в зависимости от их численности. По окончании работы над каким-либо вопросом комитет составляет отчет, который представляется соответствующей палате.

Каждая палата Парламента Великобритании сохраняет свои древние привилегии. Палата Лордов полагается на наследованные права. В случае с Палатой Общин, спикер в начале работы каждого Парламента отправляется в Палату лордов и просит представителей суверена подтвердить «несомненные» привилегии и права нижней палаты.

Самая главная привилегия обеих палат – это свобода слова в спорах: ничто из сказанного в Парламенте не может быть



Парламент, собравшийся перед королем

причиной расследования или судебного дела в любой организации, кроме самого Парламента. Другая привилегия – защита от ареста, кроме случаев государственной измены, тяжких уголовных преступлений или нарушения порядка. Она имеет силу во время сессии Парламента, а также на протяжении сорока дней до и после неё. Члены Парламента также имеют привилегию не исполнять обязанности присяжных в суде.

Обе палаты могут наказывать за нарушения своих привилегий. Неуважение к Парламенту, например, неподчинение зову в качестве свидетеля, выпущенному парламентским комитетом, также может быть наказано. Палата Лордов может заключить человека в тюрьму на любой конечный срок, Палата общин также может заключить человека в тюрьму, но только до окончания сессии парламента. Наказание, наложенное любой из палат, не может быть оспорено в каком-либо суде.

Парламент Соединённого Королевства может устанавливать законы своими актами. Некоторые акты действуют на всей территории королевства, включая Шотландию, но так как Шотландия имеет свою законодательную систему (так называемый Шотландский закон), многие акты не действуют в Шотландии и либо

сопровождаются такими же актами, но действующими только в Шотландии, либо (с 1999 года) законами, принятыми Парламентом Шотландии.

ПАРЛАМЕНТСКИЙ КОНТРОЛЬ В ВЕЛИКОБРИТАНИИ

Контроль над правительством – важнейшая функция Палаты общин. Парламентская ответственность правительства – стержень всей системы контроля. **В Великобритании существует система парламентарного (ответственного) правления.** Это значит, что правительство формируется из числа членов парламента, несет ответственность перед парламентом (в этом случае под парламентом понимается только Палата общин) и в случае вотума недоверия должно уйти в отставку. **Правительство несет коллективную ответственность перед парламентом.** Вотум недоверия, вынесенный одному министру, обычно рассматривается как отказ правительству в доверии в целом. Этот акт, влекущий ответственность, может касаться неодобрения палатой либо общей политики правительства, либо какой-либо отдельной его меры. Основанием, влекущим ответственность, может быть также поражение правительства при голосовании по тому или иному мероприятию, предложенному правительством, либо, наоборот, одобрение меры, против которой правительство возражает. В случае поражения в Палате общин, за которым должна последовать отставка, правительство имеет право распустить парламент и назначить новые выборы. Оппозиция часто вносит в Палату общин предложение о вотуме недоверия, но оно отклоняется партийным большинством, поддерживающим правительство. Вопрос о том, является ли поражение в палате достаточно серьезным, чтобы повлечь за собой уход в отставку и роспуск парламента, решает Премьер-министр.

Правительство Великобритании подотчётно Парламенту. Однако ни Премьер-министр, ни члены правительства не избираются Палатой Общин. Вместо этого Королева просит человека, пользующегося максимальной поддержкой палаты (которым обычно является лидер партии, занимающей наибольшее количество мест в Палате Общин), сформировать правительство. Чтобы они были подотчётны нижней палате, Премьер-министр и большая часть членов кабинета министров выбираются из членов Палаты Общин, а не палаты Лордов. Последним Премьер-министром из Палаты Лордов стал в 1963 году Алекс Дуглас-Хьюм. Тем не менее, чтобы выполнить обычай, лорд Хьюм отказался от своего пэрства и был избран в Палату общин после того, как стал Премьер-министром.

Парламент контролирует исполнительную власть, принимая или отклоняя её законопроекты и заставляя министров короны отчитываться за свои действия либо во время «Времени вопросов», либо во время заседаний парламентских комитетов. И в том и в другом случае министрам задают вопросы члены обеих палат, и они обязаны отвечать.

Контроль за деятельностью правительства осуществляется в следующих формах. Депутаты направляют вопросы к членам правительства, на которые министры дают устные объяснения на заседаниях палат и подготавливают письменные ответы, публикуемые в парламентских отчетах. Регламентом Палаты общин предусмотрено, что ежедневно, кроме пятницы, один час ее заседаний специально отводится для ответов Премьер-министра и главных министров на вопросы членов Парламента.

Если правительство потеряло доверие Палаты общин, Премьер-министр обязан либо уйти в отставку, либо попросить роспуска

парламента и новых всеобщих выборов. Если Премьер-министр просит роспуска парламента, суверен может согласиться с этим, а может отказать, принуждая его уйти в отставку и позволяя лидеру оппозиции сформировать новое правительство, хотя последнее происходит очень редко.

На практике Палата общин очень слабо контролирует правительство. Так как используется мажоритарная система выборов, правящая партия обычно обладает значительным большинством в Палате общин и не нуждается в компромиссе с другими партиями.

Парламентский омбудсман. Парламентский уполномоченный по делам администрации (омбудсман) является частью парламентарного механизма контроля над министерствами. Должность омбудсмана была введена законом о парламентарном уполномоченном 1967 г. **Омбудсман – должностное лицо – обязанностью которого является рассмотрение жалоб граждан на действия министерств.** Омбудсман назначается правительством, которое прежде, чем сделать назначение, консультируется с председателем специального комитета по делам парламентарного уполномоченного.

Парламентский уполномоченный – должностное лицо парламента, вследствие чего жалоба должна быть передана депутату, который решает, направить ли ее парламентарному уполномоченному. Парламентский уполномоченный занимает свою должность, пока «ведет себя хорошо» (по выражению закона о парламентарном уполномоченном), и может быть отстранен от должности только по требованию обеих палат парламента, по своей собственной просьбе или по достижении 65-летнего возраста. Он не может быть членом парламента (обычно на эту должность назначаются гражданские служащие или юристы).

В его компетенцию входит расследование жалоб граждан на действия министерств и ведомств, которые совершены ими при осуществлении административных полномочий и вытекают из их неадекватного выполнения. Деятельность парламентарного уполномоченного распространяется на министерства и ведомства, список которых содержится в приложении к закону. Он не может проводить расследование действий министерств и ведомств, если имеется возможность обратиться в суд или административный трибунал, а также тех действий, которые изымаются из его юрисдикции в силу приложения к закону.

Парламентарному уполномоченному предоставлены широкие права при проведении расследований. Он вправе истребовать у министров и должностных лиц документы, вызывать свидетелей. По результатам своих расследований омбудсман не может принимать никаких обязательных решений (например, отменить или изменить административный акт). Результатом его расследования является доклад, который он может послать соответствующему депутату. Если парламентарный уполномоченный считает, что недолжное осуществление полномочий министерством не было устранено, он может представить парламентарному специальный доклад. Его доклады, представляемые парламентарному, рассматриваются специальным комитетом по делам парламентарного уполномоченного. Комитет заслушивает свидетельские показания должностных лиц соответствующих министерств и доклады парламентарного уполномоченного.

ОСОБЕННОСТИ БРИТАНСКОГО ПАРЛАМЕНТАРИЗМА

Особенностями развития и современного состояния парламентаризма в Великобритании являются следующие моменты.

Первая особенность. Британский парламент возник в конце XIII века и с тех пор продолжает функционировать без перерывов на протяжении всей политической истории Великобритании. Парламент **Великобритании является примером сочетания старых и новых форм, их напластований, сосуществования.**

Вторая особенность. Парламент Великобритании функционирует в условиях отсутствия в стране писаной конституции. Некоторые правила, относящиеся к его организации и деятельности содержатся в обычных законах страны (их мало), другие – в неписанных нормах конституции, конституционных соглашениях.

Третья особенность. Положение парламента в конституционной системе определяется двумя фундаментальными принципами: парламентарного верховенства и парламентарного правления. Реальное же функционирование всего парламентарного механизма основано на существовании в стране двухпартийной системы. Под ее влиянием находится вся организация избирательного процесса, она оказывает определяющее воздействие на внутреннюю организацию и деятельность парламента. Под ее влиянием сложились наиболее существенные конституционные соглашения, обуславливающие весь комплекс отношений между парламентаром и правительством.

Четвертая особенность. При двухпартийной системе обе партии попеременно сменяются у власти. В таких условиях правительство, как правило, располагает поддержкой большинства в Палате общин, и это дает ему сильные позиции в парламенте. Процесс перемещения центра власти от парламента к правительству остро поставил вопрос о предназначении представительного органа, его реальном положении в конституционной системе.

Пятая особенность. Одна из важнейших особенностей парламента Великобритании – выборность. Это единственный выборный центральный орган государственной власти в стране. Правила, определяющие проведение выборов, имеют большое значение для политической и правовой жизни страны. В процессе парламентарных выборов решается вопрос о том, кто из двух главных партий, составляющих двухпартийную систему, будет править страной. В Великобритании порядок проведения выборов определяется парламентарским законодательством.

Шестая особенность. Парламентарские выборы в Великобритании имеют глубокие исторические корни и традиции, и нормы избирательного права складывались в ходе длительной эволюции. Важная особенность избирательного права и избирательной системы заключается в их тесной связи с политическими партиями, составляющими двухпартийную систему.

Седьмая особенность. Основной сферой деятельности британского парламента является законодательство. Верховная власть в области законодательства веряется парламентару в целом. Это – Королева в парламенте, т.е. Королева и две палаты в парламенте. Это значит, что законопроекты, принятые обеими палатами парламента, становятся законами после их одобрения Королевой. По существу, когда говорят о верховной законодательной власти, имеют в виду Палату общин.

Восьмая особенность. В XIX веке утвердился принцип верховенства парламента, определяющий его положение в качестве верховного законодательного органа. Он означает, что парламент не связан каким-либо конституционным актом и не существует какого-либо правового ограничения его верховенства в законодательной области. Парламент имеет право принимать, отменять и изменять любой закон в порядке обычной законодательной процедуры, и никто (в том числе и суд) не может поставить под сомне-

ние действительность или конституционность акта парламента. Этот принцип означает также, что парламент предыдущего созыва не вправе связывать своих преемников (это было бы ограничением верховного положения законодательного органа).

Девятая особенность. Издание законов – самая значительная, если не самая главная функция парламента. Около половины всего его времени уходит на законодательную работу. Число ежегодно принимаемых законов довольно стабильно (60–70 в год). Большая часть времени занята рассмотрением публичных биллей, вносимых по инициативе правительства. Законодательная инициатива может быть осуществлена в любой палате, она принадлежит только членам парламента. Согласно действующей процедуре, законопроект вносится в общем порядке, независимо от того, является ли вносящий членом правительства. Министр, когда вносит законопроект, формально делает это не в своем качестве члена правительства, а как член парламента. Правительственный билль вносится тем министром, который отвечает за его разработку и прохождение в палате.

Десятая особенность. Контроль за деятельностью правительства является одним из важнейших направлений деятельности парламента согласно принципу ответственного правления. В британской парламентской практике правительство несет коллективную ответственность перед парламентом. Применяются следующие формы контроля: вотум недоверия, резолюция порицания, вопросы устные и письменные. Выражение правительству вотума недоверия влечет либо его отставку, либо роспуск Палаты общин. В британской парламентской практике вотум недоверия – явление чрезвычайно редкое. Последние два таких случая произошли при необычной ситуации, когда правительство не имело поддержки большинства в Палате общин (в 1924 и 1979 гг.).

Одиннадцатая особенность. Резолюция «порицания» в Великобритании – это лишь юридически существующий институт. Оппозиция достаточно часто вносит в Палате общин предложение о выражении недоверия, но оно отклоняется партийным большинством, поддерживающим правительство.

Двенадцатая особенность. Одной из форм контроля, получивших развитие в последнее время, является работа специализированных комитетов. С 1979 г. в практику вошло приглашение министров для дачи показаний на их заседаниях. Наиболее часто применяемая форма контроля – вопросы правительству, а по существу его критика. В соответствии с регламентом работы палаты

ее заседания ежедневно (кроме пятницы) начинаются с «часа вопросов». Ежегодно правительству задается около 40 тыс. устных вопросов. Как правило, каждый министр выступает перед парламентом раз в месяц, Премьер-министр – 2 раза в неделю. Существует список тем, на которые министры не обязаны отвечать: вопросы обороны и безопасности, информация личного характера, коммерческая информация конфиденциального свойства.

Таким образом, в последние десятилетия в Великобритании были проведены реформы, направленные на повышение эффективности деятельности парламента, обеспечение парламентариям более широких возможностей для осуществления основных функций представительного органа.

Парламент Великобритании – чрезвычайно активное представительное учреждение. Его действительная роль определяется не столько формально принадлежащими ему полномочиями, сколько реальным положением в качестве форума, на котором публично и гласно обсуждаются вопросы внутренней и внешней политики, важные общественные и политические дела, волнующие население страны. Важная роль парламента Великобритании особенно обнаруживается в моменты острых политических и социальных кризисов, когда он становится центром дискуссий, фокусом всей политической жизни. Парламент Великобритании способен влиять на ход событий, общественное мнение, политику правительства.

А.К. Саидов: Ұлыбританияның Парламенті.

Мақалада Ұлыбритания Парламентінің қалыптасу тәртібі, қызметінің түрлері, заңнамалық процедуралары мен қоғамның саяси жүйесіндегі орны жан-жақты қарастырылады. Сонымен қатар, автор Ұлыбританиядағы парламентаризмнің даму эволюциясын қадағалайды.

Түйінді сөздер: Ұлыбритания, Біріккен корольдік, парламента, лордтар палатасы, қауымдар палатасы, патшайым, монарх, депутаттар, лейбористер, консерваторлар.

A. Saidov: Parliament of the United Kingdom.

The article considers in detail the procedure of formation, form of activities, legislation procedures and position of Parliament of the United Kingdom in the political system of the society. The author also traces the evolution of development of parliamentarism in Great Britain.

Keywords: Great Britain, United Kingdom, Parliament, House of Lords, House of Commons, Queen, the Crown, deputies, Laborites, Conservatives.

АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО НА СТРАЖЕ ПРАВ ИНВЕСТИРОВ В МЕЖДУНАРОДНОМ ФИНАНСОВОМ ЦЕНТРЕ «АСТАНА»



М. М. ДАУЛЕНОВ,
Заместитель Председателя Правления – Директор Академии
фундаментальных и прикладных наук им. С. Зиманова
Университета КАЗГУУ, Ph.D.

Целью настоящей статьи является определение того, каким образом применение принципов, норм и прецедентов Англии и Уэльса позволит обеспечить защиту действующего права Международного финансового центра «Астана» в рамках системы разрешения споров Центра. При этом под системой разрешения споров Центра понимается Суд, состоящий из судов первой инстанции и апелляционной инстанции, а также Международный арбитражный центр. Предложенный конституционным законом подход предоставляет возможность заимствования примеров лучшей английской законодательной и судебной практики в целях их гармоничного применения наряду с некоторыми элементами действующего законодательства Казахстана в процессе разрешения споров, возникающих между участниками Центра, органами Центра и их иностранными работниками.

Ключевые слова: принцип, прецедент, английское право, трансформация, применение права, Международный финансовый центр, Астана, Суд, Международный арбитражный центр, Лондонский международный арбитражный суд, Дубайский международный финансовый центр.

ВВЕДЕНИЕ

Практике разрешения споров, возникающих между субъектами предпринимательства, осуществляющих свою деятельность на территории Казахстана, издавна известны случаи обращения к юрисдикции Лондонского международного арбитражного суда (англ. *the London Court of International Arbitration*), Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты (англ. *the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*), Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (англ. *the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*) и многих других. При этом следует отметить, что указанная тенденция набирает динамику своего развития, в особенности, благодаря развитию международных фи-



М. Н. АБИЛОВА,
главный научный сотрудник Центра международного права
Университета КАЗГУУ, Ph.D.

насовых центров, открытости и гибкости процедур разрешения споров, а также признанию арбитражных решений таких институтов в государствах.

Интересным также представляется то, что в качестве применимого арбитражными судами права участниками того или иного спора все чаще определяются принципы и нормы, действующие на территории Англии и Уэльса или, например, американского штата Нью-Йорк. Кроме того, архитектура правовых систем многих зарекомендовавших себя международных финансовых центров, таких как Гонконгский международный финансовый центр (англ. *the Hong Kong's International Financial Centre*) или Дубайский международный финансовый центр (англ. *the Dubai International Financial Centre*), предполагает применение английского права к правоотношениям, возникающим между участниками таких центров.

В действительности, система, построенная на основе прецедентного английского права, представляется наиболее прозрачной и предсказуемой для субъектов финансового рынка и существенно снижает барьеры для входа на рынок.¹ При этом, несмотря на свой консервативный характер,² принципы и нормы права Англии и Уэльса наиболее благоприятны осуществлению предпринимательской деятельности, учитывая то обстоятельство, что принципы общего права представляют собой продукт судебной практики, разрешающей споры между различными субъектами предпринимательства и посредством этого динамично развивающейся системе защиты гарантий осуществления предпринимательской деятельности. Судьи, действуя в личном качестве, стараются восполнять пробелы в праве и находить наиболее оптимальные решения с целью удовлетворения справедливого ба-

¹ План совместных действий Правительства Республики Казахстан и Национального Банка Республики Казахстан по созданию и развитию Международного финансового центра «Астана» на долгосрочную перспективу, утвержденный постановлением Правительства Республики Казахстан от 30 мая 2015 г. № 393.

² Белых В.С. Особенности и общие тенденции развития англо-саксонской и континентальной правовых систем // Право и государство. № 2 (71) 2016. С. 61.

ланса. Законодатель, напротив, лишен подобной возможности динамичной реакции на происходящие изменения в предпринимательской практике.³

Кроме того, в качестве характерной черты английской правовой системы отмечается ее предсказуемость в отношении результата, который должен быть достигнут при возникновении тех или иных обстоятельств (англ. *legitimate expectations*),⁴ а также точность, эффективность и гибкость этой системы.⁵ При этом отмечаемый некоторыми авторами такой признак английской правовой системы, как «медленное совершенствование»,⁶ в большей степени представляется нам преимуществом, нежели ее недостатком, так как указанное выступает одним из выражений стабильности этой правовой системы. Как известно, английское статутное право не формируется внезапно, его изданию предшествуют годы практики его применения, а также научных исследований.

В результате, принимая во внимание некоторые элементы сложившейся практики разрешения коммерческих споров как в рамках международных финансовых центров, так и посредством самостоятельных арбитражных институтов, принято решение об учреждении в рамках Международного финансового центра «Астана» (далее – Центр) независимой системы защиты права Центра, то есть системы разрешения споров, привлекательной для инве-

сторов и служащей стабильной гарантией защиты их интересов. В качестве результата деятельности такой системы и выполнения других задач в рамках Центра должно стать придание процессу привлечения инвестиций в Республику нового импульса, совокупный эффект от которого оценивается в 40 млрд. долларов США в перспективе ближайших 10 лет.⁷

Целью настоящей статьи является определение того, каким образом применение принципов, норм и прецедентов Англии и Уэльса позволит обеспечить защиту действующего права Центра в рамках системы разрешения споров Центра. При этом под системой разрешения споров Центра понимается Суд, состоящий из суда первой инстанции (англ. *the Court of First Instance*) и суда апелляционной инстанции (англ. *the Court of Appeals*), а также Международный арбитражный центр (англ. *International Arbitration Centre*).

I. ПОНЯТИЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВА ЦЕНТРА

В соответствии с положением п. 1 ст. 4 Конституционного закона Республики Казахстан «О Международном финансовом центре «Астана» от 7 декабря 2015 г. (далее – конституционный закон)⁸ в *corpus* действующего правового режима Центра входят нормы конституционного порядка Казахстана, включая правовые предписания указанного закона; не противоречащие нормам конституционного закона акты Центра, принимаемые органами Цен-

³Дауленов М.М. Потенциальное применение принципа *estoppel* в правовой системе Республики Казахстан // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. № 5 (41) 2015. С. 203.

⁴Cartwright J. Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law // Electronic Journal of Comparative Law. Vol. 10.3 2006. P. 6, <<http://www.ejcl.org/103/art103-6.pdf>> (ссылка доступна на 20 декабря 2016 г.).

⁵Slapper G., Kelly D. The English legal system. Routledge 2014, P. 153-158.

⁶Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. Ростов на Дону 2016, С. 70-72.

⁷Заявление Президента Республики Казахстан Назарбаева Н.А. в ходе 29-го пленарного заседания Совета иностранных инвесторов, <http://www.dailynews.kz/economics/nursultan_nazarbaev_ekonomicheskij_effekt_ot_sozdaniya_mftsa_astana_mozhet_sostavit_40_mlrld_dollarov> (ссылка доступна на 20 декабря 2016 г.).

⁸Конституционный закон Республики Казахстан «О Международном финансовом центре «Астана» от 7 декабря 2015 г., <<http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z150000438>> (ссылка доступна на 20 декабря 2016 г.). Далее – Конституционный закон от 7 декабря 2015 г.



НОВЫЕ КНИГИ

М. Н. Марченко. Правовые системы современного мира: Учебное пособие. М.: Издательство «Зерцало». 2015. – 528 с.

ISBN 978-5-94373-290-4

В работе рассматривается круг вопросов, касающихся классификации национальных правовых систем и формирования на их основе правовых семей. Особое внимание при этом уделяется романо-германской правовой семье, англосаксонскому праву, правовым системам социалистических и постсоциалистических стран, а также системам иудейского и отчасти – мусульманского права. Работа написана на основе изучения и обобщения зарубежного и отечественного академического материала, а также – соответствующего законодательства. Значительное внимание уделяется вопросам конвергенции романо-германского и англосаксонского права. Рассчитана на студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов, а также на всех тех, кто интересуется не только отечественным, но и зарубежным законодательством.

тра на основе принципов, норм и прецедентов права Англии и Уэльса и (или) стандартах ведущих мировых финансовых центров, а также законодательство Республики, которое применяется лишь в части, неурегулированной конституционным законом и актами Центра.

При этом правовые нормы Центра, закрепленные в конституционных нормах, его актах и дополненные законодательством Казахстана, образуют «особый правовой режим»,⁹ сущность и границы которого предстоит определить, прежде всего, Совету по управлению Центром и Суду.

Интересным представляется отношение «особого правового режима» Центра к международным обязательствам Республики Казахстан. В соответствии с положением п. 4 ст. 4 конституционного закона, если международным договором, ратифицированным Республикой, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в данном законе, то применяются правила международного договора. Вместе с тем возникает вопрос об алгоритме применения такого договора судьями Центра, а также общих принципов международного права и норм международного обычного права, входящих в состав действующего права Казахстана в качестве «иных обязательств Республики».¹⁰

Кроме того, следует обратить внимание на то, что правом включения в состав действующего права Центра принципов, норм и прецедентов права Англии и Уэльса обладает Совет по управлению Центром, возглавляемый Президентом Республики Казахстан, который осуществляет возложенные на него функции посредством издания соответствующих постановлений.¹¹

Как видно, правовые нормы, принципы и прецеденты (англ. *case law*) Англии и Уэльса проникают в материю системы действующего права Центра исключительно посредством актов, принимаемых органами Центра в пределах предоставленных им конституционным законом полномочий. Применение указанного подхода, с одной стороны, позволяет ограничить Суд Центра в использовании тех правовых норм и прецедентов, которые привлекательны для него лишь в данный момент, что может стать предпосылкой для нарушения им принципа правовой определенности

(англ. *legitimate expectations*). С другой стороны, определение такого «фильтра», как акты Центра, предопределяет необходимость органов Центра активно реагировать на происходящие изменения, в том числе «косметические», в системе права Англии и Уэльса, с тем чтобы обеспечить наивысший уровень синхронизации действующего права Центра и английской правовой системы. Ведь благодаря возможности применения правовых решений, достигнутых многими годами в стране туманного Альбиона, предполагается привлечение инвесторов в осуществление деятельности в рамках Центра.

Следует также отметить, что судебная система Центра не лишена возможности применения законодательства Республики Казахстан, в части неурегулированной конституционным законом и актами Центра. Несмотря на присутствующий в доктрине скептицизм в отношении применения указанного подхода, в основе которого лежит, как указывает М.К. Сулейменов, принципиальная несовместимость английского и континентального права,¹² возможным представляется извлечение лучшей практики судебного применения норм и принципов Англии и Уэльса и ее использование в системе разрешения споров Центра наряду с нормами действующего законодательства Республики до тех пор, пока не наступит непреодолимый конфликт между принципами английской правовой системы и правовыми положениями законодательства Казахстана, нарушение императивных норм Центра, составляющих основу функционирования системы действующего права Центра и посредством которых в соответствии с его компетенцией регулируются общественные отношения.

II. СУД ЦЕНТРА

Суд Центра представляет собой независимый орган судебного разрешения споров и толкования актов Центра. Основной задачей Суда является защита прав и законных интересов участников судебного разбирательства, обеспечения соблюдения норм действующего права Центра.¹³ В процессе выполнения данной задачи Суд обеспечивает единообразие в толковании и применении правовых норм Центра. Суд не входит в судебную систему Казахстана и на него не распространяются положения конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» от 25 декабря 2000 г.¹⁴ В состав Суда Центра входят суды первой и апелляционной инстанции.

⁹Конституционный закон от 7 декабря 2015 г. В положении подпункта 1 статьи 1 данного конституционного закона указано: «Международный финансовый центр «Астана» [...] – территория в пределах города Астаны с точно обозначенными границами, определяемыми Президентом Республики Казахстан, в которой действует особый правовой режим».

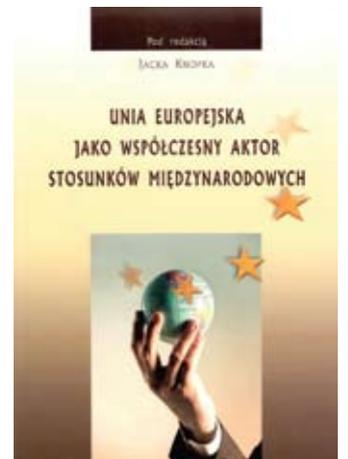
¹⁰Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г., <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K950001000_> (ссылка доступна на 20 декабря 2016 г.).

¹¹Конституционный закон, от 7 декабря 2015 г., пп. 3 п. 3 ст. 10.

¹²Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. № 5 (41) 2015. С. 170.

¹³Конституционный закон, от 7 декабря 2015 г., п. 1 ст. 13.

¹⁴Там же, п. 2 ст. 13.



Суд Центра представляет собой судебный орган *sui generis*, поскольку обладает юрисдикцией в отношении разрешения «конституционных», инвестиционных, финансовых и трудовых споров, а также выдачи консультативных заключения по вопросам толкования норм права Центра.

Суд Центра обладает исключительной юрисдикцией в отношении разрешения споров:

А) возникающих между участниками Центра, органами Центра и/или их иностранными работниками;

Б) касающихся любых операций, осуществленных в рамках Центра и подчиненных нормам права Центра;

В) переданных Суду по соглашению сторон.¹⁵

Исключительный характер юрисдикции Суда Центра означает, что споры, указанные в пунктах А и В, не могут быть переданы на рассмотрение другим органам и институтам Центра, в том числе Международному арбитражному центру, судам судебной системы Казахстана, а также международным и национальным арбитражным и квазисудебным органам, учрежденным как в рамках Центра, так и за его пределами.

В случае, если спор был передан на разрешение Суда Центра на основании соглашения сторон, Суд приобретает исключительную юрисдикцию по разрешению данного спора. Кроме того, в случае, если спор, в отношении которого Суд обладает исключительной юрисдикцией начат в производстве другого судебного или квазисудебного органа, такое разбирательство должно быть прекращено.

В соответствии с принципом *compétence de la compétence* (Kompetenz-Kompetenz), Суд Центра может определить, обладает ли он юрисдикцией в отношении разрешения конкретного спора. В результате, вопрос определения юрисдикции представляется вопросом, подлежащим разрешению Судом.¹⁶

Следует отметить, что не все возникающие ситуации могут рассматриваться в качестве спора. Практика Международного Суда ООН показывает, что спором может считаться «несогласие в отношении права либо факта; несовместимость правовых позиций либо интересов между двумя лицами».¹⁷ При этом наличие спора в той или иной ситуации выступает предметом «объективного разрешения» (англ. *objective determination*) Суда.¹⁸ Должно быть установлено, что «требование одной стороны прямо противоположно мнению другой стороны».¹⁹ Согласно позиции Международного Суда ООН, которая по нашему мнению, может быть также применима в отношении Суда Центра, спор должен существовать в момент подачи иска, с тем чтобы Суд мог начать разбирательство.²⁰

¹⁵Там же, п. 4 ст. 13.

¹⁶Shaw M.N. International Law. New York 2008, P. 1070.

¹⁷Решение Постоянной палаты международного правосудия по делу *Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ, Series A, No. 2, 1924, p. 11; решение Международного Суда ООН по делу *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 2011, p. 84, para. 30.

¹⁸Консультативное заключение Международного Суда ООН по делу *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase*, I.C.J. Reports 1950, p. 74; решение этого же суда по делу *Application...*, Op. cit., p. 84, para. 30.

¹⁹Решения Международного Суда ООН по делам: *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1962, p. 328; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, I.C.J. Reports 2006, p. 40, para. 90; *Application...*, Op. cit., p. 84, para. 30.

²⁰Решения Международного Суда ООН по делам: *Questions of Interpretation and*

Субъектом спора, в отношении разрешения которого Суд Центра обладает исключительной юрисдикцией, может быть юридическое лицо, прошедшее аккредитацию в качестве участника Центра, Совет по управлению Центром, Администрация Центра, Комитет Центра по регулированию финансовых услуг, а также иностранные лица, осуществляющие трудовую деятельность на территории Центра. Суд Центра наделен также компетенцией по разрешению трудовых споров, возникающих между органами Центра и их иностранными работниками, осуществляющими деятельность в рамках Центра. При этом споры, возникающие между участниками Центра и их работниками не входят в юрисдикцию *ratione personae* Суда. В случае разрешения спора, возникшего между органом Центра и его иностранным работником, необходимо детерминировать наличие трудового договора и фактическое осуществление физическим лицом трудовых функций под надзором работодателя.

Кроме того, Суд разрешает споры, касающиеся любых операций, осуществленных в рамках Центра и подчиненных нормам права Центра, независимо от согласия участников или органов Центра на судебное разрешение спора.

Участники и органы Центра могут передать на рассмотрение Суда Центра любой спор в отношении факта либо права по соглашению сторон. Такое соглашение должно быть действительно в момент передачи дела на разрешение Суда. Согласие на юрисдикцию Суда Центра может быть выражено как после зарождения спора (согласие *post hoc*), так и перед возникновением спора (согласие *ante hoc*).²¹ К примеру, согласие *ante hoc* может быть установлено при наличии соглашения между участниками Центра, в котором определена юрисдикция Суда в отношении разрешения потенциальных споров.

Конституционный закон не вводит запрета в отношении признания Судом юрисдикции в отношении спора на основе доктрины *forum prorogatum*.²²

Интересным представляется также наделение Суда Центра исключительной компетенцией по толкованию норм актов Центра.²³ Исключительность данной компетенции означает, что только Суд может разъяснять смысл тех или иных норм актов Центра для их последующего применения другими органами Центра. Указанная функция Суда направлена на обеспечение единообразия в толковании и применении норм актов Центра. Конституционный

Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1998, pp. 25-26, paras. 42-44; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1998, pp. 130-131, paras. 42-44; Application..., Op. cit., p. 85, para 30.

²¹Czapliński W., Wyrozumski A. Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe. 3. wydanie. Warszawa 2014. S. 813.

²²В отношении доктрины *forum prorogatum* см.: Shaw M.N., Op. cit., P. 1076: «The doctrine of *forum prorogatum* has been carefully interpreted to avoid giving the impression of a creeping extension by the Court [International Court of Justice] of its own jurisdiction by means of fictions. Consent has to be clearly present, if sometimes inferred, and not merely a technical creation. It will usually arise where one party files an application with the Court unilaterally inviting another party to accept jurisdiction with regard to the particular dispute where jurisdiction would not otherwise exist with regard to the matter at issue. If the other party of the dispute accedes to this, then the Court will have jurisdiction». См. также решение Международного суда ООН по делу *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question) (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, I.C.J. Reports, 1954). P. 32.

²³Конституционный закон, от 7 декабря 2015 г., п. 10 ст. 13.

закон не определяет, какие субъекты могут обращаться в Суд с запросом о выдаче «консультативного заключения». Представляется, что таким правом должны обладать органы Центра и иные субъекты, определенные в соответствующем постановлении Совета по управлению Центром. Кроме того, необходимым является наделение Суда полномочиями по детерминации принципов и норм действующего права Центра, а также их применения в процессе выдачи консультативных заключений, в которых дается разъяснение в отношении правового, а не политического вопроса.²⁴ Действительно, не исключено, что некоторые вопросы, которые могут быть поставлены на разрешение органами Центра, окажутся с элементами политической окраски. Вместе с тем, указанное не должно лишить Суд выполнить возложенную на него задачу и выдать консультативное заключение в качестве ответа на поставленный правовой вопрос.²⁵ При этом неточность в формулировании такого вопроса либо сложность в уяснении его смысла не должны исключать юрисдикцию Суда в отношении выполнения своей консультативной функции. Возникшая неточность может быть устранена Судом в процессе толкования норм соответствующих актов Центра.²⁶ Консультативные заключения Суда после их принятия обязательны для органов и участников Центра.

В процессе разрешения споров Суд Центра осуществляет толкование и применение норм действующего права Центра, в состав которого входят конституционный закон «О международном финансовом центре «Астана», акты органов Центра, основанные на принципах, нормах и прецедентах права Англии и Уэльса и / или стандартах ведущих мировых финансовых центров, действующее право Казахстана, в части не урегулированной нормам права Центра.

Принципы, нормы и прецеденты права Англии и Уэльса, а также стандарты и практика мировых финансовых центров применяются Судом только в случае их рецепции в действующее право Центра. Несмотря на это, в процессе разрешения споров Суд может учитывать предыдущие свои решения, выданные по конкретным спорам, а также решения судов других юрисдикций общего права (Соединенного Королевства, Соединенных Штатов Америки, Канады, кроме провин-

²⁴Подобного подхода *mutatis mutandis* придерживается Международный Суд ООН. См.: консультативное заключение Суда по делу *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, I.C.J. Reports 1973, p. 172, para 14.

²⁵См. практику Международного Суда ООН: консультативное заключение по делу *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996, p. 234, para 13.

²⁶В отношении Международного Суда ООН см.: Shaw M.N., Op. cit., p. 1109.

ции Квебек, Австралии, Новой Зеландии, Ирландии и т.д.). При этом «учет» предыдущих решений Суда Центра и решений судов юрисдикций общего права не означает, что такие решения могут быть исключительным источником правовых норм, применяемых Судом.

В состав действующего права Казахстана, которое может быть применено Судом, входят нормы Конституции, законодательные и подзаконные нормативные правовые акты Республики, международные договоры Казахстана, международный обычай, общие принципы международного права, нормативные постановления Конституционного Совета и Верховного Суда Казахстана.

Решения и консультативные заключения Суда Центра не должны противоречить нормам Конституции, нормативным постановлениям Конституционного Совета Казахстана, действующему праву Центра и международным обязательствам Казахстана. Решения суда первой инстанции обязательны для участников спора, но могут быть ими обжалованы. В случае вступления в силу таких решений и отсутствия апелляционного разбирательства, решения суда первой инстанции носят окончательный характер. Решения суда апелляционной инстанции являются окончательными, не подлежат обжалованию и носят обязательный характер для физических и юридических лиц, осуществляющих свою деятельность в рамках Центра.²⁷

Таким образом, правовой характер решений Суда Центра и судов судебной системы Казахстана тождественны в отношении наступаемых правовых последствий. Указанное означает, что исполнение решений Суда Центра осуществляется на условиях и в порядке, предусмотренном законом Казахстана «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» от 2 апреля 2010 г. Вместе с тем, должен быть обеспечен надлежащий перевод решений Суда Центра на казахский или русский языки.²⁸

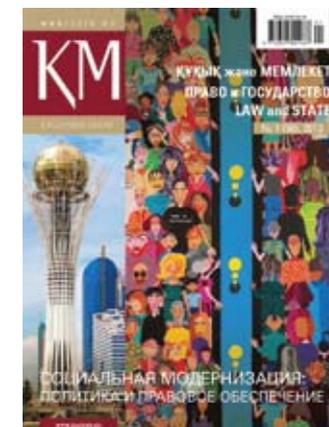
III. МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ ЦЕНТР

Помимо Суда в Центре будет функционировать Международный арбитражный центр (далее – арбитражный центр). Даже если арбитражный центр не указан в перечне органов Центра, его статус обособленно закреплен в положении ст. 14 конституционного закона, согласно которого арбитражный центр рассматривает споры в случае наличия между сторонами арбитражного соглашения. В основу деятельности данного арбитражного центра будет положен опыт лучших мировых финансовых центров.

Внедрение и применение правовых норм и

²⁷Конституционный закон, от 7 декабря 2015 г., п. 7 ст. 13.

²⁸Там же, п. 8 ст. 13.





принципов английского права в деятельность арбитражного центра обеспечит максимальную ориентированность на сторон спора, рассматриваемого в этом центре, и их свободу и максимальное судебное усмотрение. При этом, на наш взгляд, не существует оснований в опасениях относительно возможного «произвола» со стороны правоприменителей, принимая во внимание то обстоятельство, что арбитрами арбитражного центра будут приглашенные иностранные арбитры с многолетней практикой и опытом работы в системе английского права. Для обеспечения гибкости в процессе разрешения спора, все акты Центра, касающиеся арбитража, арбитражного разбирательства и вопросов определения применимого права в арбитраже, должны основываться на принципе *lex voluntatis*.

Целью арбитражного центра является предоставление сторонам спора возможности качественного альтернативного урегулирования споров посредством арбитражного разбирательства фактически на территории Казахстана, на высокопрофессиональном уровне, но без необходимости обращения в иностранные арбитражные центры. Следует обратить внимание на тот факт, что конституционный закон ограничивает круг субъектов, обладающих правом на обращение в арбитражный центр субъектами Центра. Правом на обращение в арбитражный центр обладают также физические и юридические лица Республики и иностранных государств при наличии арбитражного соглашения между ними.

Полагаем, что для реализации указанной цели деятельность арбитражного центра должна быть основана на таких принципах, как:

- профессионализм в разрешении споров (что будет обеспечиваться привлечением в Международный арбитражный центр лучших опытных иностранных специалистов-арбитров);

- беспристрастность и независимость (арбитражный центр будет представлять собой независимый и самостоятельный орган разрешения споров, который в процессе принятия решений не будет зависеть от государственных органов Казахстана, каких-либо физических и юридических лиц);

- универсальность (арбитражный центр будет обладать общей компетенцией, будет рассматривать споры как инвестиционного характера, так и споры, в целом, возникающие из частных правовых отношений, с учетом требований законодательства Казахстана в отношении арбитрабельности споров);

- гибкость (что означает возможность выбора арбитров не только из определенного реестра и наличие неограниченных вариантов действий для арбитров и сторон спора в ходе арбитражного разбирательства).

Принимая во внимание то, что на настоящий момент конституционный закон не регламентирует деятельность арбитражного центра, а содержит лишь отсылку к еще не принятому постановлению Совета «О Международном арбитражном центре»,²⁹ для дальнейшего полноценного функционирования Международного арбитражного центра считаем необходимым:

А) разработать положение об арбитражном центре, в котором следует предусмотреть основные положения формирования и функционирования центра с административной точки зрения, включая функционал ключевых позиций. В отношении структуры арбитражного центра необходимо предусмотреть администрацию, которая будет включать исполнительный орган, выполняющий управленческие функции, и секретариат, которому отводится роль «связующего звена» между арбитрами, сторонами и самим арбитражным центром;

Б) разработать регламент арбитражного центра, в котором следует предусмотреть положения о юрисдикции данного арбитража, праве, применимом к процедуре арбитражного разбирательства (*lex arbitri*) и процедуру арбитражного разбирательства. Арбитражный центр будет иметь юрисдикцию в отношении споров частного-правового характера, возникающих между участниками Центра, Центром, иностранными работниками, юридическими и физическими лицами Казахстана и иностранных государств в случаях, когда это предусмотрено арбитражным соглашением сторон, с учетом положений закона Республики Казахстан «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 г. в части арбитрабельности споров. При этом в каждом конкретном случае вопрос о наличии компетенции рассматривать спор будет разрешаться составом арбитров в соответствии с принципом *compétence de la compétence* (Kompetenz-Kompetenz).

Разработчикам регламента следует обратить внимание на Арбитражный закон Дубайского международного финансового центра (англ. *the Dubai International Finance Centre Arbitration Law*)³⁰ и регламент Лондонского международного арбитражного суда.³¹ В целом, регламент Международного арбитражного центра должен представлять собой предельно четкий и ясный самодостаточный документ, не содержащий отсылку на дополнительные или вспомогательные акты; он должен быть довольно детальным и пред-

²⁹Там же, п. 2 ст. 14.

³⁰The Dubai International Financial Centre Arbitration Law 2008, <https://www.difc.ae/files/9014/5449/8249/DIFC_Arbitration_Law_2008_0_1.pdf> (ссылка доступна на 20 декабря 2016 г.).

³¹The London Court of International Arbitration 2014, <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx> (ссылка доступна на 20 декабря 2016 г.).

ставлять собой документ, содержащий процедуру рассмотрения спора, в то же время, он должен быть гибким, то есть предусматривать варианты выбора возможного поведения сторонами и арбитрами;

В) разработать и принять акт Центра, в котором будет указан алгоритм определения применимого права, включающий коллизионные и материально-правовые вопросы. Применимое право к существу спора будет определяться в соответствии с арбитражным соглашением, если стороны выбрали применимое право, и в соответствии с данным актом Центра, если стороны не выбрали применимого права в арбитражном соглашении;

Г) предусмотреть в соответствующих актах Центра возможность проведения в рамках арбитражного центра медиации и ускоренных (сокращенных) процедур;

Д) предусмотреть для удобства сторон текст рекомендуемой арбитражной оговорки.

Принимая во внимание, что Центр будет осуществлять свою деятельность на территории г. Астана, в пределах границы Республики, обладающей суверенитетом, который распространяется на всю ее территорию; учитывая, что «признание и исполнение решений Международного арбитражного центра в Республике будет осуществляться в том же порядке и на тех же условиях, что и признание, и исполнение арбитражных решений, вынесенных арбитражами в Казахстане, а признание и исполнение решений арбитражей на территории Центра будет осуществляться в соответствии с законодательством Республики Казахстан»,³² следует полагать, что есть определенные «точки соприкосновения» с действующим законодательством Казахстана в части действия императивных норм Республики, процедурных особенностей исполнительного производства и действия оговорки о публичном порядке Казахстана. Последнее в особенности необходимо принимать во внимание в процессе разработки актов Центра, а также при внесении изменений и дополнений в законодательство Казахстана, в частности, Гражданский кодекс, Гражданский процессуальный кодекс, закон «Об арбитраже», закон «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей».

Решения арбитражного центра должны быть окончательными и признаваемыми на территории Казахстана и других государств, где они должны быть приведены в исполнение. Конституционный закон не регулирует вопросы исполнения решений арбитражного центра, содержит лишь отсылку к праву Казахстана. Соответственно, на наш взгляд, должен быть предусмотрен «связующий механизм» между Судом Центра, данным арбитражем и системой казахстанского исполнительного производства.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведенный нами анализ содержания действующего права Международного финансового центра «Астана» и системы его защиты прав инвесторов позволяет сделать вывод о том, что правовые нормы, принципы и прецеденты Англии и Уэльса могут быть применены его Судом только в случае их трансформации в нормы актов органов Центра, прежде всего, Совета по управлению Центром. Предложенный конституционным законом подход предоставляет возможность заимствования примеров лучшей английской законодательной и судебной практики в целях их гармоничного применения наряду с некоторыми элементами действующего законодательства Казахстана в процес-

³²Конституционный закон, от 7 декабря 2015 г., п. 3 ст. 14.

се разрешения споров, возникающих между участниками Центра, органами Центра и их иностранными работниками. При этом в некоторых случаях подобные споры охвачены исключительной юрисдикцией Суда Центра, который обладает эксклюзивностью также в вопросах толкования норм актов Центра. В результате, Суд Центра станет открытой площадкой апробирования применения норм английского права во взаимодействии с нормами действующего права Республики, включая международные обязательства Казахстана.

Кроме того, в случае возникновения сомнений в отношении единообразного понимания тех или иных норм актов Центра, Суд посредством выдачи консультативных заключений может раскрыть их содержание, а также указать на правила их применения в конкретных ситуациях, с тем чтобы обеспечить защиту прав и законных интересов участников, а также нормальное функционирование органов и институтов Центра.

Участникам Центра и другим субъектам, определенным в постановлении Совета по управлению Центром «О Международном арбитражном центре», также будет предоставлена возможность обращения к юрисдикции такого арбитражного центра, несомненно, в случае наличия заключенного между сторонами арбитражного соглашения. Вместе с тем, необходимым представляется внесение соответствующих изменений и дополнений в законодательство Казахстана с целью исключения случаев отмены судами Республики решений создаваемого арбитражного центра и их принудительного исполнения.

Принципиальное отличие юрисдикции Суда Центра и Международного арбитражного центра заключается в том, что, если стороны выразят свое согласие на разрешение спора Судом Центра, последний имеет право решить дело на основании действующего права Центра, а не на основе правовых норм любой юрисдикции, выбранной участниками спора в качестве применимого права, к примеру, французского или немецкого законодательства. Кроме того, участникам арбитражного разбирательства, как правило, предоставляется возможность определения границ применимого права. Подобное исключается в процессе применения Судом Центра норм актов действующего права Центра. Суд должен принять справедливое и обоснованное решение на основании того права, которое было выбрано не сторонами, а конституционным законом.

М.М. Дауленов, М.Н. Абилова: «Астана» халықаралық қаржы орталығында инвесторлардың құқықтарын қорғау үшін ағылшын құқығы.

Бұл мақаланың мақсаты Англия мен Уэльстегі қағидалардың, нормалар мен үлгілердің «Астана» халықаралық қаржы орталығының қолданыстағы заңдарын қорғауда қаншалықты қамтамасыз ете алатынын анықтау болап табылады. Сондай-ақ, орталықтың дауларын шешу жүйесінде бірінші инстанциялы сот пен апелляциялық инстанциялы сот, халықаралық төрелік орталық қарастырылады. Конституциялық заңмен ұсынылған тәсіл орталық қызметкерлерінің және орталық органдары мен шетелдік жұмыскерлердің арасында туындайтын даулы мәселелерді шешу үшін ағылшын заңнамалық және сот машықтарының озық үлгілерімен алмасуға, қазіргі қолданыстағы Қазақстанның заң шығару элементтерімен үйлесімді қолдануға мүмкіндік береді.

Түйінді сөздер: принцип, прецедент, ағылшын құқығы, трансформация, құқықты қолдану, Халықаралық қаржы орталығы, Астана, Сот, Халықаралық төрелік орталығы, Лондон халықаралық төрелік

орталығы, Лондон халықаралық төрелі соты, Дубай халықаралық қаржы орталығы.

M. Daulenov, M. Abilova: English Law as a Watchdog of Investor Rights in AIFC.

The following paper is aimed to identify how the application of principles, norms and case law of English legal system can ensure the protection of the current dispute resolution system of the Astana International Financial Centre. In this regard, the dispute resolution system of the Centre is understood as a Court comprised of the Court of First Instance and the Court of Appeals

as well as the International Arbitration Centre. The approach proposed by the Constitutional Law enables to implement best experiences of English legislative and judicial practices with purpose to employ them in line with some elements of the Kazakhstani legislation during the dispute settlement process between participants of the Centre, bodies of the Centre and their international employees.

Key words: principle, case law, English law, transformation, enforcement of the law, International Financial Centre, Astana, Court, International Arbitration Centre, the London Court of International Arbitration, the Dubai International Financial Centre.

АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО И ПРАВОВАЯ СИСТЕМА КАЗАХСТАНА



М. К. СУЛЕЙМЕНОВ,
директор научно-исследовательского института
частного права Каспийского общественного
университета, д.ю.н., профессор,
академик НАН РК (г. Алматы)

Автор признает принципиальную несовместимость английского права, основанного на прецедентном праве и праве справедливости, и казахстанского права, основанного на континентальной системе права романо-германского типа. Понятия, существующие в английском праве, по своему смыслу не совпадают с понятиями, закрепленными в законодательстве Казахстана. В Англии право творит суд. Предоставление такого права нашим судам, считает автор, неминуемо вырождается в судебный произвол и коррупцию. Поэтому к имплементации английского права в законодательство Казахстана надо подходить очень осторожно. В частности, отмечается в статье, нельзя ничего брать из вещного права. Нормы о юридических лицах надо использовать очень продуманно, имея в виду, что в английском праве нет понятия юридического лица. Можно воспринять лишь положения о корпорации, а также установить «последующий контроль» за деятельностью корпорации и личную ответственность руководителей и участников корпорации. Отдельные положения английского права можно имплементировать лишь применительно к договорным обязательствам: эстопель, заверения об обстоятельствах, оговорки, абстрактные и недоказанные убытки и другие.

Ключевые слова: английское право, право Казахстана, имплементация, прецедентное право, континентальное право, корпорация, договор, эстопель, оговорки, убытки.

ВВЕДЕНИЕ

5 мая 2015 года на расширенном заседании Правительства Республики Казахстан Президент Республики Казахстан обозначил 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ в рамках реализации Плана нации. Одной из этих пяти институциональных реформ является обеспечение верховенства закона. В развитие этих реформ Правительство Республики Казахстан предложило рассмотреть вопрос об имплементации британского права в национальное законодательство Республики Казахстан. В связи с этим возникает необходимость рассмотрения вопроса о том, что такое английское право и как оно может вписаться в правовую систему Казахстана.

© М.К. Сулейменов, 2016

*Статья с некоторыми изменениями параллельно выставлена на портале zakon.kz

1. ПОНЯТИЕ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА

Прежде всего, надо определиться с названиями. В документах говорится об имплементации британского права в национальное законодательство. Это не совсем точно, ибо британского права как понятия не существует.

В специальной литературе употребляется понятие «английское право», под которым понимают право Англии и Уэльса. Кроме того, в Великобритании существуют отличные от английского права право Шотландии (с элементами римского права) и Северной Ирландии. Иногда говорят о праве Великобритании (Объединенного Королевства) в целом, но в сравнительном правоведении анализируется в первую очередь английское право как право Англии и Уэльса.¹

Как пишет классик сравнительного правоведения Рене Давид, «сфера применения английского права ограничивается Англией и Уэльсом. Оно не является ни правом Соединенного Королевства, ни правом Великобритании, так как Северная Ирландия, Шотландия, острова Ла-Манша и остров Мэн не подчиняются английскому праву. Поэтому от термина «британское право» следует отказаться».²

Как известно, основными типами правовых систем в мире являются две: система общего права (англо-саксонская) и система континентального права (романо-германская). Между ними существуют настолько серьезные различия, что часто говорят, что это практически два разных права.

Английское право относится к системе общего права (common law), казахстанское право – к континентальному праву, так как в основе его лежит германское право.

Английское право часто называют прецедентное право (case law). Это не совсем точно. Конечно, прецедентное право составляет подавляющую часть английского права. Создавалось сначала английское право судами, которые при рассмотрении дел руководствовались местными обычаями. Со временем решения

¹См., например: Томсинов А.В. Понятие договорных убытков в праве Англии, США и России. М.: Зерцало-М., 2010. С. 1; Зенин И.А. Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. 14-е изд. М.: Изд-во Юрайт, 2015. С. 41.

²См.: Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения. 1996. С. 208.

НОВЫЕ КНИГИ



Право избирать и быть избранным в российских политических реалиях: основные конституционно-правовые проблемы. Учебно-методический комплекс / Рук. авт. колл. и отв. ред. проф. С.А. Авакьян. М.: Юстицинформ. 2015. – 680 с.

ISBN: 978-5-7205-1316-0

Настоящая работа подготовлена сотрудниками кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова в порядке реализации исследовательского проекта, посвященного конституционно-правовым аспектам формирования модели власти, реализации права избирать и быть избранным в российских политических реалиях. Издание представляет собой учебно-методический комплекс в помощь студентам и всем лицам, интересующимся вопросами публичной власти, выборов, избирательных систем в России и современном мире.

В числе авторов: Баженова О.И., Кененова И.П., Колюшин Е.И., Пешин Н.Л., Старостина И.А., Тимофеев Н.С., Троицкая А.А., Швердяев С.Н.

судов (прецеденты) становились обязательными при рассмотрении всех аналогичных дел нижестоящими судами. Однако наряду с **общим прецедентным правом (common law)** в Англии сложилось и действует прецедентное **право справедливости (law of equity)**, формируемое судами лорда-канцлера, в которые обращались с прошением о восстановлении справедливости. Суд лорда-канцлера не был связан с прецедентами общего права. В 1873 г. был принят Закон о судеустройстве, который закреплял приоритет права справедливости по сравнению с общим правом.

Кроме того, в праве Англии существует т.н. статутное право. Формально законы (акты парламента) имеют приоритет перед судебными прецедентами. Однако фактически прецедентное право сохраняет свое доминирующее значение (к примеру, в сфере действия норм о договоре и обязательствах из причинения вреда).³

Наряду с законами, важным источником является **делегированное законодательство** – подзаконные нормативные акты, принимаемые правительственными организациями. В то же время суд имеет право отменить норму делегированного права, если установит, что она была принята с превышением полномочий или же были допущены процедурные нарушения.⁴

В Англии нет разделения на гражданское и торговое право, как нет и разделения на частное и публичное право. Это чуждое нам право.

Как пишет Рене Давид, «различие в структуре права, как мы это увидим, действительно полное. С точки зрения известных делений права мы не найдем в английском праве ни деления на право публичное и право частное, ни деления, столь естественного на наш взгляд, на право гражданское, право торговое, право административное, право социального обеспечения. Вместо этого мы находим в английском праве деление в первую очередь на общее право и право справедливости.

На уровне понятий мы также будем частично дезориентированы, не найдя в английском праве таких понятий, как родительская власть, узупрукт, юридическое лицо, подлог, непреодолимая сила и т.п. Зато нам встретятся такие незнакомые понятия, как доверительная собственность, встречное удовлетворение, эстоппель, треспасс и др., которые нам ни о чем не говорят. Не соответствуя ни одному из знакомых нам понятий, термины английского права непереводимы на другие языки, как термины фауны и флоры разных климатов. Когда любой ценой хотят перевести эти термины, их смысл, как правило, теряется. Трудность не уменьшается даже при кажущейся адекватности: «договор» английского права не более адекватен «договору» французского права, чем английское equity, право справедливости, французскому понятию «справедливость»; administrative law вовсе не означает административное право, а civil law – гражданское право».⁵

Принципиальная несовместимость английского и континентального права вытекает еще из того, что континентальное право выросло из римского права, а английское право не могло воспринять римское право по ряду причин.

Во-первых, римское право имело преимущественно частный характер, которое не могло быть использовано королевскими (вестминстерскими) судами, решавшими в рамках своей юрисдикции не

частные, а публично-правовые споры. Во-вторых, на пути рецепции римского права в Англии существовали препятствия в виде не совместимых с римским правом местных традиций и обычаев. В-третьих, это вытекало из особенностей эволюционного развития Англии и ее правовой системы, не вызывавших необходимости выхода за рамки общего права.⁶

Весьма своеобразный, даже уникальный характер английского права выражается в высоком уровне независимости судебной власти. Это вытекает из того, что общее право – это в первую очередь судебное право.

Суды формируют право, и это действительно настоящая власть.⁷

Механический перенос принципов английского права на нашу почву, где суды не обладают, мягко говоря, настоящей независимостью, но зато обладают значительной коррумпированностью, не даст надлежащего эффекта.

2. НЕУДАЧНЫЕ ПОПЫТКИ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ ОБЩЕГО ПРАВА

Попытки внедрить в право Казахстана и других стран СНГ принципы и элементы англо-саксонского права предпринимались неоднократно.

Во время проведения законодательной реформы в Казахстане американскими советниками предпринимались активные попытки внедрить у нас элементы общего права. Иногда им это удавалось. В частности, под влиянием американских советников был принят Закон об акционерных обществах 1998 г. со множеством англо-американских понятий. Однако этот закон оказался неработающим, так как он не вписался в правовую систему Казахстана, и в 2003 г. он был отменен и заменен новым Законом об акционерных обществах, полностью основанным на понятиях континентальной системы права.

Однако в целом нам удалось отбиться от чуждых нашей системе понятий, в частности, от попыток внедрить институт доверительной собственности – траст. В России понятие траста удалось протасовать в Указе Президента Б.Н. Ельцина, однако эта попытка с треском провалилась.

Мы трансформировали институт траста в понятный нам институт доверительного управления. И этот институт, созвучный континентальной системе права, благополучно существует до наших дней.

Многие проблемы в современном корпоративном праве возникли в основном из-за попыток использовать понятия англо-саксонской системы права.

Только из-за непонимания различий общего права и континентального права у нас появилось закрытое акционерное общество, взятое из англо-американской системы права, причем из-за неправильного перевода понятий общего права. Между тем закрытое акционерное общество из общего права есть не что иное как ТОО из континентального права. Только в 2003 г. нам удалось избавиться от ЗАО, переведя их или в АО, или в ТОО.

Та же ситуация имеет место в России.

Лишь в настоящее время появляются откровенные признания того, что «попытка принести в нашу континентальную правовую систему комплекс англо-саксонских элементов была в значительной мере оторвана от реальности. Появились конфликты, и фактически англо-саксонская идея была применена для того, чтобы

³См., например: Пятин С.Ю. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие. 2-е изд. М.: Издательско-торговая корпорация Дашков И К о, 2011. С. 24-27.

⁴См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие / Под ред. С.Н. Бабурин, Р.А. Курбанова. М.: ЮНИТИ - ДАНА, 2013. С. 17-18.

⁵См.: Рене Давид, Камилла Жоффе - Спинози, С. 226-227.

⁶См.: Марченко М.Н. Сравнительное правоведение: Учебник. 2-е изд. М.: Проспект, 2016. С. 420-421.

⁷См.: Рене Давид. Основные правовые системы современности (сравнительное право). М., 1967. С. 311; Марченко М.Н. Указ. соч. С. 424-428.

раскачать старую собственность, но поскольку ни нравы, ни традиции, ни психика населения, властей и собственников не были англо-саксонскими, то получился жуткий гибрид...».⁸

Однако, как пишет Е.А. Суханов, на этом подходе воспитано целое поколение экономистов и политиков, в том числе занявших положение, позволяющее им определять как общие направления законодательного развития в сфере экономики, так и наиболее принципиальные конкретные законодательные решения.

Более того, обсуждение предложений по новой редакции Гражданского кодекса (в том числе в области корпоративного права) в органах публичной власти и бизнес-сообщества, особенно с представителями Минэкономразвития России и рабочей группы по созданию Международного финансового центра (МФЦ), выразившими консолидированную критическую позицию, показало активное стремление этих кругов к всеохватывающей либерализации российского корпоративного законодательства и приданию ему максимальной «диспозитивности» путем его всестороннего сближения с исторически чужеродным ему англо-американским корпоративным правом, якобы обладающим некими заведомыми преимуществами по сравнению с континентальным европейским правом. При этом не только создаются ошибочные представления о содержании и основных направлениях современного корпоративно-правового развития и формируется искаженное правосознание у лиц, не осведомленных о фактическом состоянии дел в рассматриваемой области, но и начинает оказываться определенное негативное влияние на реальные экономические процессы.

Так, в начале 2013 г. ряд отечественных печатных СМИ сообщили о возможности преобразования ОАО «Роснано» «в новую правовую форму, аналогичную тем, в которых работают мировые венчурные фонды и фонды частных инвестиций – general partnership / limited partnership (GP / LP)», не преминув при этом указать, что «в российском законодательстве аналоги (GP/LP) появились около года назад с принятием законов об инвестиционном товариществе и хозяйственном партнерстве», а инициаторами разработки этих «более гибких форм, чем традиционные акционерные общества», выступили как раз «Роснано» и Российская венчурная компания. Между тем названные «новые формы» (GP/LP) в действительности являются не чем иным, как известными уже не одну сотню лет полными

и командитными товариществами, статус которых в действующем российском праве давно и подробно урегулирован в ст. 69-86 ГК РФ. Что же касается действительно новых организовано-правовых форм, то следует отметить, что инвестиционное товарищество является разновидностью предусмотренного гл. 55 ГК РФ простого товарищества, т.е. договора о совместной деятельности (правда, серьезно искаженного нормами Федерального закона «Об инвестиционном товариществе»), а хозяйственное партнерство представляет собой не самое удачное изобретение юристов названных российских компаний, вообще не имеющее зарубежных аналогов. Во всем этом легко убедиться при сколько-нибудь серьезном анализе упомянутых федеральных законов. В целом же это очередное недоразумение вновь ясно показывает беспочвенность стремления большинства отечественных экономистов и некоторых бизнес-адвокатов любыми путями использовать англо-американские аналоги давно известных нашему праву юридических конструкций.⁹

Все сказанное приводит к выводу, что английское прецедентное право мало подходит для казахстанской системы права.

Искусственно вставленные в нашу систему вырванные из английского права институты и понятия могут повлиять на правовую систему в целом и в конечном счете разрушить ее.

Поэтому к имплементации английского права следует подходить очень осторожно. Необходимо также дифференцированно подходить к имплементации различных институтов английского права. В частности, не стоит вообще трогать вещное право в виду коренных различий между основными понятиями права собственности и других видов вещного права в английском и казахстанском праве.

Крайне осторожно следует подходить к использованию института субъектов права, имея в виду, что в английском праве нет понятия «юридическое лицо».

Много общего в различных системах права только в институтах представительства и договорного права.

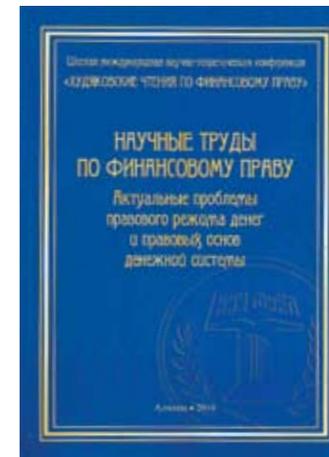
Именно здесь можно найти ряд интересных моментов, могущих быть использованными в казахстанском праве.

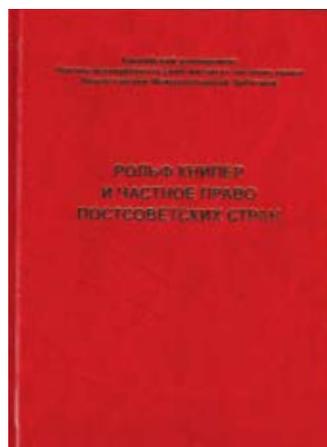
3. ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА

3.1. Общие положения

Законодательству Великобритании неизвестно понятие «юридическое лицо» как самостоятельная категория. Институт юридического лица рассматривается сквозь призму конкретных инсти-

⁸См.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С. 5-7.





тутов и конкретных правовых задач, требующих решения. Такой подход предполагает, что единственным лицом, обладающим качеством правовой личности (legal personality), является физическое лицо. В то же время для решения определенных задач английская правовая доктрина рассматривает проблемы правового положения коллективного лица (collective person).

В большинстве случаев универсальным институтом, используемым для осуществления предпринимательской деятельности несколькими лицами в качестве обособленного самостоятельного юридического лица, является институт компании.

С точки зрения английского законодательства компания является искусственным образованием, обладающим собственной «персональностью», отличной от физических лиц, ходатайствующих о регистрации компании. Компания может не существовать физически, однако признаваться обладающей собственной правоспособностью в качестве самостоятельной стороны в договорах, в обязательствах из причинения вреда. Основным выводом, который английская доктрина делает из признания за компанией самостоятельности, является признание за компанией самостоятельной ответственности, отличной от ответственности ее учредителей, акционеров, управляющих (директоров). Этот принцип получил название ограниченной ответственности (limited liability) и впервые был сформулирован лордом Макнахтеном в деле «Salomon v. A. Salomon and Co. Ltd.»: «Компания является лицом, отличным от ее учредителей, и хотя после регистрации ее деятельность будет практически совпадать с деятельностью лиц, ее учредивших и являющихся ее управляющими и получающими доходы от ее деятельности, компания не является представителем (агентом) этих лиц или их доверительным управляющим. Равным образом по обязательствам компании не отвечают ни учредители, ни участники ни в какой форме, за исключением случаев и в порядке, предусмотренном Законом» (речь идет о Законе о компаниях 1987 г.).¹⁰

Поэтому следует очень осторожно подходить к проблеме имплементации норм английского права в сфере регулирования деятельности юридических лиц.

3.2. Конкретные предложения по имплементации английского права

Можно выделить несколько аспектов имплементации норм английского права, которую можно провести без нарушения принципов построения системы законодательства Казахстана:

¹⁰См.: Основные институты гражданского права зарубежных стран / Отв. ред. В.В. Залесский. М.: Норма. 2009. С.18; Полковников Г.В. Английское право о компаниях: закон и практика: Учебное пособие. М.: Изд-во НИМП, 1999. С.19-30.

- 1) ликвидация государственных предприятий;
- 2) включение в ГК норм о корпорациях и корпоративных отношениях;
- 3) личная ответственность учредителей и руководителей юридического лица по его долгам;
- 4) установление «последующего контроля».
- 5) отмена обязательности членства в саморегулируемых организациях.

3.2.1. Ликвидация государственных предприятий

Если есть что-то полезное для нас в английском праве, то это в первую очередь отсутствие какого-либо подобия государственных предприятий. Поэтому самым полезным видом имплементации английского права в национальное законодательство была бы ликвидация государственных предприятий на праве хозяйственного ведения и казенных предприятий путем перевода их в ТОО или АО. Мы попытались это сделать при разработке проекта Закона о государственном имуществе, но тогда не получилось. По-моему, сейчас очень подходящий случай сделать это, начав в первую очередь с предприятий на праве хозяйственного ведения.

3.2.2. Включение в ГК норм о корпорациях и корпоративных отношениях

Юридические лица в Англии исторически подразделялись на корпорации, представляющие собой совокупность лиц (corporation aggregate) и единоличные корпорации (corporate sole). Единоличные корпорации – «это лица, последовательно друг за другом занимающие какую-либо публичную должность и инкорпорированные так, что образуют единое и непрерывное юридическое лицо».¹¹ В качестве таковых выступают, например, английский король, епископ Кентерберийский, министр почт, солиситор казначейства и другие.¹²

Если наложить это деление на нашу действительность, то можно провести аналогию с государственными учреждениями, в частности, с государственными органами.

То есть на основе этих понятий, архаичных как и все английское право, можно уловить деление на корпорации и учреждения – деление, характерное для континентального права.

Во всяком случае, понятие корпорации, в форме которой выступают компании, можно привнести в наше право. Поэтому можно в ст. 1 ГК РК включить понятие корпоративных отношений, а в разделе, посвященном юридическим лицам, предусмотреть, наряду с делением на коммерческие и некоммерческие организации, деление на: кор-

¹¹См.: Вильямс С. Основы договорного права. М., 1955. С. 386.

¹²См.: Полковников Г.В. Указ.соч., С. 30-31.

порации, основанные на членстве, и учреждения (или унитарные организации), в которых нет членства.

3.2.3. Личная ответственность учредителей и руководителей юридического лица по его долгам

Речь идет о «проникающей ответственности» в корпоративном праве, получившей определенное распространение в ряде стран. В западноевропейской литературе она именуется «проникновение за корпоративные основы» (Durchgriff hinter den gesellschaftsrechtlichen Schleier), в американском праве – «прокалывание корпоративной маски» (Piercing Corporate Veil).

Иногда это называют «снятие корпоративной вуали».

В английское корпоративное право концепция «снятие корпоративной вуали» (lifting the corporate veil) перешла из американского права. Однако в Англии она используется крайне редко, поскольку английская правоприменительная практика и доктрина традиционно исходит из четкого разделения имущества корпорации и ее участников даже в случае появления компании одного лица.¹³

Обоснованием такой позиции является широко известное приведенное выше дело «Salomon v. A. Salomon and Co. Ltd.».

Лишь при банкротстве в Англии допускается возложение имущественной ответственности на руководителей компании.

Вместе с тем английской судебной практике известны случаи «обратного проникновения», то есть возложения на корпорацию имущественной ответственности по долгам ее единственного участника.¹⁴

В Казахстане в качестве случая «проникающей ответственности» можно назвать ответственность материнской организации по долгам дочерней организации (ст. 94 ГК), и ответственность учредителя (участника) и (или) должностных лиц должника за преднамеренное банкротство (ст. 6 Закона РК от 07 марта 2014 г. №176 –V «О реабилитации и банкротстве»).

Целесообразность установления такой ответственности не вызывает сомнений. Однако к расширению ответственности учредителей следует подходить с большой осторожностью, ибо беспредельное расширение ее ставит под угрозу само существование юридического лица.

Ограничение ответственности учредителей является краеугольным камнем теории юридического лица, которое выступает в обороте в качестве «корпоративного щита» от требований кредиторов, и чрезмерное расширение протыкания такого щита может привести к уничтожению самого смысла создания юридического лица.

В качестве примера расширения ответственности учредителей и должностных лиц юридического лица можно взять реформу гражданского законодательства РФ в сфере регулирования деятельности юридических лиц.

Федеральным законом от 5 мая 2014 г. №99-ФЗ в ГК РФ была включена ст. 53¹, закрепляющая ответственность лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, и членов коллегиальных органов юридического лица. Ответственность наступает, если будет доказано, что при осуществлении своих прав и исполнении своих обязанностей лицо действовало недобросовестно или неразумно, в том числе если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычно-

¹³См.: Суханов Е.А. Указ. соч. С. 183, 194.

¹⁴См.: там же. С. 195.

му предпринимательскому риску.

Кроме того, в п. 3 ст. 53¹ ГК РФ было сформулировано положение о том, что лицо, имеющее возможность определять действия юридического лица, (в том числе давать указания лицам, уполномоченным выступать от имени юридического лица, и членам коллегиальных органов юридического лица), обязано действовать в интересах юридического лица разумно и добросовестно и несет ответственность за убытки, причиненные по его вине юридическому лицу.

Последнее положение ориентировано большей частью на учредителей (участников) корпорации, особенно в «one man company», где доминирующую роль играет именно учредитель.

Однако для наступления ответственности необходимы, как минимум, следующие условия:

- 1) лицо имеет возможность определять действия юридического лица;
- 2) нарушение обязанности действовать разумно и добросовестно;
- 3) наличие убытков, причиненных юридическому лицу;
- 4) вина лица в причинении этих убытков.

Если в Казахстане будет отсутствовать высокий уставный капитал, (как в континентальном праве) и не будет предусмотрен жесткий последующий контроль (как в англо-американском праве), есть смысл установить ответственность органов управления и участников корпорации за причинение убытков юридическому лицу неразумными и недобросовестными действиями.

3.2.4. Установление «последующего контроля»

Принципиальным отличием европейского континентального права от англо-американского является наличие в соответствии с континентальным правом уставного капитала в более-менее крупном размере и отсутствие его в соответствии с англо-американским правом.

В англо-американском праве наличие у компании имущества, необходимого для удовлетворения требований кредиторов, обеспечивается не требованием наличия у нее минимального или твердого уставного капитала, а запретом распределения ее имущества между участниками (прежде всего выплат дивидендов) в отсутствие проверки ее реального имущественного состояния.¹⁵

В настоящее время и в Казахстане, и в России проводится политика отказа от реального уставного капитала, но при этом не вводится «последующий контроль» за имущественным состоянием корпорации, как в англо-американском праве.

Получается, что вводят чуждую континентальному праву англо-американскую модель, но при этом отбрасывают самую существенную часть этой модели – «последующий контроль». Таким образом, устанавливается полная бесконтрольность деятельности корпораций и отсутствие защиты кредиторов. Вывод заключается в том, что если уж брать англо-американскую модель, то надо брать ее целиком. Отменяя твердый уставный капитал, необходимо установить и эффективный последующий контроль.

3.2.5. Отмена обязательности членства в саморегулируемых организациях

Закон о компаниях не содержит деления компаний на коммерческие и некоммерческие. Отсутствие деления на коммерческие и некоммерческие компании является отличительной чертой современного английского права. Следует также обратить внимание на

¹⁵См.: там же. С. 163.

то, что до вступления в действие в 2002 г. Закона о рынке финансовых услуг 2000 г. (Financial Services Markets Act 2000) в Англии существовал такой особый вид компании, как саморегулируемые организации (self-regulating organizations). При этом следует отметить, что особенность таких компаний состояла не в том, что членство в таких организациях было обязательным в силу требования закона. Закон о рынке финансовых услуг отменил обязательность членства в саморегулируемых организациях для профессиональных участников рынка финансовых услуг, заменив это требованием получения соответствующей лицензии. При этом данный Закон предусматривает, что после вступления в действие этого Закона новые саморегулируемые организации регистрироваться не будут.¹⁶

Было бы целесообразно воспользоваться опытом английского права и в порядке имплементации английского права распространить этот принцип не только на саморегулируемые организации, но и на все объединения юридических лиц, отменив, в частности, обязательное членство юридических лиц в Национальной палате предпринимателей.

4. ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО

В Англии основным источником представительства является судебная практика. Только деятельность такого вида торговых представителей, как факторы (агенты, которым передаются товары для продажи), урегулирована специальным Законом о факторах 1889 г.¹⁷

Под агентским договором (the contract of agency) понимается договор о совершении одним лицом (агентом) действий по поручению и за счет другого лица (принципала).¹⁸ Созданный в основном судебной практикой Англии, агентский договор в настоящее время не только широко используется в имущественном обороте внутри стран общего права, но является также одним из наиболее распространенных видов международных сделок. Не случайно процесс унификации торгового права распространяется и на сферу отношений по агентскому договору.

Агентский договор может быть направлен на совершение агентом как юридических, так и фактических действий, конечной целью которых является установление договорных обязательств между принципалом и третьим лицом. Как правило, агент действует от имени принципала, и, следовательно, заключенные им или при его содействии сделки создают права и обязанности непосредственно для принципала. Судебная практика допускает и другие способы вступления агента в отношения с третьими лицами при осуществлении возложенного на него принципалом поручения, а именно: а) агент вправе действовать от своего имени, не раскрывая перед третьим лицом существования принципала; б) агент может, указывая на то, что он выступает по поручению и за счет принципала, не раскрывая его имени.¹⁹

Возможность введения агентского договора в законодательство Казахстана вытекает из Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010-2020 годы, утвержденной Указом Президента РК от 24 августа 2009 г. № 858. Одним из положений Концепции является закрепление целесообразности введения агентов в число субъектов гражданского права и регламентации вопросов агентского соглашения.

¹⁶См.: Основные институты гражданского права зарубежных стран, С. 31.

¹⁷См.: там же. С. 29.

¹⁸См.: Ансон В. Договорное право. М.: Юрид. литература, 1984. С. 373.

¹⁹См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран. Изд. 4-е. Т. II. М.: Международные отношения, 2008. С. 172.

Реализовать это положение можно путем включения в ГК РК главы об агентском договоре по примеру ГК России и других стран СНГ. Трудности при этом, несомненно, возникнут при определении соотношения агентского договора с договорами комиссии и поручения.

5. ДОГОВОРНОЕ ПРАВО

5.1. Понятие

Под договором в праве РК, как и во всем континентальном праве, понимается соглашение сторон.

Английское право в процессе своего исторического развития разработало иную концепцию договора, однако провести сравнительно-правовую аналогию с понятием договора в праве стран континентальной Европы, историко-правовой анализ становления договора в английском праве как самостоятельного правового института довольно сложно. До настоящего времени договорное право Англии не только не кодифицировано, но вообще никак не систематизировано. Все институты договорного права Англии развивались, главным образом, в процессе судебной практики, при отсутствии легального определения договора как правовой категории.

Под договором в английском праве понимается обещание (promise) или ряд обещаний, снабженных исковой защитой, то есть обещаний, за нарушение которых законом установлена санкция. Из такого определения следует два вывода: 1) лицо, которому что-то было обещано, при неисполнении обещания становится кредитором и имеет право на иск, и 2) данное обещание имеет правовой характер для лица, давшего такое обещание, создает юридическую обязанность и делает его должником.

Появление такой необычной правовой конструкции, которая юристам континентальной школы права, скорее, напоминает одностороннюю сделку, историки английского гражданского права относят к XIV веку.

К концу XV века суды общего права стали признавать, что если лицо, давая обещание, приняло на себя обязательство в обмен на какой-либо эквивалент, представляющий субъективную ценность для должника, то в случае неисполнения оно обязано возместить кредитору убытки, вызванные неисполнением обещанного. Так было положено начало развитию фундаментальной доктрины английского договорного права – доктрины встречного удовлетворения (consideration).²⁰

5.2. Обещание и встречное удовлетворение

Из изложенного можно сделать два вывода.

Во-первых, обещание как договор характерно только для английского права. Поэтому нет смысла использовать его в этом значении.²¹

Однако само понятие «обещание» можно применить в казахстанском праве как юридический факт, тем более что такая концепция в юриди-

²⁰См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. Том I. Изд. 4-е / Под ред. Е.А. Васильева и А.С. Комарова. М.: Международные отношения, 2004. С. 495-497.

²¹Хотя справедливости ради, следует отметить, что в российской литературе появляются предложения использовать конструкцию договора-обещания в российском праве (см.: Бекленищева И.В. Неклассический подход к понятию гражданско-правового договора: концепция договора как обещания). – Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 3. К 80-летию С.С. Алексеева. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. С. 364-389.

ческой литературе Казахстана уже разработана.²²

Во-вторых, поскольку понятие «consideration» в английском праве появилось вынужденно, для того чтобы договор сделать договором, а в казахстанском праве такой необходимости нет, постольку, на мой взгляд, нецелесообразно включать в наше правовое понятие «consideration».

5.3. Эстопель

Более применимым можно считать другое понятие, тесно связанное со встречным удовлетворением, вернее, с отсутствием встречного удовлетворения.

Это так называемый эстопель (promissory estoppel). Его обычно переводят как «лишение права возражения на основании данного обещания». Например, А.А. Дубинчин переводит термин «proprietary estoppel» как «лишение права возражения в отношении собственности», возникающее в определенных ситуациях, в которых лицо совершило действия, полагаясь на убежденность в том, что оно обладает либо приобретет в будущем права в или над земельной собственностью (Jones v. Jones (1977)). Эта убежденность вытекает из действий либо заверений владельца недвижимости, из которых может быть выведено обещание другому лицу относительно того, что адресат обещания имеет признаваемый интерес в недвижимости, либо что он будет создан в его пользу (Leoid vanc Ple v. Posset (1991)).²³

В.В. Оробинский предлагает другое, более простое и понятное определение эстопеля: сторона не может «съехать» с обещания, если другая сторона действовала, разумно полагаясь на это обещание.

Классическое дело, возродившее эстопель, – это дело Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd (1947). Истец – собственник, арендатор. По договору 1937 г. арендатор платил 2500 фунтов стерлингов в год, сдавал квартиры в субаренду и на разнице получал прибыль. Однако в 1939 г. люди из-за войны стали уезжать из Лондона, у арендатора возникли убытки, и в 1940 г. собственник снизил арендную плату до 1250 фунтов. Это было задумано как временная мера, но никаких сроков оговорено не было.

В 1945 г. дом был уже полностью заселен. Собственник предъявил счет за 1945 г. на 2500 фунтов и потребовал возместить неуплаченные суммы за прошлые годы – 7916 фунтов. Судья решил, что снижение арендной платы – временное обещание, которое действовало, пока дом не был сдан полностью,

²²См.: Диденко А.Г. Понятие «обещание» в гражданском праве. Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 13. Алматы: Раритет, 2002; его же. Вызовы времени: Теория юридических фактов и ее отражение в правовой действительности. Приложение к сборнику «Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика». Вып. 44. Алматы: Раритет, 2015. С. 48-53.

²³См.: Дубинчин А.А. Английское контрактное право: практическое пособие для российского юриста: Заключение договора. М.: Инфо-тропик Медиа, 2012. С. 225-226.

то есть до начала 1945 г.²⁴

Это и есть эстопель: обещание связывает, если другая сторона действовала, разумно полагаясь на это обещание.

Несмотря на архаичность этого института, в российском законодательстве, тем не менее, появились элементы эстопеля.

Федеральным законом РФ от 7 мая 2013 г. №100-ФЗ ст. 166 ГК изложена в новой редакции. Пункт 5 этой статьи гласит: «Заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки действует недобросовестно, в частности, **если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки**».

Выделенная часть этого пункта очень напоминает английский эстопель, как его определил В.В. Оробинский: сторона не может «съехать» с обещания, если другая сторона действовала, разумно полагаясь на это обещание».²⁵

В соответствии с п. 5 ст. 166 ГК РФ определенные случаи поведения лица, заявляющего о недействительности сделки, выглядят как обещание, дающее основание другим лицам разумно полагаться на это обещание. Несколько трансформированный, но все же эстопель.

Можно воспользоваться опытом РФ и предусмотреть в ГК РК соответствующую норму, что будет означать перенос в казахстанскую действительность элементов старого доброго и не совсем понятного английского правового понятия. И звучит красиво, хоть и непонятно – «эстопель».

5.4. Заверения об обстоятельствах (representations and warranties)

Заверения в английском праве довольно тщательно разработаны.

Существует несколько видов заверений, по каждому из которых имеется прецедентная практика:

- 1) просто слова (mere representations);
- 2) просто мнение (mere opinion);
- 3) мнение специалиста (expert opinion);
- 4) торговое преувеличение (trade puff);
- 5) торговое преувеличение «с прицепом» (puffs with a specific promise attached);
- 6) ввод в заблуждение (искажение фактов – misrepresentations).

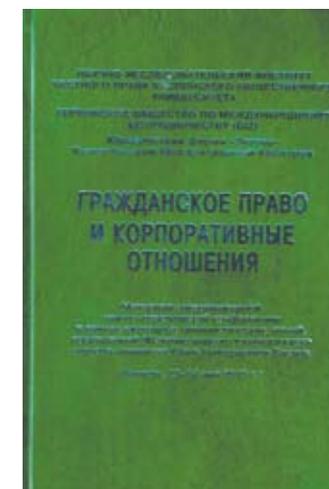
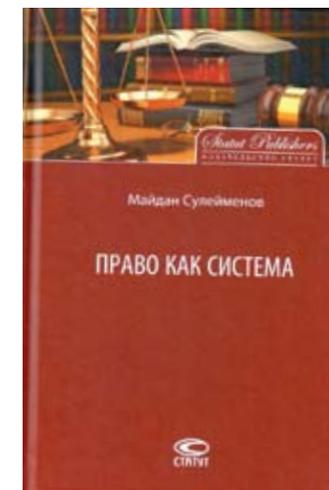
Первые три вида заверений в договор не попадают. А три последних вида попадают, причем, иногда даже тогда, когда в письменном договоре они не отражены.²⁶

В казахстанской договорной практике к заверениям, данным до заключения договора, относятся в целом отрицательно. В договор нередко включают ого-

²⁴См.: Оробинский В.В. Английское контрактное право. Просто о сложном. М., Феникс. 2016. С. 154-165.

²⁵См.: там же. С. 165-167.

²⁶См.: там же. С. 197-208.



ворки типа, что после подписания договора все предыдущие устные и письменные соглашения, переписка, переговоры теряют силу.

Единственным случаем, когда заверения могут быть учтены, является норма ст. 392 ГК РК «Толкование договора». В п. 2 ст. 392 ГК закреплено, что если правила, содержащиеся в пункте первом (толкование договора на основе буквального значения содержащих в нем слов и выражений), не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон.

Отдельные элементы английского института заверения можно включить в казахстанское законодательство. При этом можно воспользоваться опытом России.

Федеральным законом от 8 марта 2015 г. №42-ФЗ в ГК РФ была включена ст. 431² «Заверения об обстоятельствах». В ней закрепляется, что «сторона, которая при заключении договора либо до или после его заключения дала другой стороне недостоверные заверения об обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора, его исполнения или прекращения (в том числе относящихся к предмету договора, полномочиям на его заключение, соответствию договора применимому к нему праву, наличию необходимых лицензий и разрешений, своему финансовому состоянию либо относящихся к третьему лицу), обязана возместить другой стороне по ее требованию убытки, причиненные недостоверностью таких заверений, или уплатить предусмотренную договором неустойку».

Предусмотренная настоящей статьей ответственность наступает, если сторона, предоставившая недостоверные заверения, исходила из того, что другая сторона будет полагаться на них, или имела разумные основания исходить из такого предположения».

Кроме того, в ряде случаев допускается требование об отказе от договора или о признании договора недействительным.

Недостоверные сведения, о которых говорится в ст. 4312 ГК РФ, как раз подпадают под три последних вида заверений по английскому праву: торговое преувеличение, торговое преувеличение «с прицепом», ввод в заблуждение. Так что ст. 4312 ГК РФ – это в чистом виде английское право.

5.5. Оговорки

В английском праве есть понятие «подразумеваемые условия» («implied terms»). Они могут попасть в договор либо в силу статутного закона, либо в силу усмотрения суда. К подразумеваемым условиям может относиться также обычай.

Защитой от подразумеваемых условий в английском праве выступают оговорки. Оговорки о снятии ответственности бывают двух видов: полностью исключающие ответственность (exclusion / exemption clause) и ограничивающие ответственность (limitation clause).²⁷

Одной из таких оговорок является «indemnity clause» – оговорка об убытках, потерь.²⁸ В.В. Оробинский называет эту оговорку «подушка безопасности».²⁹ Такая «подушка безопасности» уже предусмотрена в ГК РФ. Ст. 4061 ГК РФ называется «Возмещение потерь, возник-

ших в случае наступления определенных в договоре обязательств». Пункт 1 этой статьи гласит: «1. Стороны обязательства, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут своим соглашением предусмотреть обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны, возникшие в случае наступления определенных в таком соглашении обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.). Соглашением сторон должен быть определен размер возмещения таких потерь или порядок его определения».

Перед нами английская «indemnity clause» в чистом виде.

5.6. Абстрактные убытки

Абстрактные убытки – один из видов убытков в английском праве.

Если определить их кратко и упрощенно, то это разница в цене (между ценой, установленной в договоре, и текущей ценой на момент расторжения договора).³⁰

Взыскание абстрактных убытков получило определенное распространение в судебной практике Казахстана и России и в конце концов нашло закрепление в ст. 393¹ ГК РФ «Возмещение убытков при прекращении договора».

По смыслу этой статьи при досрочном прекращении договора по вине должника кредитор вправе требовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и ценой по условиям договора, заключенного взамен прекращенного договора, а если такого договора не заключено, – то текущей ценой (цена на момент прекращения договора).

5.7. Недоказанные убытки

Проблема недоказанных убытков давно стала острой в казахстанской юридической литературе и судебной практике. Пора воспринять этот английский вид убытков и включить этот принцип в гражданское законодательство.

В ГК РФ этот вид убытков уже включен Федеральным законом РФ от 8 марта 2015г №42-ФЗ. Пункт 5 ст. 393 ГК РФ гласит:

«5.Размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен в разумной степени достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен в разумной степени достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства».

5.8. Преддоговорная ответственность – culpa in contrahendo

Преддоговорная ответственность в Англии применяется. Например, в деле Anglia Television v. Reed (1971) суд взыскал с актера Рида убытки, нанесенные компанией до заключения договора из-за отказа Рида участвовать в съемках после заключения договора. Однако преддоговорная ответственность не получила в Англии широкого распространения. Есть и прецеденты, отказывающие в возмещении убытков, причиненных до заключения договора.³¹

²⁷См.: там же. С. 318.

²⁸См.: там же. С. 314-317, 341-342.

²⁹См.: там же. С. 318.

³⁰См.: там же. С. 314-317, 341-342.

³¹См.: там же. С. 314-317, 341-342.

Поэтому надо с известной осторожностью относиться к опыту России, где в ГК РФ включена ст. 434¹, предусматривающая обязанность возмещения убытков в случае недобросовестного прерывания переговоров о заключении договора.

5.9. Оговорка о неизменности обязательств – clausula rebus sic stantibus

Зародившаяся в римском праве концепция получила закрепление во многих юрисдикциях и конструируется сейчас как расторжение и изменение договора в связи с существенным изменением обстоятельств.

В Англии этот институт получил название «фрустрация» (frustration), то есть утрата договором своего смысла, или доктрина тщетности договора.³²

Других средств правовой защиты в ситуации изменения обстоятельств, кроме указанного, английское право не предоставляет. В отличие от большинства стран континентальной Европы английское право исходит из того, что «изменение договора подрывает определенность и изменяет риски, распределенные договором, и предусматривает, что прекращение обязательств по договору возможно только тогда, когда после его заключения изменение обстоятельств делает исполнение по договору незаконным или невозможным».

Английская судебная практика уделила значительное внимание теоретическому обоснованию фрустрации, возможно, ввиду необходимости объяснить, почему доктрина фрустрации не допускает перераспределения рисков между сторонами, а также не позволяет освободиться от невыгодного договора. Теория «конструирования» считается в настоящее время общепризнанным стандартом доктрины фрустрации.

Реализуется данная теория на практике следующим образом. Во-первых, суд должен проанализировать условия договора в соответствии с обстоятельствами на момент его заключения и затем в свете вновь возникших обстоятельств. Во-вторых, английское право, как и большинство развитых правовых порядков, не содержит универсального правила о том, на какую из сторон по договору возлагается риск существенного изменения обстоятельств. Суд должен установить, не вытекает ли из договора либо существа обязательства, что риск возникновения новых обстоятельств несет одна из сторон. Для этого суд исследует вопрос о том, содержит ли договор оговорку, регулируемую возникновение новых обстоятельств. В случае если такая оговорка отсутствует либо не регулирует отношения сторон, на случай данных конкретных обстоятельств суд может применить доктрину фрустрации. В этом случае суд сравнивает обстоятельства, сопровождающие заключение договора, и вновь возникшие обстоятельства с целью установить, насколько сильно они различаются. Для применения фрустрации исполнение в его коммерческом смысле должно коренным образом отличаться от предусмотренного договором.

Английское право рассматривает валютные риски, такие как инфляция, обесценивание валюты платежа, как риск, который несет кредитор. Суды исходят из того, что если кредитор хочет снять с себя валютные риски, то соответствующие оговорки должны быть сделаны в договоре.³³

В России этот институт нашел отражение в ст. 451 ГК РФ, в кото-

³²О возникновении и развитии доктрины тщетности (Frustration) см.: Ансон В.Д. Договорное право. Пер. с англ. М.: Юридическая литература, 1984. С. 306-326.

³³См.: Рожкова М.А. Отдельные аспекты доказывания существенного изменения обстоятельств (по статье 451 ГК РФ) // Вестник ВАС РФ. 2001. № 4.

рой предусматривается возможность изменения и расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств или по соглашению сторон, или в судебном порядке.

В Украине это ст. 652 ГК Украины.³⁴

Можно рассмотреть вопрос о включении этого института в гражданское законодательство РК.

М.К. Сулейменов: Ағылшын құқығы және Қазақстанның құқықтық жүйесі.

Автор прецеденттік құқық пен әділдік құқығына негізделген ағылшын құқығы мен роман-германдық үлгідегі құқықтың континенталды жүйесіне негізделген қазақстандық құқықтың түбегейлі үйлеспейтіндігін мойындайды. Ағылшын құқығындағы ұғымдар өзінің мағынасы бойынша Қазақстанның заңдарында бекітілген ұғымдармен сәйкес келмейді. Англияда құқықты сот жасап шығарады. Біздің соттарымызға мұндай құқықты беру автордың ойынша, сотта бұрмалаушылық пен жемқорлықты туындатады. Сондықтан, Қазақстанның заңнамасына ағылшын құқығын имплементациялауға байқап кірісу қажет. Атап айтқанда, мақалада заттық құқықтан ештеңе алуға болмайтындығы атап көрсетіледі. Ағылшын құқығында заңды тұлға ұғымының жоқ екендігін ескере отырып, заңды тұлғалар туралы нормаларды мұқият ойланып қолдану қажет. Тек корпорация туралы ережелерді қабылдауға болады. Сонымен қатар, корпорацияның қызметіне «кейінгі бақылауды» және корпорация басшылары мен қатысушылардың жеке жауапкершілігін белгілеген жөн. Ағылшын құқығының тек шарттық міндеттемелерге қатысты жекелеген ережелерін қабылдауға болады: эстоппель, жағдайлар туралы растама, ескертпелер, абстрактілі және дәлелденбеген залалдар және т.б.

Түйінді сөздер: ағылшын құқығы, Қазақстанның құқығы, имплементация, прецеденттік құқық, континенталдық құқық, корпорация, шарт, эстоппель, ескертпелер, залалдар.

M. Suleimenov: English Law and Legal System of Kazakhstan.

The Article describes a fundamental incompatibility of English Law (based on case law and equity law) with Kazakhstan Law (based on the continental law system of Romano-Germanic type). Legal concepts that exist under English Law do not correspond to the concepts provided under Kazakhstan law. English law is made by judges sitting in courts. Granting a similar right to our courts will inevitably lead to a judicial abuse of power and corruption. Therefore, one should be very careful when adopting English Law principles under Kazakhstan law. In particular, none of the property law rules shall be adopted. Provisions on legal entities should be used very carefully because English Law does not define a "legal entity." The only provisions that can be considered are the provisions of corporations, and also establish "further control" of the corporation's activity, and on personal liability of the corporation's managers and members. Certain English Law provisions can be adopted only with respect to contractual obligations: estoppel, warranties and representations, indemnity clause, damages and other.

Key words: English Law, Kazakhstan Law, adoption, case law, continental law, corporation, contract, estoppel, indemnity clause, damages.

³⁴См. об этом: Беляневич Е. Клаузуле rebus sic stantibus в гражданском законодательстве Украины. Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 28. Алматы: Юрист, 2007. С. 31-46.

THE IMPROVEMENT OF CIVIL LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN BASED ON THE IMPLEMENTATION OF ENGLISH LAW PROVISIONS



V. KONUSSOVA,
Head of the Civil Legislation Department of the SE «Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan», Candidate's Degree in Jurisprudence



Y. NESTEROVA,
Leading Researcher of the Civil Legislation Department of the SE «Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan», Candidate's Degree in Jurisprudence, Associate Professor

In the given article authors, by noting the objective needs of contemporary realities, indicate the necessity to enhance the competitiveness of the legal system of Kazakhstan. One of the ways to enhance this competitiveness is to incorporate positive foreign experience. In this regard, the authors consider the possible ways of improvement of civil legislation of the Republic of Kazakhstan by the introduction of certain provisions of English law. Thus, this paper identifies three possible ways of improving the legislation in the field of Civil Law, which are corporate law, legal regulation of contractual relations and strengthening the role of the court in the regulation of private relations. In addition, some proposals within each of these areas have been made for the modernization of legislation and law enforcement practice.

This article is based on the presentations of the authors at the roundtable dedicated to the issues of implementation of certain provisions of English law into the civil legislation of Kazakhstan, which took place on 11 October 2016 in London, UK.

Keywords: legal system, civil law, English law, contract, corporate relations, precedent, implementation, legislation.

INTRODUCTION

Over the last decades, Kazakhstan has been gradually developing its economy and has become one of the leading countries in Central Asia. However, the legal system of the country is dynamic and develops reflecting not only inner factors of the country, but also factors of the globalized world. In order to meet requirements of modern realities Kazakhstan is currently implementing a number of state projects aimed at economic development, such as the Astana EXPO-2017 International Specialized Exhibition and the creation of the International Financial Centre «Astana» following the successful Dubai project. Recently, Kazakhstan has announced a 'second

wave' of privatization of state-owned entities in different sectors. Another example of such modernization is an enhancement of the national legal system by the implementation of some English law provisions into the civil legislation of Kazakhstan.

LEGAL SYSTEM OF KAZAKHSTAN: MAIN FEATURES AND CURRENT DEVELOPMENTS

The legal system of Kazakhstan is mainly based on the traditions of civil law. However, over the long process of development and due to some historical predispositions, our legal system incorporated elements of different legal systems, amongst them are:

- The Kazakh traditional law (adat),
- The Islamic law (Sharia),
- The Soviet Legal System and
- The continental, Roman-Germanic family of laws.

Nowadays improvement of the national legislation along with other perspectives is aimed at meeting international standards and approximating the most developed legal orders.

The government actively promotes the law making process. Therefore the present time legislation of the country develops according to the priorities proclaimed in the Concept of Legal Policy of the Republic of Kazakhstan (hereinafter – the Concept) adopted by the Decree of the President of the Republic of Kazakhstan in 2009.¹

The Concept defines the main directions of the legal system development up to 2020. Within the framework of the Concept, a number of important laws have been implemented, promoting the progressive pace of the sustainable socioeconomic development of Kazakhstan.

¹Concept of Legal Policy of the Republic of Kazakhstan the period from 2010 to 2020 adopted by the Decree of the President of the Republic of Kazakhstan № 85. August 24, 2009. The source of information: <http://adilet.zan.kz/eng/docs/U090000858>. Accessed on 07.10.2016.

It should be noted that along with other priorities this Concept declares the necessity to improve the legal system in order to enhance its competitiveness. In this respect, the Concept declares «the Kazakh legal system should be able to compete in matters of convenience and reliability with the laws protecting the rights of the developed world. In the context of general globalization and growth in the global competition, many countries are faced with the need to modernize the legal systems and their closest approach to the needs of the people and the interests of investors».

Priorities declared in the Concept correlate with global trends. In the globalized world, there is a tendency for intensive interaction of legal systems. It could be assumed that because of globalization all countries experience the influence of foreign law and order in varying degrees. Kazakhstan as a member of the international community is not an exception. The law of Kazakhstan is not a domestic object existing in isolation; it is a developing system co-existing with other more efficient and advanced ones, which are easily accessible to economic actors.

Globalized legal infrastructure enables economic actors to refer to foreign legal infrastructure in pursuance of better regulation. In the case of our country, such «outsourcing law» occurs through the deployment of several techniques:

- Introduction and adaptation of certain institutions of foreign law by national legislation;
- Creation of entire segments of domestic activity in order to use foreign infrastructure;
- Selection by companies in Kazakhstan (including state-owned) of foreign law as a governing law for their most important contracts with clauses stipulating dispute resolution outside the jurisdiction of Kazakhstan.

There are numerous examples of such an outsourcing law in our country, let us cite the most vivid of them.

Recently the Constitutional Law on Astana International Financial Centre (AIFC) was issued.² AIFC is expected to create a favorable environment to attract foreign investments. The main feature of the centre is that the AIFC will have a special legal system based on the law of England and Wales. On the basis of the AIFC, a special court and an international arbitration will be created, which will resolve legal conflicts.

Another unprecedented novelty for the Kazakhstan legal system is the creation of a board for investment dispute settlement under the Supreme Court of Kazakhstan. The Civil Procedure Code of Kazakhstan considers that this board will consist of three highly qualified foreign and two domestic judges. In addition, the board is assumed to be a tool to guarantee fair litigation of investment disputes.³

²Constitutional law of the President of the Republic of Kazakhstan, № 438-V 3PK. December 17, 2015 "On the international financial centre «Astana». The source of information: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1500000438> Accessed on 07.10.2016.

³Civil Procedure Code of the Republic of Kazakhstan № 377-V 3PK. October 31, 2015. The source of information: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1500000377> Accessed on 07.10.2016.

Following these initiatives, aimed mostly at improvement of the investment climate, we are taking steps to incorporate some English law provisions into the legislation of Kazakhstan. This project targets twofold goals to create favorable conditions for the domestic economic actors, which are to increase their business activity potential in general, and to improve the investment climate in particular.

Currently the Ministry of Justice and the Institute of Legislation of RoK (hereinafter – the Institute) work on the issue of the implementation of some English law provisions into the legislation of Kazakhstan.

Together with analyses of foreign practice, the Ministry of Justice and the Institute hold an open discussion to get more suggestions concerning the project. In this regard, the International Conference was held in Astana in November last year. The conference was attended by representatives of state bodies and non-governmental organizations, leading scholars from Kazakhstan, CIS, and other foreign countries.⁴

The conference participants developed main approaches to the process of implementation. They agreed that improvement of the legislation considering the experience of the Common Law countries should mainly relate to the contract regulation field and regulation of legal entities.

Following the conference, experts from the Institute drafted conceptual proposals for the modernization of the national legislation.

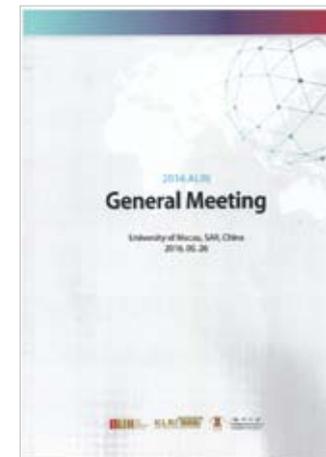
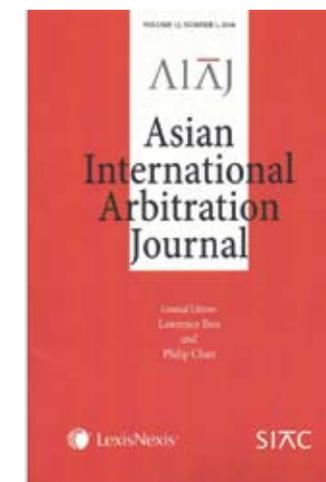
By the decree of the Minister of Justice, an interagency group on this project has been created, which includes representatives from all governmental and non-governmental bodies and organizations, experts in the field of law and other outstanding representatives of legal society. The members of the interagency group on this project have comprehensively analyzed the Draft concept and provided comments and suggestions for further consideration. All members of this working group emphasizes that in addition to some similarities there is a gap between English and Kazakhstan law systems which is not easily bridged. The two systems have different traditional techniques which make it difficult for a lawyer, who is brought up exclusively under a Civil Law system, to read any legal books dealing with a Common Law system, and vice versa.⁵

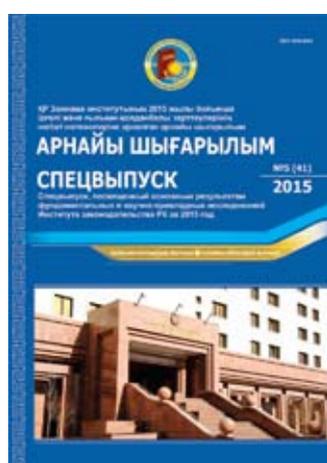
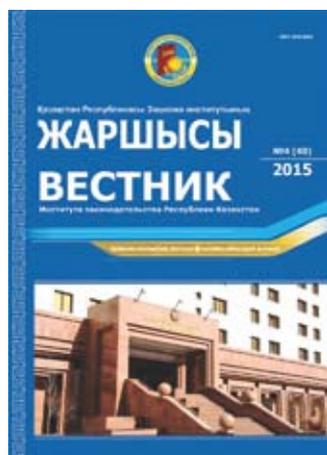
SURVEY OF KAZAKHSTAN CIVIL LAW ISSUES WHICH CAN BE IMPROVED BY THE IMPLEMENTATION OF THE ENGLISH LAW PROVISIONS.

In this article we would like to draw attention to the main sections of contemporary private law in Kazakhstan,

⁴Announcement of the international conference on the implementation of certain provisions of the Common Law into the national legislation, Astana, 30 November 2015 / Bulletin of the Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan. №5 (41). 2015. P. 166.

⁵Lawson F.H. Rational strength of English Law. London, «Stevens & Sons Limited». 1951. P. 5.





which, according to most lawyers' opinion, domestic and international, need to be improved and clarified.

In this regard, we distinguish three main blocks of issues:

- enhancing of the role of the court practice in regulation of private relationships and strengthening the authority of the judges of Kazakhstan;
- creating corporate law in Kazakhstan;
- bridging the gaps in contract law, rejection of Soviet legal principles in contract regulations.

For all three above-mentioned areas, it is essential to analyze the approaches developed in the European Union, especially in England. We believe that the selection of English law by our Government is due to its world-renowned flexibility and fairness.

Kazakhstan rather quickly held codification of its civil legislation, by adopting initially:

- The General part of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan (1994);⁶ and then
- The Special part of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan (1999)⁷.

The Soviet legal heritage lays partly in the basis of these acts. However, a great influence on the contents of our civil law was made by Model Civil Code of the CIS.

Kazakhstan private law is not isolated and in the process of its development the adoption of foreign legal institutions constantly occurs. For example, today we effectively work with such contractual schemes, as: franchising, factoring, leasing, property trust management, etc. Kazakhstan adopted the Laws «On project financing and securitization», «On concessions»; «On public-private partnership».⁸

Let us elaborate more on the problems of the contemporary Kazakhstan laws listed above, which are planned to solve, through guidance of the provisions of English law.

A. Enhancing of the role of the court practice in regulation of private relationships and strengthening the authority of the judges of Kazakhstan

In the law of Kazakhstan, which is related to the Romano-Germanic family of laws (so-called continental law or law of civil code countries), judicial practice as a source of law has not been consolidated in law.

Article 4 of the Constitution of Kazakhstan establishes a

list of the current sources of law, which does not include court precedents but the regulatory decisions of the Supreme Court of Kazakhstan.⁹ These regulatory decisions are interpretative in nature. Regulatory decisions of the Supreme Court, as a rule, are taken in Kazakhstan on the most common and problematic categories of disputes. Regulatory decisions of the Supreme Court look like directions addressed to the lower courts, containing guidelines for the consideration of a particular category of disputes.

Unfortunately, courts in general and the court practice in particular, comparatively do not have as great level of public trust in Kazakhstan as in England. In this context, we consider the possibility of incorporating into our legislation and legal practice, by analogy with English precedent, the concept of «YLGİ».¹⁰ This word is literally translated from the Kazakh language as «SAMPLE».

«YLGİ» could be a useful tool to improve court practice (regardless of court level). Such a sample would be selected from the judgments based on evaluation of its quality. The selection process is supposed to be held by the authoritative assembly of legal scholars, practicing lawyers and judges.

The selection of «YLGİ» will help to support argumentation in analogous or similar cases. With respect to «YLGİ» a court in the proceedings will have to give evaluation of it.

It is expected that results of the implementation of «YLGİ» will be as follows:

- improved quality of judgments on specific cases;
- reduction in the cancellation of judicial acts;
- strengthened authority of the court practice;
- court practice will become more accessible for examination by concerned parties;
- uniformity of judgments in analogous cases.

B. Creating corporate law in Kazakhstan

According to the legislation of Kazakhstan there are 3 types of private commercial organizations: joint-stock companies; partnerships; cooperatives.

Separate law governs each of these types of private commercial organizations. In particular these legal acts are:

- The Law «On Joint Stock Companies», 2003;¹¹
- The Law «On Limited and Additional Liability», 1998 and Law «On Economic Partnerships», 1995;¹²

⁶General part of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan. December 27, 1994. The source of information: http://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000_#z5961. Accessed on 07.10.2016.

⁷Special part of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan № 409. July 1, 1999. <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K990000409>. Accessed on 07.10.2016.

⁸Law of the Republic of Kazakhstan «On project financing and securitization» No.126. February 20, 2006. The source of information: <http://adilet.zan.kz/eng/docs/Z060000126>. Accessed on 07.10.2016; Law of the Republic of Kazakhstan «On Concessions» No. 167. July 7, 2006. The source of information: <http://adilet.zan.kz/eng/docs/Z060000167>. Accessed on 07.10.2016; Law of the Republic of Kazakhstan «On public-private partnership» № 379-V. October 31, 2015. The source of information: <http://adilet.zan.kz/eng/docs/Z060000167>. Accessed on 07.10.2016.

⁹Constitution of the Republic of Kazakhstan adopted on August 30, 1995 at the republican referendum. The source of information: <http://adilet.zan.kz/eng/docs/K950001000>. Accessed on 07.10.2016

¹⁰Didenko A. Ylgi – one of the way of strengthening of court authority // Civil law theory: modern challenges. Almaty, 2013. P. 93-100.

¹¹Law of the Republic of Kazakhstan «On joint stock companies» № 415. May 13, 2003. The source of information: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z030000415>. Accessed on 07.10.2016.

¹²Law of the Republic of Kazakhstan «On Limited and Additional Liability» № 220. April 12, 1998. The source of information: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z980000220>. Accessed on 07.10.2016; Law of the Republic of Kazakhstan «On Economic Partnerships» N 2255. May 2, 1995. The source of information: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/U950002255>. Accessed on 07.10.2016 ;

– The Law «On the production co-operative», 1995.¹³

At the same time, our legislation still has traces of the Soviet legal system with forms of state owned organizations. Thus, state-owned enterprises on one hand are legally recognized as commercial structures, but on the other hand do not have their own property.

Moreover, the legislation of Kazakhstan does not have notions and definitions for “corporation”, “corporate relation” and “corporate acts”. Therefore, the current legislation does not contain uniform rules regulating corporations.

Our legislation is constantly being improved in terms of its liberalization and facilitation of business. As a result, a small business can be opened in the form of the limited liability after registration in an electronic format and without any initial capital. However, on the other hand we have poor legal regulation of corporate law. Such a factor in spite of all progressive reforms could negatively affect further development of business.

In the light of the current development of corporate law, Kazakhstan is facing the following tasks within the frames of prospective legislative work:

- To include the concept of corporate relations into the Civil Code of the Republic of Kazakhstan (hereinafter – the Civil Code) ;
- To improve legal regulation by considering division of legal entities, (along with present division of companies into profit and non-profit) into:
 - Corporations, membership-based,
 - Institutions (or unitary organization), that do not have a membership.
- To provide specific corporate legal acts, such as the meetings decisions and corporate agreements (shareholders' agreements);
- To amend the Civil Code by universal, fair and clear rules related to property liability of corporation officials;
- To further develop the civil law by the rules of personal responsibility of founders and executives of the legal entity for its debts. This is a «penetrating responsibility», by analogy with the corporate law of England and the United States (“Piercing Corporate Veil”).

C. Bridging the gaps in contract law, rejection of Soviet legal principles in contract regulations.

The next important direction in legislation improvement is the legal regulation of the contemporary contract law.

Objective reality in Kazakhstan is the phenomenon of the internationalization, convergence, harmonization and unification of the law within the frames of the Eurasian Economic Union.

It should be noted that some CIS countries have already integrated certain elements of foreign law, including

¹³Law of the Republic of Kazakhstan «On the production co-operative» № 2486. October 5, 1995. The source of information: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z950002486>. Accessed on 07.10.2016.

English law. We take into account their positive as well as negative practice of the implementation of foreign law in order to avoid the same mistakes and learn from their experiences.¹⁴

Therefore, we carefully observe the process of improvement of the civil legislation in Russia that held a large-scale incorporation of English law provisions into the Civil Code, which now provides such classic English legal institutions as guaranty, warranty, indemnity, option, escrow etc.

However, many well-known Russian lawyers mark excessive urgency and superficiality of these novelties. The scholars also express their concern that the new institutions cannot take root in the unusual legal environment.¹⁵

Taking into account the experience of Russian legislators it should be noted that unification is the most effective form of interaction between legal systems, when, in fact, uniform rules, mostly of a supranational character, are created for several countries. Efficiency of this form of cooperation is proven in terms of strong forms of interstate integration (such as the European Union, the Customs Union of Kazakhstan, Russia and Belarus and the Eurasian Economic Union).

Main terms of improvement of Kazakhstan's contract law on the basis of the implementation of particular institutions of English law could be the following:

- the objective needs of law practice;*
- As for the domestic legal system of Kazakhstan, any amendments proposed to the civil law should primarily meet the needs of law practice. Where the applicatory needs are clearly ahead of the legislative process, and practice at its own risk uses rules and terminology well-established in the foreign and international law an accurate intervention of the state is needed. Such an intervention will help to include relevant provisions in the civil law at the legislative level in order to eliminate the problem gaps in the legal regulation of property relations.

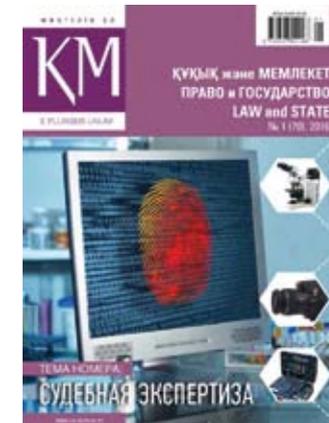
b) thorough preliminary study;

Another important factor associated with the degree of investigation of a particular legal phenomenon in the civil law doctrine seems to be taken into account. Foreign ideas cannot be thoughtlessly copied, they need to be critically evaluated and adapted to national conditions.

Thus, the main goal is the definition of civil law ideas

¹⁴Konussova V.T., Abdrakhmanova S.Zh. The experience of the Russian Federation in implementation of the certain provisions of foreign legislation into civil legislation/ Bulletin of the Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan. №5 (41). 2015. p. 206-216.

¹⁵Sukhanov E.A. American corporations under Russian law (on the revised version of the Ch. 4 of the Civil Code of the Russian Federation) // Journal of Russian law. №1 (217). 2015; Karapetov A. RF Civil Code reform of the rules of contract law. The source of information: https://zakon.ru/blog/2015/2/23/reforma_gk_rf_v_chasti_norm_dogovornogo_prava_posle_vtorogo_chteniya_kommentarij_k_osnovnym_polozen Accessed on 07.10.2016.



and constructions that can be accurately implemented into the national legislation from English law with justification of adequate opportunity in the light of the needs of legal practice and achievements of Kazakhstan's civil law doctrine.

Directions of improvement of the contractual law of the Republic of Kazakhstan:

- a) determination of the promise as a legal fact and implementation of English legal principle of «estoppel» in the legislation of Kazakhstan in the relation to certain legal situations;
- b) addition of the Civil Code subject by obligations immutability and English contract law doctrine of frustration;
- c) improvement of the rules of contractual civil liability on the basis of the rules of «abstract losses» and «unproven losses»;
- d) introduction of the regulation of contractual conditions that have been widely used in practice, providing assurances about the circumstances (representations and warranties);
- e) improving the rules of interpretation of the conditions of a civil contract by a court;
- f) introduction to the Civil Code of an independent guarantee;
- g) introduction to the regulation of civil law common contractual practices of reservations of damages, losses –«indemnity clause»;
- h) amendment of the Civil Code by constructs of a framework and subscription contracts which are applied in practice.

CONCLUSION

We realize that the implementation of certain provisions of foreign law could lead to certain risks as long as each provision of law is a part of larger legal infrastructure with immense interrelations. As a result, the main goal of this project is not to blindly copy foreign law and implement it into a completely different legal system, but rather cautiously improve our legislation using the best practices of English law with fare adaptation of it to our reality and only in cases where it is necessary.

It is expected that, due to this project, we will advance our legislation in a form of a Bill, which will set foundation for clearer and more convenient legal regulations with additional guaranties for the economic actors in business transactions. Furthermore, this project will help us increase competitiveness of relatively young legal system of the Sovereign Kazakhstan on the global stage among other progressive legal systems.

В.Т. Конусова, Е.В. Нестерова: Қазақстан Республикасының азаматтық заңнамасын Ағылшын құқығының жекелеген ережелерін имплементациялау негізінде жетілдіру.

Мақалада авторлар қазіргі уақыттағы шынайылықтың объективті қажеттіліктерін атап өте келе, Қазақстанның құқықтық жүйесін жетілдіру

және оның бәсеке қабілеттілігін арттыру керектігін көрсетеді. Құқықтық жүйенің бәсеке қабілеттілігін арттыру бағыттарының бірі жағымды шетел тәжірибесін қабылдау болып табылады. Осыған орай авторлармен ағылшын құқығының жекелеген ережелерін қабылдау арқылы Қазақстан Республикасының азаматтық заңнамасын жетілдірудің мүмкін бағыттары қарастырылады. Мақалада осы саладағы заңнаманы жетілдірудің үш мүмкін бағыты белгіленген: корпоративтік заңнама, шарттық қатынастарды заңнамалық реттеу, сондай-ақ жеке құқықтық қатынастарды реттеудегі соттың рөлін нығайту. Осы әрбір бағыттың шеңберінде заңнамалық реттеу мен құқық қолдану практикасын жаңғырту бойынша ұсыныстар әзірленген.

Бұл мақала 2016 жылғы 11 қазанда Ұлыбританияда, Лондон қаласында өткізілген Қазақстанның азаматтық заңнамасына Ағылшын құқығының жекелеген ережелерін имплементациялау мәселелеріне арналған дөңгелек үстелде авторлардың жасаған баяндамаларының негізінде әзірленген.

Түйінді сөздер: құқықтық жүйе, азаматтық заңнама, ағылшын құқығы, шарт, корпоративтік қатынастар, прецедент, имплементациялау, заңнама.

В.Т. Конусова, Е.В. Нестерова: Совершенствование гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации отдельных положений Английского права.

В статье отмечая объективные потребности современных реалий, авторы, указывают на необходимость совершенствования и повышения конкурентоспособности правовой системы Казахстана. Одним из направлений повышения конкурентоспособности правовой системы является восприятие позитивного зарубежного опыта. В этой связи авторами рассматриваются возможные направления совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан посредством восприятия отдельных положений английского права. В статье обозначены три возможных направления совершенствования законодательства в этой сфере: корпоративное законодательство, законодательное регулирование договорных отношений, а также укрепление роли суда в регулировании частноправовых отношений. В рамках каждого этих направлений сформулированы предложения по модернизации законодательного регулирования и правоприменительной практики.

Данная статья подготовлена на основе выступлений авторов на круглом столе, посвященном вопросам имплементации отдельных положений Английского права в гражданское законодательство Казахстана, который состоялся 11 октября 2016 в Великобритании, г. Лондон.

Ключевые слова: правовая система, гражданское законодательство, английское право, договор, корпоративные отношения, прецедент, имплементация, законодательство.

ВОПРОСЫ ПРИЗНАНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЙ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ И ГОСУДАРСТВЕННЫХ СУДОВ ПО ИНВЕСТИЦИОННЫМ СПОРАМ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН



М. А. АКИМБЕКОВА,
докторант Каспийского
Общественного университета



С. П. МОРОЗ,
профессор Каспийского
Общественного университета, д.ю.н.

Теме взаимного признания и исполнения решений иностранных арбитражей, а также преимуществ разрешения споров в международном арбитраже в свете Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о взаимном признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в казахстанской юридической литературе уделено достаточно внимания. Однако нельзя сказать того же в отношении признания и приведения в исполнение на территории Республики Казахстан решений иностранных государственных судов. Исходя из действующего законодательства Республики Казахстан и практики его применения, за исключением большинства государств бывшего Союза и некоторых отдельных развивающихся государств, решения иностранных судов на территории Казахстана признать и исполнить невозможно.

В этой связи одним из важнейших направлений в развитии национального законодательства, которое призвано способствовать расширению международного сотрудничества Республики Казахстан с иностранными государствами, является усовершенствование порядка защиты уже подтвержденных иностранным судебным или арбитражным решением субъективных прав граждан и юридических лиц, а следовательно признания и приведения в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражей.

В настоящей статье авторы проанализировали существующее в Республике Казахстан законодательство по вопросу о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей, практику его применения.

Ключевые слова: иностранное решение, арбитражное решение, исполнительное производство, инвестиционный спор, признание решения, исполнение решения, суд, арбитраж, конвенция, экзекватура.

Одним из основных направлений развития международных экономических отношений на современном этапе является усиление межгосударственного инвестиционного сотрудничества, что объясняется потребностями глобализации на всех уровнях. Международные и национальные тенденции в экономической сфере свидетельствуют о заинтересованности стран с переходной экономикой в повышении инвестиционного рейтинга государства и, как следствие, в увеличении объемов привлечения инвестиций.

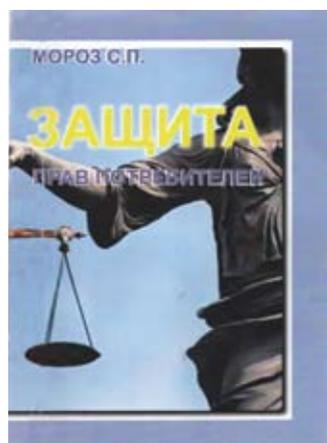
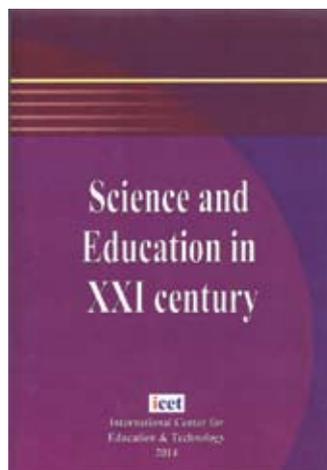
Мы живем в глобализирующемся мире и не можем жить обособленно от других государств и международных организаций; напротив, мы обязаны поддерживать со всеми участниками международных отношений соответствующие контакты, связи, чтобы обеспечивать свою безопасность, укреплять свою экономику за счет разумного сочетания экспорта и импорта товаров, поддерживать гуманитарные связи для укрепления дружеских отношений между народами, для извлечения массы положительного, поучительного, полезного у других народов.¹

Роль инвестиций для страны на сегодняшний день очень высока и имеет важное значение в свете бурного экономического развития, в различных интеграционных альянсах. Любому инвестору необходимы защита, инвестиционная привлекательность, гарантии безопасности. И, конечно же, правовые гарантии и защите своих интересов в случае необходимости должно дать государство, являющееся полноправным членом международных правовых организаций.²

Как известно, наличие арбитражных судов является общепризнанной в цивилизованном мире гарантией для инвесторов. Поэ-

¹См.: Сарсембаев М.А. Казахстан: к практическим высотам международного права // Право и государство, №1 (58), 2013 С. 39.

²См.: Мороз С.П. Проблемы правового регулирования // Юрист. 2003. № 11. // <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1236812>.



тому не случайно в Казахстане институт арбитражного разбирательства возник сразу же с момента приобретения Республикой независимости, когда был провозглашен курс на создание рыночной экономики и активное привлечение иностранных инвестиций. Сегодня можно с полной уверенностью констатировать, что в суверенном Казахстане начиная с 1993 г. арбитражные суды, зарекомендовав себя как надежный, беспристрастный и эффективный способ разрешения экономических споров, стали неотъемлемой частью судебной практики Республики.

Главными преимуществами этих судов является доверие к ним населения и бизнеса в связи с тем, что каждая сторона вправе предложить в состав суда своего представителя из числа действующих судей данного суда, который может обстоятельно изложить составу суда все аргументы и позицию представляемой стороны. Кроме того, международный коммерческий арбитраж вправе по договоренности сторон использовать такой гибкий элемент, как право выбора законодательства любой страны независимо от места разрешения спора. И это выбранное законодательство может быть основой для рассмотрения спора субъектов, нередко принадлежащих к странам разных правовых традиций.³

На сегодняшний день для Республики Казахстан особенно остро стоят задачи ускорения экономического развития страны, повышения благосостояния граждан. Данные задачи не могут быть достигнуты без привлечения дополнительных инвестиций в экономику, без ускорения интеграционных процессов с другими странами, что, в свою очередь, вряд ли достижимо без тесного сотрудничества государств в сфере юстиции, одним из важнейших элементов которого является признание иностранных судебных актов.⁴

В Казахстане сформирована правовая база для признания и исполнения решений международных арбитражей. Так, в частности, Казахстан 4 октября 1995 г. присоединился к Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений⁵ (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) и к Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже⁶ (Женева, 21 апреля

1961 г.), 9 июля 2004 г. ратифицировал Вашингтонскую Конвенцию об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств⁷ (Вашингтон, 18 марта 1965 г.).

Также приняты внутренние нормативные правовые акты: Закон Республики Казахстан от 8 апреля 2016 г. № 488-V «Об арбитраже»,⁸ Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 г. № 377-V.⁹

Конституция Республики Казахстан решила вопрос о соотношении национального и международного права, что позволяет стране принимать участие в деятельности международных организаций, быть инициатором интеграционных процессов и проводить многовекторную внешнюю политику.¹⁰

Как Конвенции, так и внутренние законы провозглашают признание и исполнение на основе взаимности решений арбитражей при отсутствии условий и оснований для отказа в исполнении, предусмотренных в законодательстве.

Для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений по инвестиционным спорам наибольшее значение имеют:

– Нью-Йоркская конвенция 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, к которой Казахстан присоединился Указом Президента РК от 4 октября 1995 г. (далее – Нью-Йоркская конвенция);

– Вашингтонская конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств от 18 июня 1965 г. (далее – Конвенция ICSID).

Во всех Конвенциях предусматривается порядок разрешения споров между государством и инвестором (причем, как правило, один из арбитражных органов обязательно ICSID). Но, к сожалению, во многих из них ничего не говорится о принудительном исполнении арбитражных решений (например, с Индией, Узбекистаном, Нидерландами, Францией, Чехией, Кыргызской Республикой, Грузией, Азербайджаном, Малайзи-

³См.: Нарикбаев М.С. Послание Президента Республики Казахстан 2012 года – программа дальнейшей модернизации государства // Право и государство. № 1(54) 2012. С. 9.

⁴См.: Акимбекова С.А. Признание и приведение в исполнение решений иностранных судов в Республике Казахстан // <http://www.zakon.kz/4562001-priznanie-i-privedenie-v-ispolnenie.html>.

⁵Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10.06.1958 г. // Международное частное право. Сборник документов. М.: Издательство БЕК, 1997. С.869-873.

⁶Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.) // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007770.

⁷Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18.03.1965 г.) // Международное частное право. Сборник документов. М.: Издательство БЕК, 1997. С.592-606.

⁸Закон Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года № 488-V «Об арбитраже» // «Казахстанская правда» от 09.04.2016 г., № 67 (28193); Ведомости Парламента РК 2016 г., № 7-II, ст. 54.

⁹Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 года № 377-V // «Казахстанская правда» от 03.11.2015 г., № 210 (28086); Ведомости Парламента РК 2015 г., № 20-VI, ст. 114.

¹⁰См.: Рогов И.И. Конституция Казахстана – основа поступательного развития общества и государства // Право и государство, № 3 (68), 2015. С. 9.

ей, Кореей, Ираном, Израилем, Великобританией, Венгрией, Монголией, Украиной).

В ряде Конвенций закреплена стандартная формула: «Арбитражное решение должно быть окончательным и обязательным для обеих сторон спора. Обе стороны должны обеспечить принудительное исполнение решения» (с Латвией, Кувейтом, Таджикистаном, Словакией, Польшей, США).

Другие Конвенции содержат более определенную позицию. Уточняется, что Договаривающаяся Сторона должна привести арбитражное решение в исполнение в соответствии со своим законодательством (с Россией, Болгарией, Турцией, Вьетнамом, Катаром, Пакистаном, Болгарией, Швейцарией, Египтом, Китаем, Испанией, Германией).

Такая же формула закреплена в Соглашении о поощрении и взаимной защите инвестиций в государствах – членах Евразийского экономического сообщества от 12 декабря 2008 г. (Беларусь, Казахстан, Кыргызская Республика, Россия, Таджикистан).

В некоторых Конвенциях к этому добавляется, что решение должно быть приведено в исполнение в соответствии с национальным законодательством Стороны, на территории которой решение исполняется компетентным органом Стороны с даты, указанной в решении (например, с Филиппинами, Канадой, Финляндией, Иорданией, Хорватией).

Более подробно положение содержится в Конвенции, заключенной Казахстаном со Швейцарией:

«Решение арбитражного суда имеет для сторон обязательную силу, обжалованию не подлежит, и быть решением иным, чем те, которые предусмотрены Вашингтонской Конвенцией, не может. Приведение решения суда в исполнение производится по законодательству, регулиющему исполнение суда той страны, где решение должно быть выполнено».

В Конвенции, заключенной со Швейцарией, содержится интересное положение:

«Стороны не привлекают к решению спора дипломатические каналы, за исключением случаев, когда другая сторона не выполняет или неправильно выполняет решение арбитражного суда».

Таким образом, не во всех Конвенциях закрепляется обязанность государства исполнять решение арбитража по инвестиционному спору. Но в принципе это не меняет ситуацию.¹¹

¹¹См.: Сулейменов М.К. Признание и исполнение решений иностранных третейских и государственных судов по инвестиционным спорам: опыт Казахстана // Материалы международной конференции «Урегулирование инвестиционных споров с участием государств с переходной экономикой» (в рамках научного проекта, проводимого при поддержке научного фонда «Фольксваген» (Германия) «Право иностранных инвестиций в Азербайджане, Казахстане и России: баланс интересов в странах с переходной экономикой». Москва, 13-15 ноября 2009 г. // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31644606

В соответствии со статьей III Нью-Йоркской конвенции «Каждое Договаривающееся Государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается исполнение этих решений, на условиях, изложенных в нижеследующих статьях».

Государство через нормы международных договоров – двусторонние Конвенции и Нью-Йоркскую конвенцию – принимает на себя публично-правовое обязательство по признанию и исполнению вынесенного арбитражного решения. Неисполнение принимающим государством решения иностранного арбитражного суда провоцирует возникновение межгосударственного спора в связи с нарушением нормы международного публичного права.¹²

В п. 3 ст. 54 Конвенции ICSID закреплено, что «порядок исполнения арбитражного решения определяется законами об исполнении судебных решений, действующими в государстве, на территории которого такое исполнение испрашивается». В соответствии со ст. 501 ГПК РК решения, постановления и определения об утверждении мировых соглашений, судебные приказы иностранных судов, а также арбитражные решения иностранных арбитражей признаются и приводятся в исполнение судами Республики Казахстан, если признание и приведение в исполнение таких актов предусмотрены законодательством (или) международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, либо на основе взаимности.

Условия и порядок признания и исполнения решений иностранных судов и арбитражей определяются законом, если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, не установлено иное. Порядок же принудительного исполнения арбитражного решения, выдача исполнительного листа и основания к отказу в его выдаче устанавливаются статьями 501-504 ГПК РК.

Согласно п. 5 ст. 6 Закона Республики Казахстан от 2 апреля 2010 г. № 261-IV «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей»¹³ исполнительное производство по исполнительным документам других государств на территории Республики Казахстан осуществляется в соответствии с законодательством Республики Казахстан, если иное не вытекает из ратифицированных Республикой Казахстан международных договоров.

¹²См.: Крупко С.И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. М.: Изд. БЕК, 2002. С. 150.

¹³Закон Республики Казахстан от 2 апреля 2010 года № 261-IV «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» // «Казахстанская правда» от 20.04.2010 г., № 97-98 (26158-26159); Ведомости Парламента РК, 2010 г., № 7 (2560), ст. 27.



Глава 7 Закона РК «Об арбитраже» также регулирует порядок признания и приведения в исполнение в РК арбитражных решений, а также основания отказа в таком признании и исполнении.

Проблема реализации международных обязательств, особенно во внутригосударственной правовой системе, представляется весьма важной как для доктрины международного права, так и для практики межгосударственного взаимодействия.¹⁴

Как отметил Президент Казахстана в своем выступлении на общих дебатах 70-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН, «соблюдение странами своих международных обязательств остается краеугольным камнем современного миропорядка».¹⁵

Мы придерживаемся данной позиции, полагая, что именно принцип добросовестного соблюдения международных обязательств лежит в основе построения всей международно-правовой системы. Казахстан, будучи членом международного сообщества, также связан данным принципом. Наличие конституционной обязанности Казахстана «соблюдать принятые на себя международные обязательства» подтверждается и подкрепляется рядом постановлений Конституционного Совета.¹⁶

Признание и исполнение решений в отношении иностранного инвестора связано с теми же трудностями, что и при исполнении решений, вынесенных по обычным спорам. При исполнении решений в отношении принимающего государства возникают дополнительные осложнения, обусловленные спецификой инвестиционных правоотношений между государством и иностранным инвестором.

Решения по инвестиционному спору должны исполняться согласно национальному правопорядку государства, на территории которого испрашивается исполнение решения.

Особенностью исполнения решения по инвестиционным спорам является публично-правовая гарантия его исполнения со стороны принимающего государства. Принимающее государство может принять на себя публично-правовое обязательство по признанию и исполнению вынесенного решения через нормы международных договоров – Соглашение «О поощрении и взаимной защите капиталовложений».

Во многих Соглашениях «О поощрении и взаимной защите капиталовложений» содержатся также нормы, согласно которым решения арбитров являются окончательными и обязательными для Сторон.

Неисполнение принимающим государством решения иностранного суда, если это является его публично-правовым обязательством, провоцирует возникновение межгосударственного спора в связи с нарушением нормы международного публичного права.

Правовые режимы признания и исполнения решений иностранных судов и арбитражей могут быть различными.

1. Исполнение решения иностранного суда без каких-либо оговорок. Такой режим исполнения предусмотрен Соглашением между РФ и Республикой Беларусь, согласно которому судебные акты компетентных судов не нуждаются в специальной процедуре признания и исполняются в таком же порядке, что и судебные акты судов своего государства на основании исполнительных докумен-

тов судов, принявших решение. Исполнительные документы подписываются судьей, скрепляются печатью, представляются на русском языке и не требуют легализации.

2. Исполнение решения иностранного суда при облегченной процедуре его проверки, по ходатайству заинтересованной стороны, с исследованием возможных возражений должника. Такой порядок установлен, в частности, Киевским соглашением между государствами СНГ, подписавшими его.

3. Обращение в суд государства по месту исполнения с ходатайством о принудительном исполнении в рамках определенной правовой процедуры, в которой рассматривается как заявление взыскателя, так и возражения должника, получившей название экзекутуры (execuatur). Данная процедура применяется в отношениях между государствами, которые, как правило, не связаны общим экономическим пространством и имеют существенные различия в содержании правовых систем. Такой порядок установлен, например, Конвенцией 1958 года в отношении арбитражных решений, многими двусторонними договорами нашей страны о правовой помощи и правовых отношениях с другими государствами.

4. Выделяют еще один порядок признания и исполнения иностранных решений особого вида – обращенных против государства. Речь идет о решениях некоторых международных судов и арбитражей, образованных и действующих на основе международных соглашений и договоров. Например, решения Европейского суда по правам человека исполняются непосредственно на территориях государств – членов Совета Европы. Принудительное исполнение таких решений обеспечивается международными обязательствами государств, которые под угрозой приостановления их членства в Совете Европы либо исключения из данной организации обязаны исполнять решение данного суда. Другой такой орган – Международный центр по разрешению инвестиционных споров (ICSID). Это международный арбитраж, решения которого не могут проводиться для целей принудительного исполнения через процедуру экзекутуры либо иной проверки.

Вопросы признания и приведения в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения разрешаются арбитражным судом по заявлению стороны в споре, рассмотренном иностранным судом, или стороны арбитражного разбирательства.

Заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения подается стороной в споре, в пользу которой состоялось решение (далее – взыскатель), в суд по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства должника неизвестно, по месту нахождения имущества должника.

Заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения подается в письменной форме и должно быть подписано взыскателем или его представителем.

Кроме того, необходимо отметить положения Нормативного постановления Верховного суда РК «О судебном решении»,¹⁷ в котором указывается, что решения иностранных судов, согласно ст. 501 ГПК РК, могут быть предъявлены к принудительному испол-

нению в Казахстане в течение трех лет с момента вступления решения в законную силу, если это предусмотрено законом или международным договором РК. Приведение в исполнение такого решения производится по ходатайству заинтересованной стороны определением суда РК в соответствии с правилами о подсудности, определенной ГПК РК по месту исполнения решения.

Из главы 3 ГПК РК, устанавливающей правила подсудности, следует, что такие ходатайства подлежат рассмотрению районными и приравненными к ним судами. Рассмотрение заявления о разрешении принудительного исполнения иностранного судебного или арбитражного решения производится в открытом судебном заседании с извещением должника о времени и месте рассмотрения заявления. Данное заявление рассматривается судьей единолично в течение пятнадцати рабочих дней со дня поступления заявления в суд (ч. 6 ст. 253; ч. 6 ст. 503 ГПК).

О поступившем заявлении взыскателя о принудительном исполнении арбитражного решения, а также месте и времени его рассмотрения в судебном заседании суд уведомляет должника. Взыскатель также уведомляется о месте и времени рассмотрения его заявления. Неявка должника или взыскателя в судебное заседание не является препятствием к рассмотрению заявления, если от должника не поступило ходатайство об отложении рассмотрения заявления с указанием уважительных причин невозможности явиться в судебное заседание.

Суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения не вправе пересматривать арбитражное решение по существу.

По результатам рассмотрения заявления судом выносится определение о выдаче исполнительного листа либо об отказе в его выдаче. Определение суда о выдаче исполнительного листа подлежит немедленному исполнению.

Действия по принудительному исполнению решения иностранного суда или арбитража производятся судебным исполнителем в соответствии с национальным законодательством об исполнительном производстве.

Суд вправе отказать в принудительном исполнении иностранного решения суда или арбитража при представлении другой стороной, в отношении которой испрашивается разрешение на принудительное исполнение решения суда, доказательств того, что:

– арбитражное соглашение недействительно по законам государства, которым стороны его подписали, а при отсутствии такого указания – по законам Республики Казахстан;

– арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо со-

держит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу;

– одна из сторон арбитражного соглашения была признана судом недееспособной либо ограниченно дееспособной;

– сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить арбитражу свои объяснения;

– имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска;

– вынесение арбитражного решения стало возможным в результате совершения уголовного правонарушения, установленного вступившим в законную силу приговором суда;

– состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона;

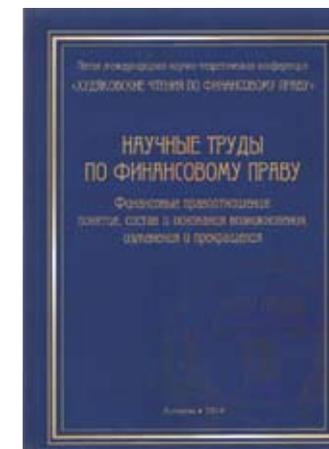
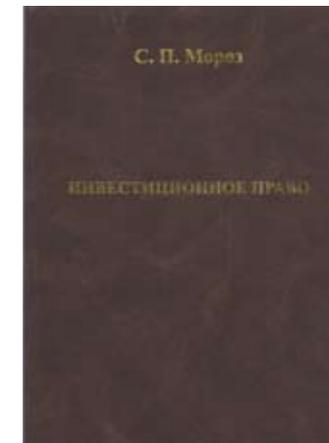
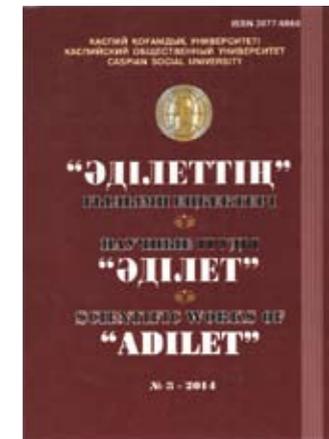
– решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено.

Суд вынесет определение об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение иностранного арбитражного решения, если установит, что приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку Республики Казахстан или что спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства в соответствии с законом.

Таковы особенности признания и исполнения решений иностранных арбитражных и государственных судов по инвестиционным спорам в Республике Казахстан.

М.А. Акимбекова, С.П. Мороз: Қазақстан Республикасында инвестициялық даулар бойынша шетелдік арбитражды және мемлекеттік соттардың шешімдерін тану және орындау мәселелері.

Қазақстандық заң әдебиетінде шетелдік арбитраждың шешімдерін өзара тану және орындау, сондай-ақ шетелдік арбитраж шешімдерін өзара тану және орындау туралы 1958 ж. Нью-Йорк конвенциясы аясында халықаралық арбитраждағы дауларды шешудің артықшылықтары тақырыбына жеткілікті назар аударылған. Алайда, Қазақстан Республикасының аумағында шетелдік мемлекеттік соттардың шешімдері мойындалады және орындалады деп айтуға болмайды. Қазақстан Республикасының қолданыстағы



¹⁴См.: Оралова Е.Д. Международные обязательства в контексте Основного Закона Республики Казахстан // Право и государство. № 3 (68), 2015. С. 59.

¹⁵Выступление Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева на Общих дебатах 70-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН // <http://www.akorda.kz/ru>

¹⁶См.: Малиновский В. Суверенитет Казахстана и международное право: гарантии конструктивного существования // <http://ksrk.gov.kz/rus/press-center/vyst>

¹⁷Нормативное постановление Верховного суда Республики Казахстан «О судебном решении» от 11.07.2003 N 5 // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан, 2003 г. N 8; «Казахстанская правда» от 13 сентября 2003 года N 263-264.

заңнамасына және оның қолданылу практикасына сүйене отырып, бұрынғы Одақтың көптеген мемлекеттерін және кейбір жекелеген дамушы мемлекеттерді қоспағанда, шетел соттарының шешімдерін Қазақстан аумағында тану және орындау мүмкін емес.

Осыған байланысты Қазақстан Республикасының шет мемлекеттермен халықаралық ынтымақтастығын кеңейтуге бағытталған ұлттық заңнаманы дамытудың ең маңызды бағыттарының бірі қазірдің өзінде шетелдік соттардың және шетелдік арбитраждың шешімдерімен расталған азаматтар мен заңды тұлғалардың субъективті құқықтарын қорғау тәртібін жетілдіру, сондай-ақ, шетелдік сот пен шетелдік арбитраждың шешімдерін тану мен орындау болып табылады.

Осы мақалада авторлар шетелдік сот пен шетелдік арбитраждың шешімдерін тану мен орындау, оны тәжірибеде қолдану туралы Қазақстан Республикасының қолданыстағы заңнамасын талдаған.

Түйінді сөздер: шетелдік шешім, арбитраждық шешім, атқарушылық іс жүргізу, инвестициялық дау, шешімдерді тану, шешімдерді орындау, сот, арбитраж, конвенция, экзекватура.

M. Akimbekova, S. Moroz: The recognition and enforcement of foreign arbitration and state courts on investment disputes in Kazakhstan.

Enough attention in legal literature of Kazakhstan is given to the subject of reciprocal recognition and enforcement of foreign arbitral awards, as

well as to the benefits of resolving disputes in international arbitration in the light of the New York Convention of 1958 on reciprocal Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. However, we cannot say the same in regard to the recognition and enforcement of foreign state court decisions in the territory of the Republic of Kazakhstan. Based on the current legislation of the Republic of Kazakhstan and its practical application, with the exception of most of the states of the former USSR and some certain developing countries, foreign judgments in the territory of Kazakhstan are impossible to recognize and execute (enforce).

In this regard, one of the most important directions in the development of national legislation, which is designed to further expansion of international cooperation of the Republic of Kazakhstan with foreign countries, is improvement of protection procedure of citizens and legal entities' subjective rights, that were confirmed by a foreign court or arbitration decision (award), and therefore the recognition and enforcement of foreign judgments and arbitral awards.

In this article the authors analyzed current legislation in the Republic of Kazakhstan on the recognition and enforcement of foreign judgments and arbitral awards, their practical application.

Keywords: foreign decision, arbitral award, executive production, investment dispute, recognition of the decision, execution of the decision, court, arbitration, convention.

АНАЛИЗ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА В АНГЛИИ



Е. П. РУСАКОВА,
доцент кафедры гражданского и
трудового права Российского университета
дружбы народов (Москва, РФ), к.ю.н, доцент

В современном мире прослеживается тенденция расширения торговых связей как в рамках объединений государств, так и отдельных регионов. Зачастую возникают трудности в разрешении споров между сторонами различной государственной принадлежности. Наиболее приемлемым способом является арбитраж, который известен своей быстротой и эффективностью. Страной с многолетним опытом применения данной процедуры является Англия, чьи арбитражные центры известны во всем мире. В статье проанализированы законодательство, регулирующее данную сферу отношений и сама процедура арбитражного разбирательства, на примере Лондонского Международного Арбитражного суда (LCIA). Законодательство и судебная практика Лондонского Международного Арбитражного суда (LCIA) представляют значительный интерес из-за объема нарабатанной им практики по отдельным категориям дел.

Несмотря на экономическую ситуацию во всем мире, Лондонский международный коммерческий суд может констатировать увеличение рассматриваемых споров, а также изменение их международного состава, о чем свидетельствует статистика за 2015 г. Помимо достаточной прозрачности процесса не менее важным фактором является более 120-летняя практика разрешения споров.

Одним из главных обстоятельств являются расходы на арбитраж. По общему правилу, если стороны не договорились об ином, эта обязанность распространяется на проигравшую сторону. В этом случае сторонам нужно просчитать все возможные варианты исхода процесса, в том числе и проигрыш. В свете последних событий в финансовой сфере, говорить о дешевизне арбитражного процесса в Англии не приходится, поэтому преимущество, касающееся дешевизны процесса, неактуально, если только не сравнивать с разбирательством в английских судах.

Ключевые слова: Лондонский Международный Арбитражный суд (LCIA), арбитраж, регламент, арбитражное соглашение, арбитр, запрос, третьи лица.

международного коммерческого арбитража делает его и привлекательным, и эффективным по нескольким причинам.¹ Во-первых, возникают случаи, когда стороны проявляют недоверие к иностранной правовой системе. Во-вторых, судебное разбирательство в иностранном государственном суде может быть сложным, длительным и дорогостоящим. Кроме того, арбитражные решения имеют обязательную силу международного признания и исполнения. В странах, ратифицировавших международную Конвенцию о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., известной как Нью-Йоркская Конвенция, международный коммерческий арбитраж имеет ряд процедурных преимуществ, например, стороны сами выбирают арбитров, которые разрешают спор по существу. Эти арбитры имеют специальные знания в соответствующих областях, касающихся сути спора. Арбитражные решения являются окончательными и обязательными, что позволяет избежать возможности обжалования принятых решений.

Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии состоит из четырех стран, формирующих в своем союзе группу из трех юрисдикций: Англии и Уэльса, Шотландии и Северной Ирландии, каждой из которых свойственна собственная судебная система и порядок рассмотрения гражданских дел. Действие английского права ограничено территорией Англии и Уэльса.

Основным источником правового регулирования международных коммерческих арбитражей в Англии в настоящее время является английский закон об арбитраже 1996 г. (*Arbitration Act 1996 (of England)*)², который состоит из 110 статей и 4 приложений. Необходимо отметить, что в него был инкорпорирован ряд положений ранее действовавших законов (*Arbitration (International Investment Disputes) Act 1966, Arbitration Act 1975*).³

Английский закон об арбитраже 1996 г. применим к арбитра-

НОВЫЕ КНИГИ

Обзор дискуссий по земельной реформе: содержание и рекомендации / под ред. Б.Ж. Әбдірайым. Библиотека земельного права. Выпуск 9. Караганды: РИО "Болашак-Баспа", 2016. – 330 с.

ISBN 978-601-301-804-1

Авторский коллектив: д.ю.н, профессор Әбдірайым Б. Ж.; д.ю.н, профессор Абайдельдинов Е.М.; Адышев Б. Т.; к.ю.н. Жусипова Б.А.; доктор PhD Илебаев Л. К.; доктор PhD Саймова Ш. А.; Хасенов М. Х.

В данном сборнике проведен анализ правовых проблем реализации права собственности и аренды применительно к земельным участкам по законодательству Республики Казахстан. Приведен обзор выступлений представителей органов государственной власти и фрагментов дискуссий гражданского общества по вопросам изменения земельного законодательства Казахстана. Изложены основные аспекты обсуждения в рамках Комиссии по земельной реформе, проведен анализ обращений, поступивших на блог Комиссии, приведен обзор дискуссий в социальных сетях и интернет-ресурсах, изложены основные выводы и рекомендации их участников по решению земельных вопросов.

Ряд материалов взят из стенограмм. Содержание и стилистика авторских выступлений сохранены.

Работа предназначена для использования в учебном процессе юридических факультетов высших учебных заведений, для государственных органов, практических работников, а также для всех интересующихся вопросами земельной реформы в Казахстане.



о мере роста количества коммерческих споров увеличивается и число обращений в международный коммерческий арбитраж для их разрешения. Внесудебный характер

© Е. П. Русакова, 2016

¹Русакова Е.П. Многообразие способов разрешения торговых споров как фактор эффективности деятельности международного коммерческого арбитража в России и Англии // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2009. № 1. С. 68-75.

²Сайт United Kingdom – Arbitration Act 1996 [Электронный ресурс] / — Режим доступа: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/ukpga_19960023_en_1. Перевод автора (дата обращения: 30.09.2016).

³Lord Mustill and Stewart C. Boid, Commercial Arbitration. 2001. P. 249-250. Перевод автора.



жам, местом нахождения которых считается Англия и Уэльс. Однако некоторые нормы действуют, если арбитражное разбирательство надлежало осуществить или оно осуществлено на территории какого-либо другого региона либо место его проведения вообще не обозначено или не установлено.

7 июня 2010 г. вступил в силу закон об арбитраже Шотландии, состоящий из 37 статей и двух приложений, основанный на положениях Типового Закона ЮНСИТРАЛ, указанный закон минимизирует роль государственных судов в пользу принципов окончательности арбитражных решений и их исполнимости. Закон применяется ко всем арбитражным разбирательствам, инициированным в Шотландии, начиная с 7 июня 2010 г.

Что касается Северной Ирландии, то 8 июня 2010 г. вступил в силу новый арбитражный закон Ирландии,⁴ состоящий из 32 статей и 6 приложений, которым заменяется предшествующий закон, действовавший с 1998 года. Новый закон об арбитраже основан на положениях Типового Закона ЮНСИТРАЛ и предусматривает применение единого регулирования для внутренних и международных коммерческих арбитражей, тем самым исторически отменяя сложившиеся в Ирландии различия между ними. Также, стоит отдельно отметить, что указанный закон предусматривает упрощенную процедуру признания и приведения в исполнение арбитражных решений, возлагая компетенцию в отношении рассмотрения соответствующих ходатайств на председателя Высшего суда Ирландии, решение которого не подлежит оспариванию.

Соединенное Королевство Великобритании подписало и ратифицировало Нью-Йоркскую конвенцию в 1975 г., согласно которой британские суды признают и исполняют решения, принятые на территории другого государства, которое является также стороной конвенции.

Великобритания участвует в Женевской конвенции об исполнении иностранных арбитражных решений 1927 г. Однако очень немногих государств, подписавших Женевскую конвенцию, а не Нью-Йоркскую конвенцию. Относительно других взаимных мер был принят закон 1933 «Об исполнении иностранных судебных решений», предусматривающий исполнение арбитражных решений на территориях бывших Стран Содружества. Арбитражный (Международные инвестиционные споры) закон 1966 г. обеспечивает признание и приведение в исполнение решений МЦУИС.

Арбитражное разбирательство в Англии и Уэльсе и Северной Ирландии регулируется Законом об арбитраже 1966 г. Закон об арбитраже приблизил

⁴Arbitration Act 2010: [Электронный ресурс] / — Режим доступа: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/1/enacted/en/html> (дата обращения: 30.09.2016).

английское право к положениям Типового закона Комиссии ООН по праву международной торговли, но не полностью воспринял их. В отличие от Типового закона, закон не ограничен международным коммерческим арбитражем.

Согласно статистическим данным об исполнении арбитражных решений, в Великобритании с сентября 2015 г. прослеживается их рост, если сравнить аналогичным периодом 2014 г. В целом английские суды продолжают поддерживать арбитражное разбирательство. Большое число решений Коммерческого Суда касаются признания и приведения в исполнение иностранных решений в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. и если говорить в общем, то суд придерживается позиции признания таких решений. Если говорить об отмене таких решений, то их очень мало. Кроме того, существует достаточно большое количество дел, по которым согласно принципам английского арбитражного права, суд отказывал в рассмотрении дела в поддержку арбитражных соглашений. Наконец, суд использует свою власть в поддержании арбитражного процесса, вступая, чтобы назначить арбитров, где возник вопрос относительно беспристрастности состава арбитров.

В настоящее время английские суды завалены делами о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и английских арбитражных решений. Суд относится к решениям арбитражей по-разному. В одном случае суд отказал в признании решения, принятого в другом государстве, а в другом – отложил рассмотрение данного вопроса, посчитав, что дело подлежит рассмотрению в постоянно действующем арбитраже.

Англия является одной из ведущих стран, суды которой участвуют в разрешении как национальных, так и международных споров. В Англии существуют постоянно действующие международные коммерческие арбитражи, такие как: Арбитраж при Лондонской хлеботорговой ассоциации, охвативший широкую область международной торговли хлебом, а также при таких организациях, как: Международная ассоциация торговли зерном и кормом (Grain and Feed Trade Association),⁵ Федерация ассоциаций масла, семян и жиров (The Federation of Oils, Seeds and Fats Association),⁶ Лондонская ассоциация бирж какао (The Cocoa Association of London) и Федерация торговли кофе (Coffee Trade

⁵Русакова Е.П. Рассмотрение торговых споров Международной ассоциацией торговли зерном и кормом (Grain and Food Trade Association (GAFTA) в Англии. Государственное строительство и право. Периодическое издание научных трудов кафедры государственного строительства и права Российской академии государственной службы при Президенте Российской Федерации. Выпуск XXVII. 2010. С. 210-213.

⁶FOSTA – Federation of Oils, Seeds and Fats Association; GAFTA – Grain and Food Trade Association.

Federation), Королевский Институт Арбитров Великобритании (КИАВ) (The Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb)),⁷ Лондонская ассоциация морских арбитров (ЛАМА) (The London Maritime Arbitrators' Association (LMAA)),⁸ арбитраж «Общества Ллойда», развернувшего свою деятельность в сфере международного торгового мореплавания), Общество по страхованию и вторичному страхованию (ARIAS (UK)), Общество арбитров в строительной индустрии (The Society of Construction Arbitrators), Лондонский Международный Арбитражный суд (LCIA), а также специализированные арбитражи отдельных бирж Англии, таких, как: Лондонская Фондовая биржа (London Stock Exchange), Балтийская биржа (Baltic Exchange), Лондонский Ллойд (Lloyd's of London); биржи деривативов: Euronext.liffe, Лондонская биржа металлов (London Metal Exchange) и Фьючерсная биржа (ICE Futures).

Вопросы арбитража, а также признание и исполнение арбитражных решений входят в компетенцию Коммерческого суда, который является судом первой инстанции (обычно с правом обжалования в вышестоящий суд).

Обязательным условием для обращения в арбитраж является наличие арбитражного соглашения в письменной форме или в виде иных подтверждающих это документов, причем в широком смысле слова, включая устное соглашение об арбитраже с обязательным условием его предоставления арбитражу в определенные сроки. Устные арбитражные соглашения признаются только общим правом.

Вопросы арбитрабельности споров также урегулированы в законе, это в основной массе торговые споры возникающие в соответствии с действительным арбитражным соглашением (включая споры о компетенции), подлежащие рассмотрению в арбитраже. Закон не содержит перечень споров, которые не могут быть предметом арбитражного разбирательства. Однако нужно отметить, что споры урегулированные нормами уголовного и семейного права, не могут быть переданы на рассмотрение международному коммерческому арбитражу. Кроме того, арбитражное соглашение не может затрагивать права и интересы третьих лиц, третьи лица могут участвовать в арбитражном разбирательстве только с их личного согласия.

Правила Лондонского Международного арбитража являются универсальными, пригодными для всех видов споров в арбитражном судебном разбирательстве. Они предлагают сочетание лучших особенностей систем гражданского и общего права, в частности, включая:

- максимальную гибкость для сторон и суда в ходе согласования процедурных вопросов;
- скорость и эффективность при назначении арбитров, в том числе с помощью ускоренных процедур;
- средства сокращения задержек и противодействия затягиванию судебного процесса;
- возможность назначить чрезвычайного арбитра;
- возможность суда принять решение о своей собственной юрисдикции;

⁷Данные официального сайта Королевского Института Арбитров Великобритании (КИАВ) (The Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb)) [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.ciarb.org> (перевод автор) (дата обращения: 30.09.16).

⁸Русакова Е.П. Рассмотрение торговых споров Лондонской ассоциацией морских арбитров (ЛАМА) (London Maritime Arbitrators Association (LMAA)). Материалы научной конференции аспирантов кафедры ГТД РУДН Выпуск XI «Сравнительное право и проблемы частного-правового регулирования» РУДН, 2011. С. 143-149.

- диапазон временных и охранительных мер;
- возможность суда применять обеспечительные меры и решения, связанные с расходами по их применению;
- специальные полномочия при вступлении третьих лиц в процесс и возможность их консолидации (объединения);
- отказ от права на обжалование;
- расчет затрат без учета сумм, указанных в споре;
- наличие депозитов, что означает, что стороны не обязаны платить за весь процесс заранее.

Если в каком-либо соглашении, заявлении или ссылке, которая была сделана или подтверждена в письменной форме (будь то подписано или нет), закрепляется арбитражное судопроизводство в соответствии с регламентом LCIA, Лондонского международного арбитражного суда, Лондонского арбитражного суда или Лондонского суда, считается, что стороны такого соглашения договорились о том, что любое арбитражное разбирательство между ними должно проводиться в соответствии с регламентом LCIA или с подобными правилами, которые возможно принять впоследствии до начала арбитражного разбирательства и регламент LCIA становится частью их соглашения (то, что называется «Арбитражное соглашение»).

Регламент LCIA состоит из Преамбулы, Статей и Индекса (он содержит ссылки как на дефиницированные, так и на недефиницированные термины), совместно с Приложением к регламенту и Положению об арбитражных расходах, время от времени может быть изменен LCIA.⁹

В статье 6 регламента решен вопрос о гражданстве арбитра, который ранее носил спорный характер. Так, если стороны имеют различное гражданство, единоличный арбитр или председательствующий арбитр не могут быть назначены из числа лиц, имеющих такое же гражданство, какое имеет любая из сторон, если только стороны, не имеющие такого же гражданства, что и кандидат в арбитры, не выразили своего согласия с таким выбором в письменной форме. Понятие гражданства стороны включает в себя гражданство обладателей контрольного пакета акций или большинства долей в уставном капитале. Лицо, являющееся гражданином двух или более государств, рассматривается как имеющее гражданство каждого из этих государств; граждане Европейского Союза рассматриваются как граждане государств-членов Европейского Союза, а не как граждане с одним и тем же гражданством; гражданин заморской территории какого-либо государства будет рассматриваться как гражданин соответствующей территории, а не этого государства, и юридическое лицо, инкорпорированное на заморской территории государства, будет рассматриваться в качестве такового, а не в качестве юридического лица, имеющего национальность этого государства или инкорпорированного в указанном государстве (если это единственный критерий его связи с этим государством).

Законодательство Англии не накладывает особых ограничений на стороны при выборе арбитра. Стороны свободны как в выборе числа арбитров, так и при согласовании процедуры их назначения. Кроме того, стороны, если они пожелают, могут исключить одного из арбитров по национальному признаку, или на основании других критериев, что не будет являться дискриминацией.

Согласно регламенту Лондонского Международного Арбитраж-

⁹Русакова Е.П. Международный коммерческий арбитраж в Англии (монография). Саарбрюккен: LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG., 2013. С. 1-177.

ного суда, третье лицо может участвовать в процессе только с согласия всех заинтересованных лиц. Согласие может быть сделано путем принятия Правил Лондонского Международного Арбитражного суда, которое допускает такое присоединение к спору.

Арбитражный суд не может объединять несколько слушаний в одно без согласия всех заинтересованных сторон. Стороны могут предусмотреть соединение требований в арбитражном соглашении или прийти к такому решению после возникновения спора. Согласно Правилам Лондонского Международного Арбитражного суда арбитражный суд может соединить несколько требований в один процесс, но только с согласия всех сторон.

Что касается группы компаний, то доктрина их не признает. Решение, основанное на таком подходе, может быть отменено (дело Peterson Farms Inc против C & M Farming Ltd, 2004).¹⁰ Соответственно, группы компаний будут признаваться сторонами арбитражного соглашения только в том случае, если это явно закреплено.

Раздел 7 Закона об арбитраже закрепил правило об автономности арбитражного соглашения от основного закона, то есть, если договор в котором находится арбитражное соглашение будет признан недействительным, ничтожным или незаключенным, данные правовые последствия никак не повлияют на арбитражное соглашение.

Все вопросы, связанные с арбитражным соглашением, решает сам арбитражный суд, о чем выносит постановление о своей компетенции. В случае несогласия, сторона вправе обратиться в суд о проверке наличия компетенции у арбитража рассматривать спор. Однако суд будет рассматривать данное заявление только в том случае, если все стороны соглашения выразили свое согласие на это или имеются очень серьезные основания для этого. Например, несоответствие арбитражного соглашения закону страны, где оно было сделано (дело Dallah Real Estate and Tourism Holding Company против Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan [2010] UKSC 46).¹¹

Нужно отметить, что даже плохо или неточно составленные арбитражные соглашения имеют приоритет в суде. Хотя, конечно, желательно их составлять грамотно с самого начала.

Стороны, соглашаясь на арбитражное разбирательство, могут в арбитражном соглашении указать, что обязуются выполнить арбитражное решение без промедления, указать на его окончательность, определить место проведения разбирательства, применимое право в данном споре и др.

Нужно отметить, что национальные английские суды относятся либерально к плохо составленным арбитражным соглашениям (например, Дело Fiona Trust Corporation & Ors Privalov & Ors [2007] AllER (D) 233) и дают возможность сторонам таких соглашений обратиться в арбитражные суды за защитой их прав. Однако нужно понимать, что для того, чтобы спор был рассмотрен арбитражным судом, арбитражное соглашение (оговорка) должно быть составлено четко и ясно. Все чаще встречаются многозвеньевые соглашения, в которых сторонам вначале предлагается достичь соглашения путем процесса переговоров или посредничества, а только потом передать спор в арбитраж в случае невозможности достичь соглашения. В таких соглашениях должна быть закреплена процедура формирования состава арбитражей, для того,

чтобы стороны имели равные возможности участвовать в данном процессе. В случае невозможности достижения компромисса в выборе кандидатуры, это назначение может сделать сам арбитражный суд (Статья 8 Правил Лондонского Международного Арбитражного суда).

Вопрос о применимом праве разрешен законодательно. Так, стороны, указывая применимое право, отсылают суд к материальным нормам, а не к коллизионным нормам. Это сделано для того, чтобы дело не могло быть рассмотрено по праву третьего государства, и не возникла коллизия коллизий.

Английское право является либеральным по вопросу выбора сторонами арбитражей, хотя само соглашение может включать определенные требования по данному вопросу. Стороны, по общему правилу, могут договориться о числе арбитражей и процедуре их назначения. Сторона может обратиться в суд или в сам арбитраж, в случае отвода арбитра, если у нее имеются основания подозревать арбитра в его небеспристрастности. По законодательству Англии и Уэльса арбитраж независим и не несет ответственность за вынесенные решения, исключение составляют действие или бездействие вследствие недобросовестности.

Законодательство содержит обязательные нормы относительно справедливого и беспристрастного арбитражного суда. Например, арбитраж должен предоставить равные возможности в процессе сторонам, а также не допускать затягивание разбирательства или увеличения расходов. Суд может приостановить арбитраж, если будет установлено, что нарушаются условия соглашения, а также отстранить арбитра.

Нужно отметить, что все процедурные вопросы, связанные с проведением разбирательства в конкретном международном коммерческом арбитраже закреплены в регламентах этих судов. Поэтому, если стороны не оговорили заранее определенные вопросы, связанные с проведением арбитража, они будут урегулированы согласно регламенту выбранного международного коммерческого арбитража.

Если соглашением не установлено иное, то арбитражный суд может запросить у сторон предоставление необходимых доказательств для быстрого разрешения дела. Сторона может ходатайствовать о привлечении в дело свидетелей. Если сторона отказывается представить доказательство, то это может повлечь негативные последствия для стороны от негативных выводов суда в отношении такой стороны до распределения затрат на нее.

Согласно Правилам Лондонского Международного Арбитражного суда стороны могут исключить право на обжалование арбитражного решения (раздел 69 Закона об арбитраже).

Согласно законодательству большинства стран, вынесенные международными коммерческими арбитражами решения могут быть чаще всего только оспорены. В Англии же по закону решение международного коммерческого арбитража может быть и оспорено (*challenging*), и обжаловано (*appeal*).¹²

Наряду с судебным обжалованием арбитражных решений применяется и порядок арбитражного апелляционного обжалования, т. е. обжалование арбитражного решения не перед судом, а перед апелляционной инстанцией постоянно действующего арбитражного учреждения. В Англии, в частности, апелляционное обжалование в арбитражном порядке предусмотрено в типовых контрактах, разработанных Ллойдом, которые применяются при определении вознаграждения в случаях оказания помощи или спасения

¹⁰Commercial Arbitration England & Wales/ Nigel Rawding QC and Elizabeth Snodgrass/2015 <http://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1000187/england%20&%20wales>. Перевод автора (дата обращения: 30.09.2016).

¹¹Ibid.

¹²Ibid.

терпящих бедствие судов или же при возмещении убытков при столкновении судов на море.¹³

Одним из главных обстоятельств являются расходы на арбитраж. По общему правилу, если стороны не договорились об ином, эта обязанность распространяется на проигравшую сторону. В этом случае сторонам нужно просчитать все возможные варианты исхода процесса, в том числе и проигрыш. В свете последних событий в финансовой сфере, говорить о дешевизне арбитражного процесса в Англии не приходится, поэтому преимущество, касающееся дешевизны процесса, неактуально, если только не сравнивать с разбирательством в английских судах.

Несмотря на все сложности, за 2015 г. в LCIA снова увеличилось количество рассмотренных дел, в очередной раз достигнув рекорда по количеству вынесенных решений. В 2015 г. в общей сложности 326 дел было рассмотрено LCIA, плюс еще 6 запросов было сделано для проведения медиации или иных альтернативных способов рассмотрения споров, что привело к такому общему числу рассмотренных дел в LCIA как 332, что составляет 10% роста количества рассмотренных дел, в сравнении с 2014 г.¹⁴

326 исковых заявлений, включают 256 исков, которые были рассмотрены в соответствии с регламентом LCIA. Остальные арбитражные соглашения были рассмотрены в соответствии с регламентом ЮНИСИТРАЛ, где LCIA действовал в качестве компетентного органа или в отношении которых LCIA предоставлял полный комплекс административных услуг по управлению арбитражным процессом и другие.

Природа споров, возникших в 2015 г., оставалась разнообразной, в том числе были рассмотрены споры, касающиеся: здравоохранения и фармацевтических препаратов; розничной торговли и потребительских товаров; горного дела; морской добычи нефти и газа; продажи и покупки бизнес-активов и акций; совместных предприятий; строительства и инжиниринга; судостроения; телекоммуникаций; кредитов и других финансовых договоров; партнерских отношений; страхования; культуры, средств массовой информации и спорта; продажи и покупки товаров; консультаций и других профессиональных услуг.

Международный характер споров в области рабочей нагрузки и по своему профилю в LCIA остается очевидным в национальности сторон в арбитражных разбирательствах.

Среди арбитражей, назначенных в 2015 г., помимо граждан Великобритании, были назначены гражд

¹³Цит. по: Кейлин А. Д. Le Clere. L'arbitrage devant le Lloyd's // Journal de la Marine Marchande 13. novembre. 1958, p. 2363 et sqq.

¹⁴LCIA Arbitration Rules [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.lcia.org/> (дата обращения: 30.09.16).

дане Австралии, Австрии, Бразилии, Бельгии, Канады, Китая, Кипра, Дании, Голландии, Франции, Германии, Греции, Венгрии, Ирана, Ирландии, Италии, Латвии, Ливии, Новой Зеландии, Нигерии, России, Сингапура, Южной Африки, Испании, Швеции, Швейцарии, Туниса, Украины и США.

В отличие от предыдущего года, произведенные назначения в 2015 г. отражают предпочтения в пользу единоличного рассмотрения спора арбитражем, что так же отражает экономическую составляющую.

От выбора арбитража зачастую зависит не только успешное исполнение арбитражного решения, но и целесообразность всего арбитражного разбирательства.

Английские суды придерживаются жесткого подхода к исполнению арбитражных соглашений, так, английский суд должен прекратить любое разбирательство, которое вытекает из договора, содержащего арбитражное соглашение. На сегодняшний день английские суды выработали подход, согласно которому арбитражное соглашение будет применяться ко всем спорам, так или иначе связанным с договором, в котором присутствует арбитражная оговорка, если договором прямо не закреплены споры, которые не могут быть предметом арбитражного разбирательства.

Е.П. Русакова: Англияда арбитражды тергеуді талдау.

Қазіргі кезде әлемде сауда байланыстарын мемлекеттердің бірлестігі, сондай-ақ жеке аймақтардың шеңберінде кеңейту үрдісі байқалады. Көбінесе, әр түрлі мемлекеттік тараптардың арасындағы дауларды шешуде қиындықтар туындайды. Ең қолайлысы өзінің жылдамдығы мен тиімділігі жағынан белгілісі арбитраж болып табылады. Бұл процедураны қолдануда Англия көп жылғы тәжірибесі бар ел болып табылады, ондағы арбитражды орталықтар бүкіл әлемге танымал. Мақалада Лондон Халықаралық Арбитраж сотының (LCIA) мысалында осы қарым-қатынас саласын реттейтін заңнама мен арбитраж процедурасына талдау жасалған. Заңнама мен Лондон Халықаралық Арбитраж сотының (LCIA) сот тәжірибесі істердің жекелеген санаттары бойынша өздерінің жинақтаған тәжірибесінің көлеміне байланысты маңызды қызығушылыққа ие.

Бүкіл әлемдегі экономикалық жағдайға қарамастан, Лондон Халықаралық коммерциялық соты қарастырылатын даулардың ұлғайғанын, сондай-ақ 2015 ж. статистика көрсеткеніндей, өздерінің халықаралық құрамының өзгергенін мәлімдейді. Үдерістің барынша ашықтығымен қатар, дауларды шешудің 120 жылдан астам тәжірибесі маңызды фактор болып табылады.

Басты жағдайлардың бірі арбитражға кететін шығындар болып табылады. Жалпы ереже бойынша, егер тараптар басқаша келіспеген болса, онда бұл



міндет жеңілген тарапқа жүктеледі. Бұл жағдайда тараптар үдерістің барлық мүмкін болатын нұсқаларын, соның ішінде жеңіліп қалу мүмкіндігін де есепке алуы тиіс. Қаржы саласындағы соңғы оқиғалар аясында Англиядағы арбитражды үдерістің төмен құны туралы айту қисынсыз, сондықтан ағылшын сот үдерісімен салыстырмағанда, үдерістің арзандауына қатысты артықшылықтың маңызы жоқ.

Түйінді сөздер: Лондон Халықаралық Арбитраж соты (LCIA), арбитраж, регламент, арбитражды келісім, төреші, сауал, үшінші тұлғалар.

E. Rusakova: The analysis of arbitration in England.

There is a trend of expanding of the trade relations both within some unions of the state and certain regions in the modern world. Often, there are difficulties related to the resolving of disputes between parties from different countries. The most suitable method of the disputes resolution is arbitration, which is known for its speed and efficiency. A country with longstanding experience of this procedure is England, whose arbitration centers are known throughout the world. The author in this article will examine the legislation regulating this sphere of relations and the procedure of the arbitration, the example is the London Court of International Arbitration

(LCIA). Legislation and judicial practice of the London Court of International Arbitration (LCIA) have a considerable interest in cause of the amount of experience under certain categories of cases.

Despite the economic situation around the world, the London international commercial court can ascertain an increase in disputes resolution, as well as their international composition as evidenced by the statistics for 2015. In addition to adequate transparency of the process its more than 120 - years history in the world of dispute resolution is no less important factor.

One of the main reasons is the cost of arbitration. As a general rule, if the parties have not agreed otherwise, this obligation applied to the losing party. In this case, the parties need to calculate all possible outcomes of the process, including a loss. In light of recent events in the financial sector, it is not necessary to talk about the low costs of the arbitration process in England, so the advantage concerning the cheapness of the process is irrelevant, unless you compare it with the proceeding before the English courts.

Key words: London Court of International Arbitration (LCIA), arbitration, rules, arbitration agreement, arbitrator, issue, third party.

НОВЫЕ КНИГИ

Русакова Екатерина. Международный коммерческий арбитраж в Англии. Рассмотрение торговых споров между народными коммерческими арбитражами Англии. Saarbrücken, Germany: Издательство: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2013. – 184 с.

ISBN: 978-3-659-37023-6

Рассмотрено многообразие способов разрешения торговых споров в Англии. Проанализированы преимущества и недостатки альтернативных способов разрешения споров, упрощенных и ускоренных процедур, возникающих в международной арбитражной практике. Проведен анализ процедуры разрешения споров Лондонской хлеботорговой ассоциации, охватившей широкую область международной торговли хлебом, Международной ассоциацией торговли зерном и кормом (Grainand Feed Trade Association), Федерацией ассоциацией масла, семян и жиров (The Federation of Oils, Seedsand Fats Association), Лондонской ассоциацией бирж какао (The Cocoa Association of London) и Федерацией торговли кофе (Coffee Trade Federation), Королевским Институтом Арбитров Великобритании (КИАВ) (The Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Лондонской ассоциацией морских арбитров (ЛАМА) (The London Maritime Arbitrators' Association (LMAA), арбитражем «Общества Ллойда», развернувшего свою деятельность в сфере международного торгового мореплавания), Обществом по страхованию и вторичному страхованию (ARIAS(UK)), Обществом арбитров в строительной индустрии (The Society of Construction Arbitrators), Лондонским Международным Арбитражным судом (LCIA), а также специализированными арбитражами отдельных бирж Англии, таких как: Лондонская Фондовая биржа (London Stock Exchange), Балтийская биржа (Baltic Exchange), Лондонский Ллойд (Lloyd'sofLondon); биржи деривативов: Europextliffe, Лондонская биржа металлов (London Metal Exchange) и Фьючерсная биржа (ICE Futures). Исследованы понятие торгового спора и органы, рассматривающие торговые споры в Англии, правовое регулирование создания и деятельности международных коммерческих арбитражей в Англии, обжалование и приведение в исполнение решений международных коммерческих арбитражей в Англии.



ОСОБЕННОСТИ ЭНЕРГОСНАБЖЕНИЯ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ



С. К. ИДРЫШЕВА,
профессор кафедры гражданского, предпринимательского
и гражданского процессуального права
Университета КАЗГЮУ, д.ю.н.

На рубеже XX-XXI веков в международных отношениях в сфере энергетики основными направлениями дальнейшего развития определены: энергетическое равенство (обеспечение равных прав доступа к энергоснабжению всех граждан страны), энергетическая безопасность (обеспечение эффективности и устойчивости энергоснабжения страны в данный момент и на перспективу), а также экологическая состоятельность (развитие возобновляемой энергетики и энергосбережения). Наиболее успешным в реализации означенных направлений является опыт таких зарубежных стран, как Великобритания, страны Северной Европы и некоторых других стран, отдельные аспекты их опыта рассмотрены в данной статье.

Ключевые слова: энергоснабжение, оптовый рынок, розничный рынок, конкурентный рынок, электрическая энергия, теплоснабжение, возобновляемые источники энергии, энергопередающая организация, потребители, распределительная компания, Международное энергетическое агентство, энергетика Англии и Уэльса, электроэнергетическая биржа Nord Pool.

Вот уже почти 20 лет в законодательстве стран СНГ различаются оптовый и розничный рынки в сфере энергоснабжения. При этом отношения на розничном рынке энергоснабжения регулируются нормами гражданских кодексов и специальными законами, подзаконными актами. Например, в Казахстане это – Закон «Об электроэнергетике» от 9.07. 2004 г., Закон «О газе и газоснабжении» от 9.01.2012 г., Правила организации и функционирования розничного рынка электрической энергии, а также предоставления услуг на данном рынке от 26.03.2015 г. и другие; а общественные отношения, возникающие на оптовом рынке энергоснабжения, в Казахстане регулируются специальным законодательством, основанным на Законе РК «Об электроэнергетике».

При этом под розничным рынком электрической энергии понимается система отношений, функционирующая на основе договоров купли-продажи, передачи и потребления электрической энергии, а также предоставления связанных с этим услуг между субъектами розничного рынка вне оптового рынка; субъек-

ектами же являются энергопроизводящие, энергоснабжающие, энергопередающие организации, потребители электрической энергии. В свою очередь, оптовый рынок электрической энергии определен как система отношений, связанных с куплей-продажей электрической энергии, в том числе на централизованных торгах электрической энергией, оказанием системных и вспомогательных услуг, услуг на рынке электрической мощности, функционирующая на основе договоров между субъектами оптового рынка.

В данной статье предметом исследования являются имущественные отношения, возникающие как на оптовом, так и на розничном рынке энергии и энергоносителей, поскольку оба рынка неразрывно связаны между собой.

Исторически и технологически система энергоснабжения по основным ее видам (электроснабжение, газоснабжение, водоснабжение, теплоснабжение) сформировалась путем создания в отдельных довольно крупных населенных пунктах единого предприятия, занимающего естественное монопольное положение. Некоторым исключением из приведенного положения являются системы теплоснабжения таких государств, как Великобритания, Франция, Израиль, Япония, Германия и др.

Период конца XX – начала XXI века характеризуется активными процессами реорганизации сферы энергоснабжения практически во всех государствах мира. В большинстве стран СНГ это – приватизация бывших государственных энергетических предприятий при сохранении государственного регулирования тарифов на продукцию энергетической отрасли. Отличительными признаками названных процессов в Казахстане и других странах СНГ является непрерывно сопровождающая их инфляция, в свою очередь порождающая удорожание товаров, работ и услуг во всех иных сферах экономики, а также усиливающееся ухудшение состояния сетей энергоснабжения всех видов. В частности, в газораспределительной системе Республики Казахстан по состоянию на 2014 г. ремонта требовали 54% сетей.¹

В этих условиях в Казахстане предпринимались определенные меры для улучшения состояния энергоснабжения населения и всех

¹Концепция развития газового сектора Республики Казахстан до 2030 года от 5.12.2014 г. <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1400001275> (Дата обращения 10.09.2016 г.).

иных потребителей. Так, 09.04.1999 г. Правительством Республики Казахстан утверждена «Программа развития электроэнергетики до 2030 года», основными стратегическими направлениями которой в числе других были определены: разработка модели открытого конкурентного рынка электроэнергии; максимальное использование существующих энергоисточников с их реконструкцией и модернизацией; улучшение структуры выработки электроэнергии за счет развития нетрадиционной энергетики; принятие мер по сокращению расхода органического топлива и уменьшения выбросов парниковых газов; внедрение современных автономных высококачественных источников теплоты.² 30.04.2011 г. была утверждена Программа модернизации ЖКХ Республики Казахстан на 2011-2020 годы, которая легла в основу Программы развития регионов до 2020 г.; 5.12.2014 г. была утверждена Концепция развития газового сектора Республики Казахстан до 2030 г.⁴

Программа развития электроэнергетики до 2030 г. утратила силу в связи с утверждением Плана мероприятий Правительства Республики Казахстан по реализации Государственной программы по форсированному индустриально-инновационному развитию Республики Казахстан на 2010-2014 годы.⁵ Несмотря на это, обозначенные в ней направления развития и совершенствования сферы энергоснабжения в Республике Казахстан являются актуальными и поныне.

В статье 3 Закона РК «Об электроэнергетике» целью государственного регулирования в области электроэнергетики определено максимальное удовлетворение спроса потребителей энергии и защиты прав участников рынка электрической и тепловой энергии путем создания конкурентных условий на рынке, гарантирующих потребителям право выбора поставщиков электрической и тепловой энергии, а задачами – развитие электроэнергетического комплекса на основе не только единства управления, но и развития конкуренции; право выбора потребителями поставщика энергии, однако указанные цель и задачи до сего времени остаются не реализованными.

Предлагаемые нами к рассмотрению вопросы отмечены как важнейшие и в опубликованном в 2013 г. докладе Всемирного энергетического совета (World energy council) «World Energy Trilemma: Time to Get Real — The Case for Sustainable Energy Investment», где сделан вывод, что для развития энергетики на современном этапе необходимо, чтобы правительство страны находило в энергетической политике баланс по трем основным направлениям: энергетическая безопасность (обеспечение эффективности и устойчивости энергоснабжения страны в данный момент и на перспективу); экологическая состоятельность (развитие возобновляемой энергетики и энергосбережения); энергетическое равенство (обеспечение равных прав доступа к энергоснабжению всех граждан страны).⁶

ЭЛЕКТРОСНАБЖЕНИЕ

Разработка модели открытого конкурентного рынка электроэнергии, по нашему мнению, требует изучения передового в этом

плана опыта зарубежных стран и анализа возможностей применения его в Казахстане. Наиболее развитым конкурентным рынком электрической энергии считается рынок Великобритании, точнее, Англии и Уэльса. Успех английской системы энергоснабжения не появился на пустом месте. Анализ показывает, что до Великобритании, еще в 1927 г., один из первых оптовых рынков электрической энергии был создан в США, это так называемый «Рынок PJM» (Pennsylvania-New Jersey-Maryland), созданный путем объединения передающих электрических сетей электроэнергетических компаний в штатах Пенсильвания, Нью-Джерси, Мэриленд, впоследствии к ним присоединились Делавэр, Вирджиния и Огайо. Ныне PJM контролирует свыше 600 электростанций различных типов и мощности и более 13 тыс. миль линий электропередачи высокого напряжения от 115 до 500 кВ.⁷

В Великобритании 80-е годы XX в. также ознаменовались процессами приватизации в сфере энергетического сектора экономики вследствие принятия нового Закона об электроэнергетике. Закон открыл свободный доступ к рынку частных энергопроизводящих (генерирующих) компаний,⁸ в апреле 1990 г. был создан электроэнергетический пул, которому энергогенерирующие компании продавали вырабатываемую энергию, а поставщики розничного рынка покупали энергию в пуле и продавали ее конечным потребителям на конкурентной основе. В 2001 г. пул был заменен Новым порядком торговли электроэнергией в Англии и Уэльсе (New Electricity Trading Arrangements – NETA), который в 2005 г. в связи с присоединением к системе Шотландии был переименован в BETTA (British Electricity Trading and Transmission Arrangements).

Конкуренция между энергоснабжающими организациями позволила потребителям выбирать поставщика, тогда как ранее они покупали электрическую энергию только у одной территориальной энергетической компании. По состоянию на 1990 г. в Англии и Уэльсе действовали всего три энергопроизводящие компании – «National Power», «Powergen» и «Nuclear Electric»; вырабатываемая ими мощность составляла 90% всей генерации в Великобритании. Но в результате проведенных реформ уже в 2001 г. доля этих компаний была снижена до 49%.⁹

Тем самым, в Великобритании создана модель с дерегулированной оптовой торговлей электрической энергией, в которой прежний единый оптовый покупатель постепенно уменьшил свою долю участия в деятельности рынка, предоставив возможность большому количеству электроснабжающих компаний и даже крупным потребителям заключать прямые договоры купли-продажи электрической энергии с производителями энергии. В этом плане модель рынка электроэнергии BETTA кардинально отличается от рынка электроэнергии Казахстана и других стран СНГ, где фактически до сего времени имеет место централизация данного рынка, невзирая на законодательное введение конкуренции, особенно на оптовом рынке электроэнергии, обусловлен-

²Туменов А. Рынок электроэнергии PJM (США) // Журнал «ЭнергоРынок», 2005, № 1. <http://www.e-m.ru/er/2005-01/22660/> (Дата обращения 10.10.2016 г.).

³Постановление Правительства Республики Казахстан от 28.06.2014 г. № 728 <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1400000728> (Дата обращения 11.09.2016 г.).

⁴Постановление Правительства РК № 1275 от 5.12.2014 г. <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1400001275> (Дата обращения 10.09.2016 г.).

⁵Постановление Правительства Республики Казахстан от 14.04.2010 г. № 302 <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P100000302> (Дата обращения 10.09.2016 г.).

⁶World Energy, 2013, p. 4. <https://www.worldenergy.org/publications/2013/world-energy-trilemma-2013/> (Дата обращения 10.10.2016 г.).

⁷Туменов А. Рынок электроэнергии PJM (США) // Журнал «ЭнергоРынок», 2005, № 1. <http://www.e-m.ru/er/2005-01/22660/> (Дата обращения 10.10.2016 г.).

⁸Энергетика: история, настоящее и будущее. Коллектив авторов. Книга 5 «Энергетика и охрана окружающей среды. Функционирование энергетики в современном мире». <http://energetika.in.ua/ru/books/book-5> (Дата обращения 15.09.2016 г.).

⁹Энергетика: история, настоящее и будущее. Коллектив авторов. Книга 5. Энергетика и охрана окружающей среды. Функционирование энергетики в современном мире. <http://energetika.in.ua/ru/books/book-5/part-4/section-4/4-1> (Дата обращения 03.10.2016 г.).

ная многими причинами, исследование которых выходит за рамки избранной нами темы.

Несколько сходный с английским конкурентный внутренний рынок энергии создан также и в скандинавских странах, начало которому положил Закон Норвегии 1990 г. о реформе электроэнергетики, который ввел свободу выбора потребителями энергоснабжающей организации. Первоначально переход от одной энергоснабжающей организации к другой был на платной основе, в 1997 г. плата за изменение поставщика электрической энергии была отменена, а с 1998 г. каждый потребитель получил возможность выбрать нового поставщика через неделю после сообщения об этом прежнему поставщику. В 1992 г. был принят аналогичный закон Швеции, после чего была создана норвежско-шведская электроэнергетическая биржа Nord Pool, которая начала свою работу 1 января 1996 г., в дальнейшем членами биржи стали Дания и Финляндия, Германия, Эстония, Латвия и Великобритания.

В Швеции потребители смогли выбирать поставщика энергии с января 1998 г. при условии установки счетчиков с почасовыми замерами, но уже в ноябре 1999 г. требование об обязательном почасовом учете было отменено. Производство электрической энергии наряду с прежней единственной государственной компанией Vattenfall осуществляют несколько генерирующих компаний, доля госкомпании в генерации составляет ныне 50% рынка. В Финляндии либерализация рынка электроэнергии началась с принятия соответствующего Закона 1995 г., а в Дании – в 1999 г.

В Великобритании в настоящее время вопросами распределения электроэнергии занимаются 14 частных региональных распределительных компаний (они же – гарантирующие поставщики электроэнергии), имеющих лицензии и действующих на основе специального акта «Distribution code» – Кодекса по эксплуатации распределительных сетей. В Казахстане аналогами таких компаний являются региональные электросетевые компании, т.е. энергопередающие организации, эксплуатирующие электрические сети регионального уровня.

Лицензирование распределительных компаний Великобритании осуществляет Бюро по газовому и энергетическому рынку (OFGEM), т.к. в этом государстве многие энергосбытовые компании на розничном рынке совмещают функции поставщика электроэнергии и газа. Для получения лицензии каждая энергосбытовая компания должна представить следующие документы: правила (регламент) рассмотрения жалоб клиентов, правила оплаты энергии, правила присоединения к сети, правила контроля, меры по энергосбережению, регламент предоставления услуг со-

циально незащищенным слоям населения (престарелым лицам и инвалидам).

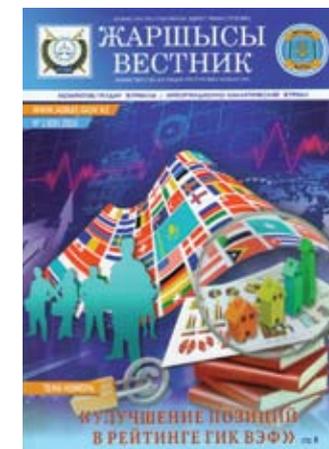
В Казахстане лицензируемой является деятельность по покупке электрической энергии в целях энергоснабжения. Для получения лицензии лицензиаты помимо заявления установленной формы должны представить лицензиару: копию документа, подтверждающего уплату в бюджет лицензионного сбора, за исключением оплаты через ПШЭП; документы о наличии службы/персонала, обеспечивающего работу с потребителями (абонентские службы, участки); документы о наличии оборотных средств в размере не менее 10000 МРП, подтвержденных банковской справкой; документы о наличии технической возможности поставки электрической энергии потребителям, в том числе и за пределы региона; документы о наличии на праве собственности или иных законных основаниях здания или помещения для работы с потребителями и размещения абонентских служб.¹⁰ Как видим, никаких сведений о предоставлении услуг социально незащищенным слоям населения, о порядке рассмотрения жалоб клиентов, о мерах по энергосбережению у нас не требуется.

Кроме внутрикорпоративных регламентов, деятельность энергосбытовых компаний Великобритании и скандинавских стран регулируется также кодексами Ассоциации поставщиков электроэнергии (Association of Energy Suppliers — AES), в соответствии с нормами которых нарушение энергосбытовой организацией положений кодексов AES влечет ответственность по возмещению причиненного потребителю ущерба. То есть, в отличие от Казахстана, в английском праве именно внутрикорпоративные регламенты и саморегулирование являются основными источниками и методами регулирования отношений энергосбытовой компании и потребителя.

Таким образом, каждый потребитель в рассматриваемых государствах имеет реальную возможность в любой момент выбрать нового поставщика, причем наиболее активно это право используют так называемые «небытовые абоненты» – фирмы, компании. Так, в 2005 г. более 50% крупных промышленных предприятий в Великобритании, Норвегии, Швеции, Финляндии и Дании поменяли поставщика.¹¹ Поэтому более низ-

¹⁰Об утверждении квалификационных требований и перечня документов, подтверждающих соответствие им, для деятельности по покупке электрической энергии в целях энергоснабжения, эксплуатации магистральных газопроводов, нефтепроводов, нефтепродуктопроводов. Приказ Министра национальной экономики Республики Казахстан от 29 января 2015 г. № 6. <http://adilet.zan.kz/rus/docs/V1500010598> (Дата обращения 03.10.2016 г.).

¹¹Бровкина Ю. Поставка электроэнергии на розничный рынок в условиях конкуренции: зарубежный опыт. //Журнал «ЭнергоРынок», 2010. № 1 (73). С.56.



кие цены и скидки на цену электрической энергии и иные льготы применяются не к населению, а именно к небытовым потребителям, доля которых в общем объеме потребления электрической энергии составляет более половины общего объема.

Поставщики электроэнергии не заинтересованы в уменьшении количества своих потребителей и переходе их к другим поставщикам, в связи с чем в Великобритании были разработаны единые правила доступа потребителей на оптовый и розничный рынки электроэнергии. В частности, условия поставки и предлагаемые цены размещаются на сайте открытого доступа в Интернете. Если потребитель решил сменить энергосбытовую компанию, он должен уведомить своего поставщика не менее чем за 2 дня, при этом у него не должно быть задолженности по оплате электроэнергии по дату перехода к другому поставщику включительно.

Для рассмотрения жалоб клиентов по вопросам оплаты энергии, проблем со сменой поставщика, режима подачи электроэнергии и т.п. в Великобритании существует независимый арбитр – *Energy Ombudsman*.

Решения энергетического омбудсмена являются обязательными для энергосбытовых компаний, но его решение о возмещении причиненного потребителю ущерба должно быть подтверждено судебным решением.¹²

ТЕПЛОСНАБЖЕНИЕ

Что касается договоров теплоснабжения, то в традиционном для Казахстана понимании таковые договоры в английском праве не имеют повсеместного широкого распространения. В течение последних полутора веков изначально сложилось так, что в Англии, Уэльсе и Шотландии обогрев жилых зданий осуществляется индивидуально каждым домовладельцем самостоятельно, с использованием централизованного водоснабжения и газа для подогрева воды (бойлеров), применения индивидуальных обогревательных приборов для каждого дома, квартиры. Впервые централизованные теплосети стали строиться в Великобритании в 60-70-х годах XX века, но по ряду причин дальнейшее широкомасштабное строительство новых тепловых сетей оказалось не востребовано. В итоге объем тепловой энергии, отпускаемой бытовым потребителям, а также на нужды общественных и коммерческих объектов через тепловые сети, составляет около 2 % от общего объема потребляемой тепловой энергии. В основном сети теплоснабжения строятся в кампусах и крупных городах.¹³

Большинство теплосетей территориально объединено в кластеры, то есть имеют локальный характер, и получают тепло от близлежащих теплопроизводящих установок. Так, категории тепловых сетей в Великобритании подразделяются на муниципальные (к ним подключены школы, развлекательные центры, другие общественные здания и жилые дома социального пользования); частные (к ним подключены многоквартирные дома и коммерческие объекты); изолированные (например, университетские тепловые сети, к которым подключены объекты университетов). Тем самым, государственный бюджет не несет огромные затраты для финансирования систем централизованного отопления

на всей территории государства. В Казахстане же за счет средств госбюджета осуществляется кредитование строительства, реконструкции и модернизации систем теплоснабжения, а также субсидирование строительства, реконструкции и модернизации систем теплоснабжения на безвозмездной основе (подпункты б), 7) пункта 3 статьи 3 Закона РК «Об электроэнергетике»).

В таких государствах, как Япония, Германия, Франция централизованное отопление также носит локальный характер либо распространено на определенной части страны, например, в префектуре Хоккайдо Японии. Основная часть населения таких стран обогревает себя самостоятельно. В Германии в многоквартирных домах установлено отдельное газовое оборудование, которое греет воду для батарей. Во Франции применяется общее домовое отопление — это централизованное отопление в отдельно взятом многоквартирном доме, квартиры в котором общедомовым отопительным оборудованием не оснащены. Другой вариант – индивидуальное отопление, при котором в ванной, туалете или кухне находится электрический либо газовый аппарат, регулирующий горячую воду. В таких странах бытовые газовые котельные выпускаются в виде небольших аппаратов для обогрева квартиры или в виде более крупных агрегатов для обогрева целых зданий.

Наряду с этим, в последнее время в связи с ростом цен на природный газ и направления общемировой политики в сторону сокращения выбросов парниковых газов, в большинстве зарубежных государств специалисты высказывают предложения о необходимости развития централизованного теплоснабжения. В частности, в Великобритании отмечаются выгоды от использования множества не задействованных в настоящее время таких источников теплоснабжения, как отработанное тепло промышленных предприятий, геотермальное тепло, тепло крупных тепловых насосов, утилизация тепла канализационных стоков и т.п.

Создание конкурентной среды в Великобритании планируется с 2017 г. также и в системе водоснабжения и водоотведения, однако для бытовых потребителей право выбирать и менять обслуживающие компании не предусмотрено, такое право будет только у потребителей торгово-промышленного и государственного сектора, благотворительных организаций.¹⁴

ВОЗОБНОВЛЯЕМЫЕ ИСТОЧНИКИ ЭНЕРГИИ

Следующее направление, требующее практической его реализации в нашем государстве – это улучшение структуры выработки электроэнергии за счет развития нетрадиционной энергетики; реконструкция и модернизация существующих систем теплоснабжения с комбинированной выработкой электроэнергии и теплоты, как эффективной энергосберегающей технологии, позволяющей существенно сократить расход органического топлива и уменьшить выбросы парниковых газов.

Ныне ни для кого не является секретом, что запасы невозобновляемых источников энергии не являются неисчерпаемыми и связанная с этим проблема энергосбережения может быть решена за счет использования альтернативных, или возобновляемых, источников получения энергии. Кроме того, применение ВИЭ имеет целью снижение нагрузки на окружающую среду. Так, в соответствии с прогнозами МЭА (2008), глобальные эмиссии

¹⁴Модели ценообразования на услуги субъектов естественных монополий в Великобритании. /Высшая школа экономики. Коллектив авторов. М., 2015. С.105-106.

углекислого газа в энергетической сфере могут возрасти на 45% между 2005 и 2030 годами.¹⁵

Закон РК «Об электроэнергетике» в качестве одной из задач отрасли в названной сфере определяет использование и развитие возобновляемых и нетрадиционных источников энергии (п.2 ст.3). Специальный Закон «О поддержке использования возобновляемых источников энергии» был принят в Казахстане 4.07.2009 г., под возобновляемыми источниками энергии (далее – ВИЭ) в нем определены источники энергии, непрерывно возобновляемые за счет естественного протекания природных процессов, включающие в себя следующие виды: энергия солнечного излучения, энергия ветра, гидродинамическая энергия воды; геотермальная энергия: тепло грунта, подземных вод, рек, водоемов, а также антропогенные источники первичных энергоресурсов: биомасса, биогаз и иное топливо из органических отходов, используемые для производства электрической и (или) тепловой энергии.¹⁶ Другим специальным законодательным актом, регулирующим отношения в сфере альтернативных источников энергии, является Закон Республики Казахстан от 15.11.2010 г. «О государственном регулировании производства и оборота биотоплива».¹⁷

По состоянию на 2016 г. в Казахстане действует 48 объектов ВИЭ. Их общая суммарная мощность составляет 252,37 МВт, в том числе: гидроэлектростанции – 122,99 МВт; ветровые электростанции – 71,87 МВт; солнечные электростанции – 57,16 МВт; биогазовые установки – 0,35 МВт. Все эти объекты вырабатывают менее 1% всей электроэнергии Казахстана. К 2020 г. планируется довести объем ВИЭ 3%, а к 2030 г. – до 10% от общего объема выработки электроэнергии в Казахстане.¹⁸

Не только в Казахстане, но и в мировой энергетике значительная часть производства ВИЭ приходится на долю гидроэлектростанций. По данным ENTSO-E (европейская сеть системных операторов передачи электроэнергии) доля ГЭС в 35 странах Евросоюза в течение 2010-2014 г.г. составила 33—34% в общем объеме выработки электроэнергии.¹⁹

По информации Международного Энергетического Агентства (МЭА), доля ВИЭ мира в 2010 г. составляла 16,7%, из них доля ГЭС – 3,3%; временные ВИЭ – 8,2%, биомасса – 8,5%. Общая мощность всех электростанций ВИЭ, в том числе ГЭС, в 2011 г. составляла 1360 ГВт, из них на долю только ГЭС приходилось 970 ГВт, т.е. более чем 2/3 от всех мощностей ВИЭ. В мировом производстве электроэнергии доля остальных ВИЭ, помимо ГЭС, составила только 5%.²⁰

С 2013 г. Казахстан является членом созданной в 2009 г. межправительственной организации «Международное агентство по возобновляемым источникам энергии» (IRENA), целью которой является поддержка использования всех форм ВИЭ.²¹ Членами IRENA являются

¹⁵Устименко А. Возобновляемые источники энергетики: глобальные тенденции. //Журнал KAZENERGY. 2011. № 2-3 (44-47). <http://www.kazenergy.com/kz/2012-06-20-08-42-46/-/5328-2011-07-29-17-57-24.html> (Дата обращения 08.09.2016).

¹⁶http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z090000165_#z0 (Дата обращения 10.10.2016 г.).

¹⁷<http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1000000351> (Дата обращения 10.10.2016 г.).

¹⁸<http://skel.kz/novosti-i-sobytiya/31-kazakhstan-nameren-dovesti-dolyu-vozobnovlyayemykh-istochnikov-energii-v-obshchem-ob-eme-proizvodstva-elektroenergii-do-10-k-2030-godu> (Дата обращения 10.09.2016 г.).

¹⁹Гриб Н. Межтопливная конкуренция на энергетических рынках Европы //Журнал «ЭнергоРынок», 2015 г., № 3. <http://www.e-m.ru/er/2015-03/31997/> (Дата обращения 06.10.2016 г.).

²⁰Трофимов Г., Живаева О. Работа возобновляемых источников энергии в энергосистеме. <http://group-global.org/ru/publication/33270-rabota-vozobnovlyayemykh-istochnikov-energii-v-energosiseme> (Дата обращения 06.10.2016 г.).

²¹Закон Республики Казахстан «О ратификации Устава Международного Агентства по возобновляемой энергии (ИРЭНА)» от 21 марта 2013 года. <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1300000082> (Дата обращения 06.10.2016 г.).

свыше 150 государств. Помимо этого, на международной арене действует Международный совет по большим электрическим системам высокого напряжения (СИГРЭ), в который Казахстан не входит, хотя СИГРЭ рассматривает вопросы больших энергетических систем, а энергосистема Казахстана относится именно к таким системам. Так, на заседании в августе 2014 г. СИГРЭ рассматривал проблемы, связанные с увеличением в энергобалансах регионов именно возобновляемых источников энергии.

Активные меры по внедрению ВИЭ принимаются в Евросоюзе, где в 2009 г. была принята Директива RED 2009/28/ЕС по развитию ВИЭ.²² Во исполнение Директивы все входящие в ЕС страны обязаны разработать меры по обеспечению до 2020 г. 20% электропотребления за счет ВИЭ, и за их счет снизить уровень выбросов парниковых газов на 20% по отношению к 1990 г.

По сравнению с некоторыми, даже развитыми, зарубежными странами, Казахстан обладает значительно большими запасами традиционных топливно-энергетических ресурсов, что, на наш взгляд, послужило одним из условий недостаточного внимания к реализации практического применения ВИЭ, хотя технический и природный потенциалы солнечной и ветровой энергии у нас имеются в достаточных объемах.

В США, как и в Европе, ветроэнергетика также представляет собой главный новый источник для увеличения мощности электроснабжения. В Великобритании ветряные электростанции, по данным Bloomberg New Energy Finance, производят 7,7% производимой электроэнергии, в Германии – 11,4%.²³

Ветряная энергия, по данным Bloomberg, стала самым дешевым видом электроэнергии в Великобритании и в Германии, причем даже без учета госсубсидий. Английские ветровые парки построены на Северном море и в Атлантическом океане, они производят 1340 Мегаватт электроэнергии, а все остальные страны – 1100 Мегаватт. В конце сентября 2011 г. на побережье в графстве Кент был открыт самый большой оффшорный ветровой парк мощностью турбин 300 Мегаватт, при оптимальном ветровом режиме этого хватит для обеспечения электроэнергией 200000 домов. В 2012 г. введены в действие еще свыше 400 турбин в районе Лондона.²⁴ В 2015 г. выработка электроэнергии из ветряных установок в Великобритании составила 11% всей выработки электроэнергии по сравнению с 9,5% в 2014 г. Это количество энергии достаточно для удовлетворения годовой потребности более чем 8,25 млн домов, что составляет почти 30% британских домовладений. Всего в 2015 г. в Великобритании из всех видов ВИЭ было выработано 21% электроэнергии, а строительство новых ветропарков будет значительно увеличено.²⁵

Из азиатских стран интересным является опыт Китая, который занимает 1 место в мире по мощности электростанций ВИЭ, для чего использует преимущественно ветровые турбины собственного производства. В 1996 г. был создан Фонд возобновляемой энергетики, из средств которого выделяются субсидии на расходы при производстве ветровой энергии.²⁶ В 2010 г. аудиторская фирма Ernst and

²²<http://screenin.weebly.com/blog/direktiva-2009-28-es-skachatj> (Дата обращения 18.09.2016 г.).

²³<https://www.vedomosti.ru/business/articles/2015/10/07/611879-vetryanaya-energiya-deshevoi-velikobritanii-germanii> (Дата обращения 10.10.2016 г.).

²⁴<http://www.ppu21.ru/article/529.html?mc=300> (Дата обращения 01.10.2016 г.).

²⁵Великобритания устанавливает новые рекорды энергии ветра. <http://tesiaes.ru/?p=15020> (Дата обращения 10.10.2016 г.).

²⁶Джезмурзина А. Происхождение возобновляемых источников энергии на пути к «зеленой» экономике. <http://group-global.org/ru/publication/10232-proishozhdenie-vozobnovlyayemykh-istochnikov-energii-na-puti-k-zelenoy-ekonomike> (Дата обращения 08.10.2016 г.).

¹²Бровкина Ю. Поставка электроэнергии на розничный рынок в условиях конкуренции: зарубежный опыт // Журнал «ЭнергоРынок», 2010. № 1 (73). С. 57.

¹³Модели ценообразования на услуги субъектов естественных монополий в Великобритании / Высшая школа экономики. Коллектив авторов. М. 2015. С. 98.

Young назвала Китай самой привлекательной страной для инвестиций в возобновляемые источники энергии.²⁷

Солнечная энергетика является наиболее активно растущим из всех видов возобновляемой энергии и, несмотря на низкую рентабельность, ежегодные темпы прироста мощностей составляют примерно 40%. На начало 2010 г. мощности солнечной энергетике в глобальном масштабе составили 23 ГВт, 68% из которых приходится на Европейский союз.²⁸ Согласно исследованиям PV Market Alliance в 2015 г. мощность фотоэлектрических солнечных установок во всем мире увеличилась на 51 ГВт. Это на 11 ГВт больше чем за 2014 г. и является абсолютным рекордом.²⁹

Следующим крупнейшим источником возобновляемой энергии стало использование биомассы; например, Германия увеличила производство энергии из биомассы на 1000%.³⁰ В мире продолжает активно развиваться производство биотоплива, прежде всего этанола, который успешно используется в сфере транспорта.

В Дании 20% топлива, используемого для теплоснабжения, приходится на такие виды биотоплива, как солома, оставшаяся от сельскохозяйственных работ, и отходы древесной щепы, которые при сжигании не выделяют окислов углерода. Дополнительно используется отходящее тепло промышленности (отходящие газы и сточные воды). Например, цементный завод «Ольборг Портланд» дает около 190 тыс. Гкал в год для теплоснабжения в г. Ольборг, что составляет около 15% потребности города в тепле, а также обеспечивает сокращение вредных выбросов в окружающую среду.³¹

Вместе с тем в Дании, как и в Германии, очень высокие требования предъявляются к качеству и надежности оборудования, труб, методам их укладки и монтажа, гарантированный срок службы труб – около 30 лет. В Германии с семидесяти годов прошлого века внедряется ужесточение требований по теплозащите зданий. С 2002 г. в Германии установлен более высокий уровень энергетических требований: требования к воздухопроницаемости ограждающих конструкций зданий, к воздухообмену замкнутых объемов помещений, к работам при реконструкции зданий, к генераторам тепла и энергетическому паспорту здания. Наряду с этим разработан механизм финансирования работ по энергосбережению: потребители имеют право получить льготный кредит на срок свыше 10 лет в государственном банке, где ставка рефинансирования на 50-60% ниже, чем в коммерческих банках и составляет 2-2,5%. Возврат кредита осуществляется за счет арендатора квартиры путем включения этих расходов в стоимость аренды. При этом фактическое увеличение расходов незначительное (до 10%), так как резко снижаются расходы на отопление и горячее водоснабжение.³²

На основе опыта Германии страны ЕС также приняли на себя обязательства по снижению уровня выбросов парниковых газов, снижению уровня удельного потребления энергии, сохранению окружающей среды и более эффективному использованию энергетических ресурсов.

²⁷Устименко А. Возобновляемые источники энергии: глобальные тенденции // Журнал KAZENERGY. 2011. № 2-3 (43-44). <http://www.kazenergy.com/kz/2012-06-20-08-42-46/-/5328-2011-07-29-17-57-24.html> (Дата обращения 06.10.2016 г.).

²⁸Устименко А. Указ. соч.

²⁹<http://solarsoil.net/mirovaya-solnechnaya-energetika-ustanavlivaet-novye-rekordy-v-2015-godu> (08.10.2016 г.).

³⁰Устименко А. Указ. соч.

³¹Повышение эффективности использования энергии в промышленности Дании / Под ред. Мастепанова А.М., Коган Ю.М. М., 1999. – 162 с.

³²Рыкалов В. Централизованное теплоснабжение в Дании и Германии. http://www.rosteplo.ru/Tech_stat/stat_shablon.php?id=406&p=1 (Дата обращения 10.10.2016 г.).

Однако высокая начальная стоимость объектов возобновляемых источников энергии и довольно длительный срок окупаемости инвестиций, а также природные риски являются сдерживающими факторами для дальнейшего интенсивного развития ВИЭ и рецепции законодательства и практики его применения. Указанные обстоятельства влекут необходимость введения либо прямых государственных дотаций, либо льгот по налогам, иных мер поощрения деятельности по развитию ВИЭ. Хотя, по данным Международного энергетического агентства, затраты на установку ветровых электростанций составляют в среднем 1250 долл. США за кВт, то есть, по сравнению с двадцатилетней давностью, стоимость ветровой энергии снизилась с 0,8 долл. США за кВт/ч до 0,04 и продолжает снижаться благодаря быстро развивающимся технологиям и повышению производительности.³³

В этих условиях наиболее рациональным представляется создание выгодных для отечественных и иностранных инвесторов условий в целях их привлечения в развитие энергетического сектора Казахстана. Рецепция даже самого позитивного мирового опыта реформирования электроэнергетики для выбора национальной модели требует очень взвешенной политики ее реализации.

С.К. Идрышева: Шет елдердегі энергиямен жабдықтаудың ерекшеліктері.

XX-XXI ғасырлар аралығында энергетика саласында халықаралық қатынастардың ілгерідегі дамуының негізгі бағыттары анықталды: энергетикалық теңдік (елдің барлық азаматтарының энергиямен жабдықталуына теңдей қолжетімділік құқығын қамтамасыз ету), энергетикалық қауіпсіздік (елдің қазіргі жағдайдағы және келешектегі энергиямен қамтамасыз етілуінің тиімділігі мен тұрақтылығын қамтамасыз ету), сонымен қатар, қоршаған ортаға зиян келтірмеушілік (жаңартылатын энергетика мен энергияны үнемдеудің дамуы). Аталған бағыттарды жүзеге асырудың ең табыстысы Ұлыбритания, Солтүстік Еуропа елдері сияқты шетелдердің тәжірибесі болып табылады, олардың тәжірибелерінің кейбір аспектілері осы мақалада қарастырылған.

Түйінді сөздер: энергиямен қамтамасыз ету, көтерме сауда, бөлшек сауда, бәсекелестік сауда, электр энергиясы, жылумен қамтамасыз ету, жаңартылатын энергия көздері, энергия беруші ұйым, тұтынушылар, таратушы мекеме, Халықаралық энергетикалық агенттік, Англия мен Уэльс энергетикасы, Nord Pool электр қуатының биржасы.

S. Idrysheva: Special aspects of energy supply in foreign countries.

At the turn of XX-XXI centuries in international relations concerning energy sector the next main areas for further development were identified: energy equality (equal rights of access to energy for all citizens of the country), energy security (ensuring the effectiveness and sustainability of energy supply abilities of the country at the moment and in the future), and ecological consistency (the development of renewable energy and energy efficiency). The most successful in the implementation of the above mentioned directions are the experience of foreign countries, like the UK, the Northern European countries and some other countries. Certain aspects of their experiences discussed in this article.

Keywords: energy supply, the wholesale market, the retail market, a competitive market, electricity, heat, renewable energy sources, energy transferring companies, consumers, distribution company, International Energy Agency, energy in England and Wales, energy exchange market Nord Pool.

³³Ветроэнергетика. Информационно-аналитический обзор по альтернативной энергетике. /Под общей редакцией В.А. Дзензерского и Г.Г. Пивняка. Днепропетровск: НГУ, 2014. С. 148.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОЧЕРНИХ ОРГАНИЗАЦИЙ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН



И. К. ЕЛЕУСИЗОВА,
главный научный сотрудник отдела гражданского,
гражданско-процессуального законодательства и
исполнительного производства
Института законодательства Республики Казахстан, к.ю.н.



Д. М. ТҰРЛЫБЕК,
старший научный сотрудник отдела гражданского,
гражданско-процессуального законодательства и
исполнительного производства
Института законодательства Республики Казахстан, м.ю.н.

В статье рассмотрены некоторые вопросы правового регулирования дочерних организаций в зарубежных странах. Проанализированы особенности определения понятия дочерней организации в европейских государствах, США, странах СНГ, исследованы вопросы налогообложения, ответственности, возможности перекрестного участия, а также создания ею своих дочерних организаций. На основе проведенного анализа выработаны рекомендации, направленные на совершенствование действующего законодательства в рассматриваемой сфере.

Ключевые слова: дочерняя организация, основная организация, холдинг, контроль, участие в уставном капитале, перекрестное участие, налогообложение, субсидиарная ответственность, солидарная ответственность, консолидированный отчет.

На сегодняшний день в Республике Казахстан особую значимость приобретают вопросы правового статуса дочерних организаций.

Согласно общей норме, закрепленной в Гражданском кодексе РК, дочерней организацией является юридическое лицо, преобладающую часть уставного капитала которого сформировало другое юридическое лицо, либо если в соответствии с заключенным между ними договором (либо иным образом) основная организация имеет возможность определять решения, принимаемые данной организацией (пункт 1 статьи 94).

Данное определение охватывает все способы оказания влияния основной организации на контролируемое предприятие.

Между тем, в иных законодательных актах РК дочерняя организация сужается до контроля со стороны основной организации и обязанности дочерней организации подать отчет для ее консолидации,

а также трактуется через различные правовые институты (аффилированность, основная организация).

На сегодняшний день дочерние организации, как свидетельствует практика, также создают свои организации (внучатые и правнучатые компании), в которых они определяют принимаемые решения, что действующим законодательством РК не запрещается.

Вместе с тем прямое определение юридических лиц, создаваемых дочерними организациями, не нашло нормативного закрепления, и лишь трактуется через аффилированность и косвенную принадлежность к юридическим лицам.

Необходимо отметить, что частичные ограничения по созданию таких организаций установлены в отношении некоторых юридических лиц (государственных учреждений, субъектов квазигосударственного сектора, страховых (перестраховочных) организаций, банков, страховых и банковских холдингов, акционерных инвестиционных фондов).

Изложенные обстоятельства обуславливают актуальность выбранной темы и необходимость исследования особенностей правового регулирования дочерних организаций в странах ближнего и дальнего зарубежья.

В целом, анализ законодательства зарубежных стран свидетельствует о том, что статус дочерних организаций закрепляется в отраслевых кодифицированных актах и законах, регулирующих отдельные организационно-правовые формы коммерческих юридических лиц.

В Великобритании термин «дочерняя компания» впервые был заложен в Акте о компаниях 1948 года,¹ согласно которому компания является дочерней, если:

1) другая компания является ее членом и контролирует формиро-

¹U.K. Companies Act 1948 [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk>. Дата открытия 12.05.2016.

вание ее состава совета директоров;

2) другая компания удерживает более половины (в номинале) ее обыкновенных акций;

3) она является дочерней какой-либо третьей компании, которая, в свою очередь, является дочерней компанией другой компании (статья 154).

Данное определение подверглось изменению в 1985 году с принятием Акта о компаниях (в новой редакции).² В соответствии со статьей 736 Акта компания является дочерней компанией при выполнении одного из следующих условий:

– основная компания удерживает какое-либо большинство голосов;

– основная компания является одним из членов и имеет право назначать или увольнять какое-либо большинство членов совета директоров;

– основная компания является одним из членов и контролирует самостоятельно или совместно с другими акционерами или членами в силу заключенного с ними соглашения какое-либо большинство голосов;

– дочерняя компания является внучатой организацией основной компании.

Понятие «дочерняя компания», данное в статье 736 Акта 1985 года, было уточнено в 1989 году, когда Акт был дополнен новой статьей 736A,³ которая хотя и не внесла в определение ничего нового, однако содержала некоторые разъяснения его положений и действовала начиная с 1 ноября 1990 года. Указанными изменениями были внесены критерии, ориентированные на осуществление большего контроля над дочерней компанией с целью пресечения уклонения компании от уплаты налогов с помощью различных манипуляций. Данная цель была достигнута через уточнение положений о предоставлении консолидированного отчета основной организации, включающего также и финансовое положение всех ее дочерних компаний, которые могут не публиковать свой баланс.

При этом законодательные акты Великобритании обязывали указывать на взаимоотношения материнской и дочерней компаний в их учредительных и коммерческих документах, в том числе и в кредитных соглашениях, соглашениях об опционах, контрактах об услугах директоров (Акты о финансах 1989 и 1992 гг. и в Акт о финансовых услугах 1986 г.).⁴

Необходимо отметить, что в Великобритании запрещается владение дочерней компанией акциями или долями участия в уставном капитале основной компании. В свою очередь, соответствующие действия, влекущие такое владение, признаются недействительными. Совершение подобных действий не дает право голоса на общем собрании основной компании, при этом дочерняя компания остается ее участником.

Вместе с тем Актом о компаниях предусмотрены исключения для дочерних компаний, действующих:

– в качестве правопреемника или трастового управляющего, если впоследствии материнская компания или ее дочерняя компания не становится заинтересованной в получении выгоды согласно учредительному трасту (статьи 136, 138);

²U.K. Companies Act 1985 [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk>. Дата открытия 12.05.2016.

³U.K. Companies Act 1989 [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk>. Дата открытия 12.05.2016.

⁴U.K. Finance Act 1989, U.K. Financial Services Act 1986 (Repealed) [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk>. Дата открытия 12.05.2016.

– как уполномоченный дилер по операциям с ценными бумагами.⁵

Кроме того, допускается заключение сделок с заинтересованностью между основной компанией и ее аффилированными лицами, в частности стопроцентно контролируемой дочерней компанией, а также между компаниями, стопроцентно контролируемые одной и той же основной компанией.

Законодательство Великобритании точно не определяет наличие большинства голосов и рамки права контроля основной компании в ее дочерней компании. В связи с этим в судебной практике имеется множество тяжб о признании компании дочерней в целях привлечения материнской компании к имущественной ответственности (к примеру, дело Воллстейнера, который был привлечен к ответственности за деятельность созданных им компаний).⁶

В США дочерние организации начали создаваться в XIX веке финансовыми компаниями, которые владели контрольными пакетами акций данных организаций с целью контроля и управления их деятельностью. При этом ответственность основной организации была ограничена, что способствовало ей обходить антитрестовский закон (Закон Шермана)⁷ для создания монополии или обладания доминирующим положением на определенном рынке товаров (работ, услуг).

Основная организация в США также трактовалась через понятие холдинговой компании, владеющей пакетом акций другой компании, дающим право голоса, достаточным для того, чтобы иметь над ней деловой контроль.

Так, Закон о банковских холдингах (1956 г.)⁸ устанавливает следующие требования для признания компании холдинговой (основной):

– прямое или косвенное владение, контроль или обладание более 25% голосов дочерней компании;

– контроль за выборами большинства директоров;

– прямое или косвенное влияние на управление дочерней компанией;

– контроль над дочерней компанией путем получения специального разрешения от совета управляющих Федеральной резервной системы.

В США дочерние компании создаются в основном в тех штатах, в которых предусмотрены наиболее льготные режимы налогообложения для субъектов малого бизнеса (например, штат Нью-Джерси).

В свою очередь, некоторые законы США признают дочерними компаниями те организации, в которых 10% и более акций с правом голоса принадлежат другой компании (Закон о коммунальной холдинговой компании 1935 г.),⁹ которая обязана представлять консолидированные отчеты, в том числе о ее дочерних компаниях.

Механизм перекрестного участия дочерней и основной компании аналогичен порядку, предусмотренному в Великобритании.

При этом в США существует возможность перекрестного участия данных компаний путем обмена их акциями.

⁵U.K. Companies Act 1985 [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk>. Дата открытия 12.05.2016.

⁶Сулакшин С.С., Буянова Е.Э., Кулаков В.В., Михайлов Н.И., Сазонова Е.С. Правовая модель холдинга для России. М.: Научный эксперт, 2012. – 280 с. [Электронный доступ]. Режим доступа: http://rusrand.ru/files/holding_08_10.pdf. Дата открытия 12.05.2016.

⁷U.S. Sherman Antitrust Act of 1890 [Электронный доступ]. Режим доступа: <https://www.law.cornell.edu>. Дата открытия 12.05.2016.

⁸U.S. Bank Holding Company Act of 1956 [Электронный доступ]. Режим доступа: <https://fraser.stlouisfed.org>. Дата открытия 12.05.2016.

⁹U.S. Public Utility Holding Company Act of 1935 [Электронный доступ]. Режим доступа: <https://www.sec.gov>. Дата открытия 12.05.2016.

Особенностью регулирования основных и дочерних компаний в США является то, что все операции данных компаний признаются внутренним единым оборотом. В этой связи в налоговом законодательстве США действует так называемый унитарный принцип, согласно которому для целей налогообложения доходов отдельных коммерческих правосубъектных организаций, являющихся дочерними одной основной компании, рассматриваются как единое целое и облагаются соответствующими налогами, предусмотренными для основной компании.

Судебная практика США показывает, что иски в основном подаются с требованиями третьих лиц привлечь к ответственности основную компанию или, напротив, с требованиями основной компании привлечь к ответственности третьих лиц, причинивших ущерб дочерним компаниям.

При этом судами во время разрешения таких дел учитывается наличие «единого интереса» между основной и дочерней компанией, означающего осуществление ими взаимодополняющих видов деятельности в определенных отраслях экономики.¹⁰

Во Франции дочерние компании рассматриваются как самостоятельные юридические лица в виде:

– компаний, контролируемых материнской или холдинговой компанией (такой контроль имеет место, когда в руках последней находится более половины собственного капитала дочерней компании),

– контролируемых компаний, когда одна компания прямо или косвенно владеет такой частью капитала, которая дает ей большинство голосов на общем собрании, в том числе путем заключения договора или владения одним акционером более 40% голосов компании.¹¹

Французское право запрещает владение одного акционерного общества акциями другого, если последнее, в свою очередь, обладает пакетом акций, который превышает 10% собственного капитала первого, то есть перекрестное участие в уставном капитале.¹²

В Испании компания является контролирующей по отношению к другой в случае наличия одного из следующих условий:

– обладание большинством голосов в уставном капитале другой компании;

– обладание правом назначить и уволить большинство членов управляющего органа другой компании;

– обладание правом распоряжаться большинством голосов в силу соглашений, заключенных с

¹⁰Сулакшин С.С., Буянова Е.Э., Кулаков В.В., Михайлов Н.И., Сазонова Е.С. Правовая модель холдинга для России. М.: Научный эксперт, 2012. – 280 с. [Электронный доступ]. Режим доступа: http://rusrand.ru/files/holding_08_10.pdf. Дата открытия 12.05.2016.

¹¹Commercial Code of France [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.wipo.int>. Дата открытия 12.05.2016.

¹²Там же.

третьими лицами.¹³

С 1996 г. в Испании особый налоговый режим применяется к основным компаниям:

– имеющим дочернюю компанию, которая осуществляет коммерческую деятельность на территории Испании;

– владеющим менее 5% доли участия в капитале дочерней менее 1 года;

– чья дочерняя компания не подлежит обложению корпоративным налогом в стране своего местонахождения и (или) находится в офшорной зоне.¹⁴

В Италии дочерними являются компании, в которых одна компания:

– владеет большинством голосов в ее уставном капитале;

– обладает достаточным количеством голосов, чтобы оказывать доминирующее влияние на дочернюю;

– оказывает доминирующее влияние в силу договорных отношений.¹⁵

В Италии допускается перекрестное участие дочерних компаний в уставном капитале основных компаний в размере не более 10% (статья 2357 Гражданского кодекса).¹⁶ При нарушении данного требования основная компания должна устранить его в течение одного финансового года.

Вместе с тем указанное ограничение не применяется, если участие в уставном капитале основной компании более 10% осуществляется:

1) на основе решения общего собрания в связи с сокращением капитала, в связи с чем покупка будет осуществляться путем погашения и аннулирования акций;

2) бесплатно, при условии, что оно погашается полностью оплаченными акциями дочерней компании;¹⁷

3) в результате универсального правопреемства или слияния;

4) в связи с погашением кредита компании.

При этом обладание более 10% не предоставляет право голоса, но включается в уставный капитал для распределения дивидендов акционеров.¹⁸

Основная компания не может предоставлять кредиты или гарантии дочерней компании для покупки своих акций, а также принимать их в качестве зало-

¹³Code of Commerce of Spain [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.mjusticia.gob.es>. Дата открытия 12.05.2016.

¹⁴Сулакшин С.С., Буянова Е.Э., Кулаков В.В., Михайлов Н.И., Сазонова Е.С. Правовая модель холдинга для России. М.: Научный эксперт, 2012. – 280 с. [Электронный доступ]. Режим доступа: http://rusrand.ru/files/holding_08_10.pdf. Дата открытия 12.05.2016.

¹⁵Civil Code of Italy (approved by Royal Decree No. 262 of March 16, 1942) [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.wipo.int>. Дата открытия 12.05.2016.

¹⁶Там же.

¹⁷Там же.

¹⁸Там же.



га через другие аффилированные компании или третьи лица.¹⁹

Следует отметить, что в Италии 42% экономики находятся под контролем государственных холдинговых компаний, в состав которых входят дочерние компании, обладающие определенной автономией и пользующиеся значительными льготами.²⁰

Так, эти компании вправе выпускать гарантированные государством облигации, освобождены от выплаты процентов за получаемый в качестве ссуды капитал, но при этом 65% прибыли в обязательном порядке передается государству.²¹

В Венгрии дочерними признаются компании, в которых доминирующая компания осуществляет контроль путем назначения большинства членов их управляющих органов в силу наличия более 50% долей участия в уставном капитале или договора об управлении (раздел 3:49 Гражданского кодекса Венгрии).²²

Основная организация в Венгрии имеет право давать дочерней организации обязательные для нее указания на основе договора об управлении, кроме случаев, когда такие указания относятся к исключительным полномочиям общего собрания дочерней организации.

При этом кредитор дочерней компании, требования которого достигли 10% ее капитала, может потребовать у основной компании информацию по выполнению условий договора об управлении.²³ В случае непредставления данной информации кредитор имеет право обратиться в суд с требованием о привлечении к ответственности за ненадлежащее исполнение условий договора об управлении.

Основная компания несет дополнительную ответственность за деятельность дочерней компании в случае ее несостоятельности по вине основной компании.

Необходимо отметить, что в Венгрии законодательно не ограничивается создание внучатых и правнучатых компаний.

Также в Венгрии предусмотрено ограничение по перекрестному участию дочерних компаний в уставном капитале основной, которое не должно превышать 25% от общего числа.

В Швейцарии данное ограничение составляет 50% от общего количества долей участия в уставном капитале.

В Германии создание и деятельность дочерних организаций регулируется Германским торговым уложением,²⁴ Акционерным законом (1965 г.)²⁵ и Законом об обществах с ограниченной ответственностью (1892 г.).²⁶

¹⁹Там же.

²⁰Зарубежный опыт управления пакетами акций, принадлежащих государству [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.topknowledge.ru/upravlenie-paketami-aktsij-nakhodyashchikhsya-v-gosudarstvennoj-sobstvennosti/4299-zarubezhnyj-opyt-upravleniya.html>. Дата открытия 12.05.2016.

²¹Сулакшин С.С., Буянова Е.Э., Кулаков В.В., Михайлов Н.И., Сазонова Е.С. Правовая модель холдинга для России. М.: Научный эксперт, 2012. – 280 с. [Электронный доступ]. Режим доступа: http://rusrand.ru/files/holding_08_10.pdf. Дата открытия 12.05.2016.

²²Civil Code of Hungary (Act V of 2013) [Электронный доступ]. Режим доступа: https://tdziegler.files.wordpress.com/2014/06/civil_code.pdf. Дата открытия 12.05.2016.

²³Там же.

²⁴German Commercial Code [Электронный доступ]. Режим доступа: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/index.html. Дата открытия 12.05.2016.

²⁵Stock Corporation Act of Germany as of 6 September 1965 [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-2010-english-translation-pdf-59656.pdf>. Дата открытия 12.05.2016.

²⁶Act on companies with limited liability of Germany (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG) of 20 April 1892 (Federal Law Gazette III 4123-1), as last amended by Article 27 of the Act of 23 July 2013 (Federal Law Gazette I p. 2586) [Электронный доступ]. Режим доступа: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gmbhg/englisch_gmbhg.html. Дата открытия 12.05.2016.

Так, Германское торговое уложение (далее – ГТУ) определяет дочерние организации через понятия связанных предприятий и основного предприятия (§271, 291). Так, в соответствии с п.2 §271 ГТУ связанными предприятиями признаются основное и дочернее предприятие.²⁷

В праве ФРГ выделяется несколько типов таких связанных предприятий:

– где одно имеет некоторую долю (участие, право голоса) в другом;

– где одно из них является контролирующим и может оказывать прямое или косвенное влияние на второе;

– концерн, в котором имеется единое руководство;

– где имеются взаимные доли не менее 25% участия в уставном капитале партнера. При этом обязательным условием взаимного участия является письменное информирование о его размерах и изменениях (§ 20 Закона об акционерных обществах);

– которые являются сторонами договоров о доминации, полном или частичном перечислении прибыли, общей прибыли, аренде предприятия или другим способом передачи его в распоряжение иного субъекта.

Согласно § 308 Закона об акционерных обществах основное предприятие вправе давать указания по руководству обществом только правлению общества (но не совету директоров или общему собранию). В свою очередь, правление обязано следовать таким указаниям, даже если они идут в ущерб его обществу. Отказ от выполнения указаний возможен лишь тогда, когда выясняется, что эти указания не служат интересам основного предприятия или интересам других его предприятий.²⁸

Вместе с тем основное предприятие несет ответственность за деятельность дочерних компаний даже в случае самостоятельного принятия ими решений.

В финансово-кредитных учреждениях Германии предусмотрен запрет на участие другой организации, превышающее 10-20% их уставных капиталов (Закон о кредитной системе).²⁹

В Японии дочерними компаниями признаются организации, более 10% акций которых принадлежат материнской компании и являются первым или вторым по размеру голосующим пакетом акций; более 20% акций которых находятся в собственности у других предприятий и составляют крупнейший пакет (Коммерческий кодекс 1890 г.).³⁰

Законодательство Японии исключает двойное налогообложение материнских и дочерних компаний и запрещает последним владеть акциями материнских компаний. При этом дочерние компании могут быть созданы только компаниями, которые ведут производственную деятельность.

В Китайской Народной Республике (далее – КНР) дочерние компании обладают статусом предприятия – юридического лица и согласно закону самостоятельно несут гражданскую ответственность. Основная организация несет ответственность в пределах суммы сво-

²⁷German Commercial Code [Электронный доступ]. Режим доступа: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/index.html. Дата открытия 12.05.2016.

²⁸Stock Corporation Act of Germany as of 6 September 1965 [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-2010-english-translation-pdf-59656.pdf>. Дата открытия 12.05.2016.

²⁹Сулакшин С.С., Буянова Е.Э., Кулаков В.В., Михайлов Н.И., Сазонова Е.С. Правовая модель холдинга для России. М.: Научный эксперт, 2012. 280 с. [Электронный доступ]. Режим доступа: http://rusrand.ru/files/holding_08_10.pdf. Дата открытия 12.05.2016.

³⁰Там же.

их вложений в уставный капитал дочерней компании (Закон «О компаниях»).³¹

При этом в КНР допускается владение основной компанией уставного капитала дочерней компании в размере не более 50% чистой стоимости ее имущества (за исключением определенных Госсоветом инвестиционных и холдинговых компаний).³²

После вложения средств приумноженный капитал за счет прибыли компании, в которую были вложены средства, его возросшая сумма не включаются в собственные средства дочерней компании и передаются на баланс основной компании.³³

В некоторых государствах-участниках СНГ отсутствует единое для всех видов юридических лиц понятие дочерних организаций.

К примеру, в Гражданских кодексах Российской Федерации,³⁴ Республики Беларусь³⁵, Республики Армения³⁶, Азербайджанской Республики³⁷ (далее – соответственно ГК РФ, ГК РБ, ГК РА, ГК АР) дочерние организации предусматриваются только в отношении хозяйственных товариществ и обществ, а также унитарных предприятий в Республике Беларусь.

Хозяйственное общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное товарищество или общество в силу преобладающего участия в его уставном капитале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом (статья 67.3 ГК РФ, статья 105 ГК РБ).³⁸

В отличие от ГК РФ, ГК РБ, в ГК РА и ГК АР возмож-

ность определять решения, принимаемые дочерней организацией, допускается только путем владения акциями или долями в ее уставном капитале либо заключения договора (пункт 1 статьи 75 ГК РА, пункт 67.1 статьи 67 ГК АР).³⁹

Однако в Законе РА «Об акционерных обществах» способы такого участия не ограничиваются (пункт 2 статьи 7).⁴⁰

В свою очередь, в Республике Армения некоторые организации (банки) признаются дочерними только при наличии у основного банка более 50% акций или долей участия в их уставном капитале (статья 10 Закона Республики Армения «О банках и банковской деятельности»).⁴¹

В Азербайджанской Республике дочерней организацией также признается общество, в управлении которого основной учредитель (акционер) обладает мажоритарным контролем (статья 1 Закона Азербайджанской Республики «О страховой деятельности»).⁴²

Основная организация в этих странах имеет право давать дочерней организации обязательные для нее указания (в том числе и на основе договора) и отвечает солидарно с ней по ее сделкам, заключенным во исполнение таких указаний или с согласия основной организации. Исключение составляют случаи голосования по вопросу об одобрении сделки на общем собрании, а также органом управления основной организации в Российской Федерации и Республике Беларусь.

Вместе с тем в Республике Армения и Азербайджанской Республике основное товарищество или общество считается имеющим право давать дочернему обществу обязательные для него указания, если это право предусмотрено в договоре, заключенном с дочерним обществом (пункт 3 статьи 75 ГК РА, пункт 67.3 статьи 67 ГК АР), что не ограничивается в Законе РА «Об акционерных обществах» (пункт 4 статьи 7).

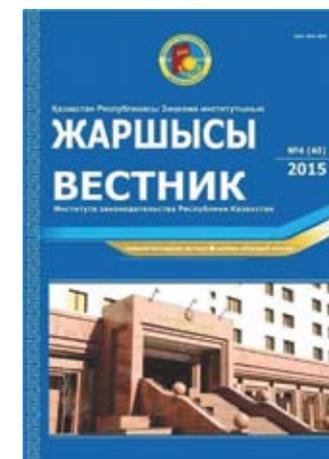
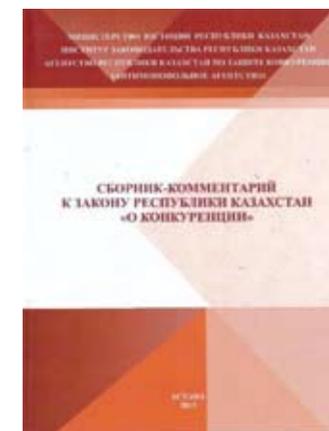
Субсидиарную же ответственность основная организация несет только при признании дочернего

³⁹Гражданский кодекс Республики Армения от 05.05.1998 [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.parliament.am/legislation>. Дата открытия 13.05.2016; Гражданский кодекс Азербайджанской Республики (утвержден Законом Азербайджанской Республики от 28 декабря 1999 года № 779-IQ) [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://online.zakon.kz>. Дата открытия 13.05.2016.

⁴⁰Закон Республики Армения «Об акционерных обществах» от 25.09.2001 [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.parliament.am/legislation>. Дата открытия 13.05.2016.

⁴¹Закон Республики Армения «О банках и банковской деятельности» от 30.06.1996 [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.parliament.am/legislation>. Дата открытия 13.05.2016.

⁴²Закон Азербайджанской Республики «О страховой деятельности» от 25 декабря 2007 года № 519-IIIQ [Электронный доступ]. Режим доступа: www.iic.az/rz. Дата открытия 13.05.2016.



общества несостоятельным (банкротом) по ее вине.

Также в Республике Беларусь дочерние организации могут создаваться унитарными предприятиями (аналог учреждений в РК, в том числе государственных) путем передачи части имущества предприятия в хозяйственное ведение. В свою очередь, дочернее предприятие не вправе создавать унитарные предприятия.⁴³

Между тем, в Российской Федерации и Республики Армения не запрещается создание дочерними организациями своих дочерних организаций. При этом в Республике Армения такие организации считаются также дочерними первой основной организации.

Кроме того, в Республике Армения запрещается перекрестное участие дочернего банка в уставном капитале основного банка, за исключением случаев, когда приобретение акций банка необходимо для предупреждения убытков, возможных вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, ранее возникшего в отношении данного банка. При этом в течение двух месяцев с момента приобретения данных акций на праве собственности банк обязан реализовать их (статья 37 Закона Республики Армения «О банках и банковской деятельности»⁴⁴).

На основе вышеизложенного были сделаны следующие выводы и предложения:

1. В зарубежных странах дочерними признаются компании, в которых основная компания участвует в формировании их управляющих органов либо контролирует их деятельность в силу заключенного с ними соглашения или наличия преобладающего количества голосов.

При этом преобладающим количеством голосов признается владение даже 10% акций или долей участия в уставном капитале предприятий (например, в США, Японии).

Необходимо отметить, что в Японии дочерние компании могут быть созданы только компаниями, которые ведут производственную деятельность.

В некоторых государствах-участниках СНГ понятие дочерних компаний предусматривается в основном в отношении хозяйственных товариществ и обществ (Российская Федерация, Республика Беларусь, Республика Армения, Азербайджанская Республика).

В свою очередь, в законодательных актах РК полагаем необходимым понятие дочерней организации привести в соответствие с определением, закрепленным в Гражданском кодексе РК, и исключить его регулирование через другие правовые институты.

При этом предлагается более однозначно указать, что юридическое лицо является дочерней организацией, если ее основная организация имеет такую преобладающую долю в ее уставном капитале, которая позволяет ей определять решения органов дочерней организации.

Также необходимо указать, что юридическое лицо может быть признано дочерней организацией другого юридического лица, которое, хотя и не участвует в капитале первой, но имеет правомочия определять решения ее органов в силу договора между ними или иных обстоятельств. Такое регулирование согласуется с аналогичными нормами в законодательстве развитых стран с экономикой рыночного типа и соответствует традиционной теории гражданского права.

⁴³Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-3 [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://kodeks.by/grazhdanskij-kodeks-r>. Дата открытия 13.05.2016.

⁴⁴Закон Республики Армения «О банках и банковской деятельности» от 30.06.1996 [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.parliament.am/legislation>. Дата открытия 13.05.2016.

2. В целом создание дочерними компаниями своих дочерних компаний в законодательстве зарубежных стран не запрещается.

Вместе с тем в некоторых странах данные внучатые компании также признаются дочерними (к примеру, Великобритания, Республика Армения).

Однако существуют страны, в которых дочерние компании не вправе создавать свои компании (Республика Беларусь).

Учитывая направления современной государственной политики в Республике Казахстан, в соответствии с которой участие государства в рыночной экономике должно быть не более 20% (на сегодняшний день более 40%), *полагаем целесообразным установить запрет на создание внучатых и правнучатых организаций государственными учреждениями и субъектами квазигосударственного сектора.*

3. В целях пресечения уклонения основной компании от уплаты налогов с помощью различных манипуляций в зарубежных странах предусмотрено *обязательное предоставление ею консолидированного отчета, включающего также и финансовое положение всех ее дочерних компаний.*

При этом законодательные акты некоторых стран *обязывали указывать на взаимоотношения материнской и дочерней компаний в их учредительных и коммерческих документах*, в том числе и в кредитных соглашениях, соглашениях об опционах, контрактах об услугах директоров.

Данное положение полагаем целесообразным применить в Республике Казахстан, что поспособствует прозрачности деятельности юридических лиц.

4. Во многих европейских странах установлены *ограничения перекрестного участия дочерних компаний в уставном капитале основных компаний* в размере:

– не более 10% во Франции и Италии;⁴⁵

– не более 25% в Венгрии;⁴⁶

– не более 50% в Швейцарии.⁴⁷

В свою очередь, в Японии, Великобритании, США, Республике Армения запрещается владение дочерней компанией акциями или долями участия в уставном капитале основной компании. При этом в случае такого владения (к примеру, путем обмена акциями в США и Великобритании) дочерняя организация не имеет права голоса в основной организации.

5. В основных в зарубежных странах основная компания несет дополнительную (субсидиарную) ответственность за деятельность дочерней компании в случае ее несостоятельности по вине основной компании.

Также основная компания отвечает солидарно с дочерней компанией по ее сделкам, заключенным во исполнение указаний или с согласия основной компании (страны СНГ и др.). При этом основная компания может нести ответственность за деятельность дочерних компаний даже в случае самостоятельного принятия ими решений (Германия).

Предлагаем предусмотреть в ГК РК солидарную ответственность основной организации по сделкам, заключенным дочерней организа-

⁴⁵Commercial Code of France [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.wipo.int>. Дата открытия 12.05.2016; Civil Code of Italy (approved by Royal Decree No. 262 of March 16, 1942) [Электронный доступ]. Режим доступа: <http://www.wipo.int>. Дата открытия 12.05.2016.

⁴⁶Civil Code of Hungary (Act V of 2013) [Электронный доступ]. Режим доступа: https://tdziegler.files.wordpress.com/2014/06/civil_code.pdf. Дата открытия 12.05.2016.

⁴⁷Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911 (Status as of 1 July 2015) [Электронный доступ]. Режим доступа: <https://www.admin.ch>. Дата открытия 12.05.2016.

цией во исполнение указаний или с согласия основной, вместо субсидиарной ответственности, предусмотренной действующим законодательством РК. Это повысит качество и обоснованность даваемых основной организацией указаний и ужесточит ее ответственность.

Кроме того, существуют страны, в которых ответственность основной компании ограничивается пределами суммы ее вложений в уставный капитал дочерней компании (КНР, США).

Данное положение способствовало ей обходить законы о конкуренции и обладать монопольным и доминирующим положением на определенном рынке товаров (работ, услуг).

Для недопущения таких нарушений в США введен унитарный принцип в налогообложении основной и дочерней компаний, в соответствии с которым их доходы облагались одинаковыми налогами.

Аналогичный подход применяется и в Испании, где к основным компаниям применяется особый налоговый режим, в случае если она имеет дочернюю компанию, которая осуществляет коммерческую деятельность на территории Испании, и владеет менее 5% доли участия в капитале дочерней менее 1 года. При этом дочерняя компания не должна подлежать обложению корпоративным налогом в стране своего местонахождения и (или) должна находиться в офшорной зоне.

Полагаем необходимым *введение указанного унитарного принципа налогообложения в Республике Казахстан*, что позволит обеспечить достоверный учет финансового положения основных и дочерних организаций.

6. В некоторых странах (Италия) закрепляются обязанность основных и дочерних компаний с участием государства перечислять государству основную часть прибыли, а также освобождение таких компаний от выплаты процентов за получаемый в качестве ссуды капитал.

7. Основная компания имеет право давать дочерней компании обязательные для нее указания на основе договора, кроме случаев, когда такие указания относятся к исключительным полномочиям общего собрания дочерней компании.

В свою очередь, дочерняя компания обязана следовать таким указаниям, даже если они идут ей в ущерб. Отказ от выполнения указаний возможен лишь тогда, когда выясняется, что эти указания не служат интересам основной компании или интересам других ее компаний.

И.Қ. Елеусізова, Д.М. Тұрлыбек: Шет елдердегі еншілес ұйымдардың құқықтық реттемесі және Қазақстан Республикасындағы заңнаманы жетілдіру.

Мақалада шет елдердегі еншілес ұйымдарды құқықтық реттеудің кейбір мәселелері қарастырылған. Еуропа мемлекеттерінде, АҚШ-та, ТМД елдерінде еншілес ұйым ұғымын анықтаудың ерекшеліктеріне талдау жасалған, салық салу, жауапкершілік, тоғыспалы қатысу, сондай-ақ өзінің еншілес ұйымдарын құру мүмкіндігі мәселелері зерттелген. Жүргізілген талдаудың негізінде қарастырылатын салада қолданыстағы заңнама нормаларын жетілдіруге бағытталған ұсыныстар әзірленген.

Түйінді сөздер: еншілес ұйым, негізгі ұйым, холдинг, бақылау, жарғылық капиталға қатысу, тоғыспалы қатысу, салық салу, субсидиарлық жауапкершілік, ортақ жауапкершілік, шоғырландырылма есеп.

I. Yeleussizova, D. Turlybek: Normative consolidation of subsidiaries in foreign countries and improvement of legislation of the Republic of Kazakhstan.

The article discusses some issues of legal regulation of subsidiaries in foreign countries. The features of the definition of a subsidiary in the European countries, USA, CIS countries were analyzed, the questions of taxation, liability, possibility of cross-participation, as well as creating her own subsidiaries were explored. On the basis of the analysis recommendations aimed at improving the current legislation in this sphere were made.

Keywords: subsidiary, the main organization, holding, control, participation in the share capital, cross-participation, taxation, vicarious liability, joint and several liability, the consolidated statement.



НОВЫЕ КНИГИ

Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном / В. В. Оробинский. Изд. 2-е, перераб. и доп. Ростов н/Д: Феникс, 2016. – 459 с. ISBN: 978-5-222-27140-7.

Это первая в истории современной России книга об английском договорном праве. Даже если вы не сталкиваетесь с зарубежными контрактами – вы увидите, как много позаимствовано в российское законодательство. Английское право сегодня становится таким же международным, как английский язык. Автор, юрист-практик с 17-летним стажем, использовал порядка сорока источников и более сотни прецедентов. Вы найдете точные и подробные ссылки, причем 98% материала на русский язык переведено впервые. Рассмотрена структура прецедента, разобраны все тонкости договора (понятие, слагаемые, содержание, формы, подразумеваемые условия, оговорки, гарантии, исполнение и др.). Книга написана простым и ясным языком. Она предназначена студенту, практикующему юристу, профессионалу – каждому, кто хочет успешно развиваться дальше и получить уникальные знания и навыки. Пособие также подойдет любому менеджеру, переводчику, в чей функционал входит заключение сделок, подчиненных английскому праву.

GLOBAL PATENT REGISTRATION

AS ONE OF MECHANISMS OF MANAGING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS



O. BUDYAKOV,
Institute for Humanitarian Education and Informational Technologies (VO IGUMO and IT) postgraduate (Moscow, Russian Federation)

This article covers different aspects of the UK patent system, international patent registration process and issues of legal defense of patent. Patents are seen as the most reliable and effective tool of intellectual property (IP) protection, and supported by exhaustive legislation. This article however, using theoretical approaches, applicable laws, historical and current data, as well as practical examples, shows that despite all the advantages of patents, they cannot genuinely protect rights of authors and patent holders. By the results of conducted research the author proposes potential solutions to the recent problems of managing of rights, protected by patents.

Keywords: UK patent system, international patent registration, patent, intellectual property, exclusive right, invention, result of intellectual activity, authors, patent holders, managing patent rights.

BACKGROUND

The competition in world markets today is tough and companies have to differentiate themselves from others in order to be viable and successful. In order to do so, companies spend increasingly more money and time on research and development (hereinafter R&D). As the latest studies show, the more money companies spend on R&D, the more successful they are likely to be.¹ Major technological companies spend around 10 billion dollars per year on researching new technologies and innovation. Therefore, they want to be sure that this money and their achieved results are somehow protected. Individuals either working for these companies or researching on their own seek acknowledgment and compensation as well.

The result of the R&D process is Intellectual Property (hereinafter IP), which in broad terms means a creation of mind² or new knowledge. Inventors of these creations and knowledge are entitled to get certain

© O. Budyakov, 2016

¹Jaruzelski, B., Loehr, J. & Holman, R. (22 October 2013) The Global Innovation 1000: Navigating the Digital Future. Booz & Company's annual study of R&D spending. pp. 34, 36, 42. [Online: PDF document] Available from: http://www.strategyand.pwc.com/media/file/Strategyand_2013-Global-Innovation-1000-Study-Navigating-the-Digital-Future.pdf [Accessed 4th August 2014].

²World Intellectual Property Organization (2009) What is Intellectual Property? pp. 2-3. Geneva: World Intellectual Property Organization (WIPO). PublicationNo. 450(E). ISBN 978-92-805-1555-0 [Online: PDF document] Available from: http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf [Accessed 4th August 2014].

IP rights and protect them by different legal means. Modern IP laws provide for different types of IP, including but not limited to, copyrights, trademarks, know-hows, and the most prominent – patents.

Both national and international laws have extensive lists of the rights and protection mechanisms vested in patents thus making them the most reliable type of IP.³ As a matter of fact, there are a lot of discussions if patents genuinely protect IP rights. It does provide certain benefits, including some level of protection, but to a limited extent only.

A patent is a type of IP that is protected by laws and is subject to a registration process ensuring relevant rights. As defined by Oxford Dictionaries, patent is 'a government authority or license conferring a right or title for a set period, especially the sole right to exclude others from making, using, or selling an invention'.⁴ This definition highlights the major features of patents as a mechanism that protects a creator of a technical invention. It is a legal territorial right which enables the owner to stop or prevent someone else making use of an invention without permission.⁵

HISTORY

Since ancient times, people have tried to protect inventions. In certain forms, patents were known in ancient Greece, the Roman Empire and other ancient civilisations.⁶ Early European patents date back to the first half of the 15th century.⁷ Britain is said to be the first country to introduce and continue the tradition of patenting by giving certain privileges to manufacturers and traders.⁸ According to one of the

³Intellectual Property Office. (2014) History of patents. IPO. [Online] Available from: <http://www.ipo.gov.uk/p-history.htm> [Accessed 4th August 2014].

⁴Oxford Dictionaries. (2014) Patent. [Online] Available from: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/patent> [Accessed 5th August 2014].

⁵Great Britain. The Patents Act 1977: Elizabeth II. Chapter 37. As amended. (2011) London, The Stationery Office. [Online] Available from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/37> [Accessed 13th August 2014].

⁶Craig A. N. (25 October 2013) The Law of Patents, Third Edition. ISBN: 9781454831501. Aspen Publishers. History and Architecture of the Patent System. pp. 5-7. [Online PDF extract of Chapter 1] Available from: <http://www.aspenpublishers.com/%5CApenUI%5CSampleChaptersPDF%5C660.pdf> [Accessed 8th August 2014].

⁷Frumkin, M. (March, 1945) The origin of Patents. Journal of the Patent Office Society 27 (3). Compiler Press. Intellectual & cultural property in the Global Village. p. 143. [Online extract, pp 143-149] Available from: <http://www.compilerpress.ca/Library/Frumkin%20Origin%20of%20Patents%20JPOS%201945.htm> [Accessed 9th August 2014].

⁸Intellectual Property Office. (July 2014a) Part I: New domestic law. Patentability.

sources, the first patent comes from the time of King Henry VI, who granted a 20-year patent to John of Shiedame in 1440 for his method of manufacturing salt on a scale, which had not been known before in the kingdom.⁹

One of the most notable advocates for the development of patent law fundamentals was the third president of the USA and the well-known inventor, Thomas Jefferson (1743-1826). He supported the idea of the limitation of patents to a certain period of time and also introduced an examination procedure, i.e. the employment of relevant industry experts in the early stages of the registration process.¹⁰

Today, the legislation in the IP sphere is quite unified across the globe. Current UK and international laws still use the traditional approaches to patents. After the creation of The United Nations agency World Intellectual Property Organisation (WIPO) in 1967,¹¹ 187 member states accepted an international application process. This was set forth in the Patent Cooperation Treaty (PCT) that was concluded by member states in 1970.¹² According to the PCT, patent registration process is administered by relevant national agencies such as the Intellectual Property Office (IPO) in the UK.

ADVANTAGES

Modern legislation defines patents as the strongest tool in protecting rights of an inventor. It regulates all the aspects of their application, maintenance, protection, enforcement and termination.

Firstly, by definition, IP is a form of property that appears on the balance sheet of a company along with the other assets. It increases the value of the company, but it also boosts the bargaining power of the patent owner. Some major companies purchase smaller ones only for the sake of their patents, giving significant profits to the owners and inventors. For example Apple, in a later purchase, paid \$750,000 for each Nortel patent, setting the new record and informal market price of the patents.¹³

Patents give a monopoly to the holder of the patented technology. It allows gaining exclusivity in the market over the new product or process, allowing for a strong market position and additional profits. For instance, Pfizer's profits from Lipitor sales in 2011 exceeded \$10 billion making up \$130 billion in total sales during its patent life.¹⁴

In addition, Patents may generate additional profit though licensing, i.e. one company pays fees to another for using a technology, ensures that the holder of the patent enjoys long-lasting and stable income. Normally these fees may be paid in royalties, which vary between 2-10 percent of the profits associated with using the patented technology, or

pp. 13, 16. [Online PDF document] Available from: <http://www.ipo.gov.uk/practice-sec-001.pdf> [Accessed 9th August 2014].

⁹Hulme, W. E. (1896) The History of the Patent System under the Prerogative and at Common Law. pp. 141-154. [Online: Extract from The Law Quarterly Review] Available from: <http://www.myoutbox.net/pohulme.htm> [Accessed 6th August 2014].

¹⁰TerWal, A. (2014) Capturing value from innovation. [Lecture] Imperial College London, 27 January.

¹¹Stockholm. Convention Establishing the World Intellectual Property Organisation. (14 July 1967) As amended 28 September 1979. [Online] Available from: http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283854 [Accessed 5th August 2014].

¹²Washington. Patent Cooperation Treaty. (19 June 1970) As in force from 1 April 2002. [Online] Available from: <http://www.wipo.int/pct/en/texts/articles/atoc.htm> [Accessed 5th August 2014].

¹³Auvinen, S. T. (Winter 2012) 750K\$ / Patent. Patent points. p. 1. [Online: PDF document] Available from: <http://gpatent.nfshost.com/Winter12.pdf> [Accessed 6th August 2014].

¹⁴Stone, K. (2011) Top Branded Drug Sales for 2011. About.com. Pharma. [Online] Available from: http://pharma.about.com/od/Sales_and_Marketing/tp/Top-Branded-Drug-Sales-For-2011.htm [Accessed 6th August 2014].

in an agreed lump sum.¹⁵ Both options may make considerable money to the owners, such as to Nokia, which gets around \$600 million in royalties for licensing out its IP every year.¹⁶

Most recently, patents are used as blocking mechanisms to protect the firm's market position or to intervene in new markets. The latest statistics show that big companies have enormous portfolios of patents. It may seem to be the result of successful R&D investments, but the true reason is to either capture the existing market, or enter a new one. Samsung is the most active in enlarging its patent portfolio with 450 applications in 2013.¹⁷ The reasonable assumption of these measures being taken by Samsung is its patent wars with Apple, which are not yet active in the UK. This is because there was only one dispute concerning registered design between the two of them and that was won by Samsung.¹⁸

PRACTICAL PROBLEMS

The most common issues that prevent patents from being a truly effective tool can be divided into five major categories. These include global registration process, costs, timing, legal requirements and disclosure as a separate requisite. There are a number of problems associated with each of these categories as described below.

Global Patent Registration Process

A patent is a territorial right, which is granted by national authority. Despite the possibility of international registration, global patents, as such, simply do not exist.

International registration process is similar in different countries, because they apply the same principles set forth in PCT. In order to get patents, one needs to comply with the registration procedure in every country of interest. Even though it can be done via one national authority, it is significant that every country takes a decision independently. Alternatively, in Europe the application can be filed with the European Patent Office (EPO). European patents have the same force as national patents in all European countries.

Sometimes, this territorial division allows using patents as a mechanism to limit the competition.¹⁹ For example, rich companies can block the development of smaller ones by extending their patent portfolios. Such is the case with IBM. As their former vice president Marshall Phelps admitted, they use their patents not only to generate direct profit, but also to create obstacles for competitors, and 'delve into new territory'.²⁰

¹⁵Bellis, M. (2014) Should I License or Should I Assign My Patent? The differences between the licensing and the assignment of a patent. About.com Inventors. [Online] Available from: <http://inventors.about.com/od/fundinglicensingmarketing/a/Licensing-Vs-Assignment.htm> [Accessed 6th August 2014].

¹⁶Forbes Contribution Team (9 May 2013) Nokia Unlocks Significant Value With Microsoft Deal. Forbes. [Online] Available from: <http://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2013/09/05/nokia-unlocks-significant-value-with-microsoft-deal/> [Accessed 11th August 2014].

¹⁷Intellectual Property Office. (March 2013) Graphene. The worldwide patent landscape in 2013. p. 1. [Online: PDF document] Available from: <http://www.ipo.gov.uk/informatics-graphene-2013.pdf> [Accessed 4th August 2014].

¹⁸Chelle, K. (9 July 2013) Samsung Wins U.K. Apple Ruling Over 'Not As Cool' Galaxy Tab. Bloomberg. [Online] Available from: <http://www.bloomberg.com/news/2012-07-09/samsung-wins-u-k-apple-ruling-over-not-as-cool-galaxy-tablet.html> [Accessed 4th August 2014].

¹⁹Distefano, L. (2014) Software, Patents. [Seminar] Keltie LLP, 16 June.

²⁰Bolipata, K. (12 May 2011) Investing in the future of IP. Managing Intellectual Property. [Online] Available from: [http://www.managingip.com/Article/2823940/Search/Investing-in-the-future-of-IP.html?Home=true&OrderType=1&Keywords=IBM+patents&PartialFields=\(CATEGORYIDS%3a11400\)&Brand=Patents&PageM ove=3](http://www.managingip.com/Article/2823940/Search/Investing-in-the-future-of-IP.html?Home=true&OrderType=1&Keywords=IBM+patents&PartialFields=(CATEGORYIDS%3a11400)&Brand=Patents&PageM ove=3) [Accessed 4th August 2014].



The registration rules are unified, but the process is still highly subjective as it is performed by people. Patent attorneys in the UK have informal statistics that the UK IPO is one of the toughest agencies to get a patent from, so they advise to file application with EPO instead. The US patent and trademark office is regarded as the easiest one.²¹

Inequality arises not only in registration, but also during protection and enforcement stages. The same IP laws work differently in different countries.²² National governments may be favourable to the domestic companies in controversial situations, which is the case that happened in 2008 in Italy, where the Torino court ruled that there was no infringement of the BMW X5 design patent by Chinese car manufacturer Shuanghuan with its CEO, even though similarities in the design of the two cars were obvious.²³

COSTS

Before applying for the patent registration, one should consider all the related costs. Patents are very expensive at all the stages of registration, maintenance and enforcement. Normally, this comprehensive process is done with the help of patent attorneys, whose fees in London vary dramatically and form a noticeable part of the total costs. Typical registration expenses include drafting an application, filing costs, translations, and other costs associated with prosecuting. Patents are further associated with post filing costs, such as search, examination and renewal fees, as well as hidden costs.²⁴

It is impossible to calculate an exact figure, but the practice shows that a PCT international application normally costs about £7,000 – 9,000 for the first 5 years. Renewal fees will then depend on a number of countries where the patent is granted and will amount up to £4,500 per year in every country.²⁵

In the pharmaceutical industry for example, bringing a new product to the market costs \$800-900 million and takes 8-12 years.²⁶ Nevertheless, it is justified,

considering that in 2009 Pfizer made \$1.89 billion from Viagra sales only.²⁷

TIME FRAMES

There are two major factors determining the limitations of patents: time required to get the patent and the term of the patent itself.

UK patent applications normally take between 2-5 years. Particularly complicated cases could take longer.²⁸ In many countries a mechanism exists for speeding up the process, but it also brings forward costs. In these situations, an inventor may wish to focus on other protection tools, such as brand value. For example, WimObouter the creator of micro-scooters wanted to take his invention public but did not have enough time and money to apply for a patent. Instead, he decided to build a strong brand using marketing tools and thereby get his market share.²⁹

In theory, one can use a device or invention after the patent application form is filed, but before the patent is granted. This is less secure for a number of reasons. However, even professionals can make "mere small or technical mistakes".³⁰ Moreover, sometimes registration process requires additional time-consuming approvals from different commissions and/or authorities before an invention can be used.

Patents are granted for a maximum of 20 years from the moment of application. However, initially it is valid for 5 years. After this period, renewal fees must be paid on a regular basis. When the patent expires, anyone can use the technology without any limitations. In business practice, this is not a long period, considering the lengthy application process.

Moreover, it takes time before an inventor (e.g. a manufacturer) can sell considerable volumes. If it is a new company or product, it requires establishment of a strong brand name, recognition and consumers' loyalty to maintain sales levels. It often takes years to create the right image of the company or product.³¹

Therefore, as the practices of Coca-Cola, Saran wrap or Listerine show, sometimes keeping essential knowledge secret can generate more profit over a longer period.

their-IP-rights.html?Home=true&OrderType=1&Keywords=combination+of+patent%2c+copyright&Brand=Site&tabSelected=True&PageMove=10 [Accessed 7th August 2014].

²⁷Morran, C. (28 July 2010) Kiddle Viagra Could Earn Patent Extension For Pfizer. Consumerist. [Online] Available from: <http://consumerist.com/2010/07/28/pfizers-kiddle-viagra-could-earn-company-patent-extension/> [Accessed 7th August 2014].

²⁸Sadique, A. (2014) Intellectual Property. London Technology Week. Brand Management. [Seminar] Keltie LLP, 16 June.

²⁹TerWal, A. (2014) Managing creativity. [Lecture] Imperial College London, 03 February.

³⁰Richardson, M. (2014) R&D tax credits, Patent Box. [Seminar] Keltie LLP, 16 June.

³¹Aquino, J. (10 February 2011) The 10 Most Successful Rebranding Campaigns Ever. Business Insider. [Online] Available from: <http://www.businessinsider.com/10-most-successful-rebranding-campaigns-2011-2?op=1> [Accessed 7th August 2014].

Secrets could be kept forever, thus guaranteeing stronger and longer IP protection than patents.³² Similar to patents, trade secrets can be licenced out using different types of confidentiality agreements to generate profits.

REQUIREMENTS

In order to get a patent, the invention must be patentable, i.e. meet all the legally established criteria. Modern IP laws set three requirements, which must be complied with: it needs to be novel, inventive and have industrial applicability.³³ The first two steps are judged with respect to prior known systems, products or methods – the 'prior art'.³⁴ Each of these criteria has hidden obstacles and uncertainties, which prevent an inventor from getting genuine protection through patents.

NOVELTY

Experts therefore, must determine if an invention has achieved a certain level of novelty to be patentable. National patent offices cannot get rid of the so-called human factor, where a human employee may mistakenly decide on novelty or overlook a relevant prior art or a similar invention that was long ago.

To establish their market positions and get access to the IP protection, many modern companies use an "invention around" method. They take an existing patented device and try to figure out how this device can be changed. Then they introduce relevant changes that are sufficient to be patented as a new invention.

Common practice indicates that an expert uses only his or her personal judgments to decide whether it has met the criterion of novelty.

Therefore, an inventor can never be sure if his or her invention can in fact be stolen with minor changes. Such problems frequently occur with design patents.³⁵ To be declared as an infringement, the copy must be "substantially identical in the eyes of an ordinary observer".³⁶ Courts are not very straightforward in determining the line where an infringement starts.

INVENTION

The inventive step means that the technology claimed to be patented should not be obvious to a skilled person and should not be based on any disclosures that are already known in the technical field in question.³⁷ For instance, in 2010 the Korean Supreme court made requirements for drugs tougher, thus taking the first steps towards explaining innovation criterion. Now a new drug cannot be patented if it is based on a combination of two or more different drugs known

³²Leung, P. (24 May 2013) Show it in a patent, or lock it in a safe? Managing Intellectual Property. [Online] Available from: <http://www.managingip.com/Article/3210308/Search/Show-it-in-a-patent-or-lock-it-in-a-safe.html?Keywords=coca+cola+secret&Brand=Site> [Accessed 10th August 2014].

³³Great Britain. The Patents Act 1977: Elizabeth II. Chapter 37. As amended. (2011) London, The Stationery Office. [Online] Available from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/37> [Accessed 13th August 2014].

³⁴Kounoupas, N. (2014) Licensing Intellectual Property [Seminar] DMH Stallard LLP, 16 June.

³⁵Kolsun, B., Fowler, C., Auslander, R. & Sisun, S. (26 September 2011) How do I protect my fashion designs? Managing Intellectual Property. [Online] Available from: <http://www.managingip.com/Article/2906968/Search/How-do-I-protect-my-fashion-designs.html?Home=true&OrderType=1&Keywords=combination+of+patent%2c+copyright&Brand=Site&tabSelected=True&PageMove=4> [Accessed 8th August 2014].

³⁶Kounoupas, N. (2014) Licensing Intellectual Property [Seminar] DMH Stallard LLP, 16 June.

³⁷Sadique, A. (2014) Intellectual Property. London Technology Week. Brand Management. [Seminar] Keltie LLP, 16 June.

before.³⁸ It was definitely a progressive step towards unifying these terms, however, these restrictions are found only in the pharmaceutical sphere.

Sometimes situations surrounding inventions lead to rather awkward circumstances. One of them is the simultaneous existence of original and improved patents. RAID memory storage system is a good example of original and improved patents. There are many variations of this system patented in the USA.³⁹ Almost all of them are based on one another. Original and improved patents are often owned by different companies. As they cannot benefit without each other, these companies tend to resort to cross licensing to use each other's patents, forming a so-called patent pool,⁴⁰ for example, cross licensing was a part of agreement to settle IP dispute between them and Sun Microsystems.

INDUSTRIAL APPLICABILITY

An invention must be capable of use in industry. In essence, it means that any invention may be patented based on this criterion, including rather trivial ones.⁴¹ Does the ball in Guinness beer can genuinely improve the serving of the beer? Alternatively, it may just take some space in the can to save money for the manufacturer. These types of questions do not have a single answer and depend on personal judgments as with many other issues in the patent registration system.

In conclusion, the total number of applications has surged over the last years.⁴² This makes it harder for experts to examine all of them thoroughly and does not exclude the so-called human factor where a person can miss something important.⁴⁴

DISCLOSURE

Patents grant a monopoly for using an invention in return for the disclosure of information about the technology. The disclosure must be sufficient for a specialist in the field to understand how it works.⁴⁵ Even though one must describe the technology in the application, it should be kept secret before filing. This is to comply with the innovation

³⁸Kim, U. H. & Jung, Y. S. (01 December 2010) Stricter standards for pharmaceuticals. Managing Intellectual Property. [Online] Available from: <http://www.managingip.com/Article/2740032/Search/Stricter-standards-for-pharmaceuticals.html?Home=true&OrderType=1&Keywords=combination+of+patent%2c+copyright&Brand=Site&tabSelected=True&PageMove=6> [Accessed 6th August 2014].

³⁹Lary, R. F. (1994) System and method for calculating RAID 6 check codes. United States Patent and Trademark Office. US 5499253 A (Patent); Bonwick, J. S. (2012) Method and system for multi-dimensional raid. United States Patent and Trademark Office. US 8316260 B1 (Patent); Bonwick, J. S. & More, W. H. (2012) Storage system with incremental multi-dimensional RAID. United States Patent and Trademark Office. US 8341342 B1 (Patent).

⁴⁰U.S. Department of Justice & the Federal Trade Commission (6 April 1995) Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. Sec. 5.5. [Online] Available from: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm#t55> [Accessed 6th August 2014].

⁴¹Forage, A. J. & Byrne, W. J. (1989) A beverage package and a method of packaging a beverage containing gas in solution. UK Intellectual Property Office. GB2183592 (Patent).

⁴²Duk. (20 October 2014) Guinness floating widget picture uploaded by Wikipedia user. [Online] Available from: [http://en.wikipedia.org/wiki/File:Widget_\(beer\)#mediaviewer/File:Widget_Guinness.jpg](http://en.wikipedia.org/wiki/File:Widget_(beer)#mediaviewer/File:Widget_Guinness.jpg) [Accessed 9th August 2014].

⁴³Intellectual Property Office. (March 2013) Graphene. The worldwide patent landscape in 2013. p. 1. [Online: PDF document] Available from: <http://www.ipo.gov.uk/informatics-graphene-2013.pdf> [Accessed 4th August 2014].

⁴⁴Vigrass, L. (6 September, 2007) A patent improvement. The Economist. [Online] Available from: <http://www.economist.com/node/9719020> [Accessed 28th July 2014].

⁴⁵Sadique, A. (2014) Intellectual Property. London Technology Week. Brand Management. [Seminar] Keltie LLP, 16 June.



requirement, which forbids any publications prior to application.

Moreover, patenting is a business decision. It depends on the trade-off between getting strong protection, and keeping your know-how secret.⁴⁶

The problem of disclosure has two major issues. Firstly, the question is where the level of sufficiency for an expert in the field is or, in other words, how much does a person or a company need to explain to get a patent?

The second question is whether a company is willing to disclose any information, or if it is better to keep it a trade secret as Coca-Cola does with its syrup formula.⁴⁷ Research shows that 24 percent of companies which conduct R&D claim product innovations, but only 4 percent of them patent.^{48,49} However, sometimes it is not a good solution because a reasonable and skilled man can understand how a certain device works merely by using it. This method of IP espionage is called "reverse engineering".

In conclusion, managing IP is an essential part of business strategy which requires deep understanding of the company's aims, values and priorities.⁵⁰ It is not an easy decision to patent a certain invention. Such a decision is a complex one as it requires detailed estimation of costs, including time and money to be spent.

⁴⁶Helmets, C. (2013) The Economics of Trade Secrecy. pp. 8, 17, 18. [Online lecture slides of 11 June] Available from: http://ec.europa.eu/internal_market/economic_analysis/docs/presentations/130611_christian-helmets_en.pdf [Accessed 9th August 2014].

⁴⁷Moser, P. (15 April 2011) Innovation Without Patents - Evidence from the World Fairs. pp. 1, 2, 19. [Online: PDF document] Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=930241 [Accessed 11th August 2014].

⁴⁸Hall, B., Helmers, C., Rogers, M. & Sena, V. (February 2012) The importance (or not) of patents to UK firms. pp. 2, 3, 10. [Online: PDF document] Available from: http://funginstitute.berkeley.edu/sites/default/files/HHRS12_UK_patenting.pdf [Accessed 9th August 2014].

⁴⁹Moser, P. (August 2007) Why don't inventors Patent. pp. 1-6. [Online: PDF document] Available from: <http://www.tradesecretsblog.info/w13294.pdf> [Accessed 11th August 2014].

⁵⁰Bodoni, S. (1 March 2005) How an IP policy can help your company grow. Managing Intellectual Property. [Online] Available from: <http://www.managingip.com/Article/1255156/Search/How-an-IP-policy-can-help-your-company-grow.html?Home=true&OrderType=1&Keywords=combination+of+patent%2c+copyright&Brand=Site&tabSelected=True&PageMove=17> [Accessed 9th August 2014].

О.Е. Будяков: Халықаралық патенттеу зияткерлік меншік құқықтарын кәдеге жарату механизмдерінің бірі ретінде.

Мақалада Біріккен Королдіктің патенттік жүйесінің әр түрлі аспектілері, халықаралық патенттеудің және патенттерді құқықтық қорғаудың мәселелері ашып көрсетілген. Патенттер зияткерлік меншікті (ЗМ) қорғаудың ең сенімді және тиімді құралы ретінде қарастырылған. Сонымен қатар, теориялық тәсілдерді пайдалану, қолданылатын құқық, тарихи ақпараттар, сондай-ақ тәжірибедегі мысалдар сияқты барлық артықшылықтарға қарамастан, патенттер авторлар мен патент иелерінің құқықтарын лайықты дәрежеде қорғай алмайды. Жүргізілген зерттеулердің қорытындысы бойынша, автор патенттермен қорғалған құқықтарды кәдеге асырудың соңғы кезде анықталған проблемаларын шешудің тәсілдерін ұсынады.

Ключевые слова: Біріккен Королдіктің патенттік жүйесі, халықаралық патенттеу, патент, зияткерлік меншік, айрықша құқық, өнертабыс, зияткерлік қызметтің нәтижесі, авторлар, патент иелері, патенттік құқықтарды кәдеге жарату.

О.Е. Будяков: Международное патентование как один из механизмов распоряжения правами интеллектуальной собственности.

В статье раскрываются различные аспекты патентной системы Соединенного Королевства, международного патентования и вопросы правовой защиты патентов. Патенты рассматриваются как наиболее надежный и эффективный инструмент защиты интеллектуальной собственности (ИС). Вместе с тем, используя теоретический подход, применимое законодательство, исторические сведения, а также примеры из практики, доказываются, что несмотря на все преимущества, патенты не могут в должной степени защитить права авторов и патентовладельцев. По результатам проведенного исследования автор предлагает возможные способы решения выявившихся в последнее время проблем распоряжения правами, защищенных патентами.

Ключевые слова: Патентная система Соединенного Королевства, международное патентование, патент, интеллектуальная собственность, исключительное право, изобретение, результат интеллектуальной деятельности, авторы, патентовладельцы, распоряжение патентными правами.

НОВЫЕ КНИГИ



Библиотека земельного права. Международно-правовые аспекты использования и аренды земли в Республике Казахстан / под ред. Б.Ж. Әбдірайым. Выпуск № 10. Караганды: РИО «Болашақ-Баспа», 2016 г. – 78 с. ISBN 978-601-301-804-1

Авторский коллектив: Әбдірайым Б. Ж., д.ю.н., профессор; Абайдильдинов Е. М., д.ю.н., профессор; Акшалава Р. Д.; Илебаев Ле. К. доктор PhD; Куликпаева М. Ж., доктор PhD; Сарсенова С. Н., к.ю.н.

Данное периодическое издание посвящено анализу международно-правовых аспектов использования и аренды земли в Республике Казахстан.

В работе представлен анализ зарубежной практики, нормы международного права и стандарты ООН и ФАО в области землепользования и содействия устойчивому аграрному развитию. Проанализировано международное экологическое право в сфере использования земель, в частности международно-правовое регулирование борьбы с опустыниванием земель, устойчивое развитие и сельское хозяйство, законодательство стран СНГ по экологическим вопросам сельского хозяйства. Рассмотрен порядок и условия аренды Российской Федерацией комплекса «Байконур», изучены вопросы обеспечения экологической безопасности и вопросы возмещения вреда на комплексе «Байконур».

ОБРАБОТКА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ БЕЗ СОГЛАСИЯ СУБЪЕКТА:

ПРАКТИКА ОБЕСПЕЧЕНИЯ НАРУШЕННЫХ ПРАВ (НА ПРИМЕРЕ КАЗАХСТАНА И ВЕЛИКОБРИТАНИИ)



О. В. ЛОЗОВАЯ, старший преподаватель кафедры международного права Университета КАЗГУУ, докторант Ph.D

Статья посвящена исследованию проблемных аспектов, возникающих при обработке персональных данных гражданина без его согласия, а также защите прав такого индивида, если обработка все-таки являлась незаконной. Проанализированы правовые положения о системе защиты персональных данных в Республике Казахстан и Великобритании. Проведенный анализ дает основания полагать, что граждане Великобритании сегодня обладают более широким набором инструментов и способов, которыми они могут обеспечить свое право на защиту персональных данных. Представлены рекомендации по развитию института защиты данных в Республике Казахстан.

Ключевые слова: персональные данные, частная жизнь, неприкосновенность, нарушение прав, права человека, Республика Казахстан, Великобритания, Европейский Союз, международное право, защита прав человека.

ВВЕДЕНИЕ

Сегодня в Республике Казахстан защита персональных данных приобретает особое значение. Это положение определяется тем, что с одной стороны, в Республике прилагаются усилия по созданию законодательства в данной сфере, однако существующий уровень все-таки недостаточен. Большинство процессов формализовано, общество недостаточно информировано о своих правах и возможностях защиты данных. Кроме того, большой проблемой являются исключения из норм о защите персональных данных, когда такая информация может раскрываться и обрабатываться без согласия субъекта данных.

Настоящая статья посвящена исследованию пределов ограничения права на защиту данных, а также способам защиты нарушенного права. Для сравнения рассмотрен опыт Великобритании, в которой вопросы защиты прав человека реализуются на уровне законодательства еще с 1984 года. Будут рассмотрены понятия обработки персональных данных и «согласие» на обработку персональных данных, критерии «согласия», а также основания, когда данные могут быть обработаны (собраны, проанализированы или даже раскрыты) без такового согласия. Важнейшим и завершающим разделом станет анализ инструментов эффективной защиты рассматриваемого права граждан на национальном и международном уровне как в Республике Казахстан, так и в Великобритании.

ПОНЯТИЕ ОБРАБОТКИ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ

Обработка персональных данных понимается по-разному как в сфере нормотворчества разных государств, так и в научных работах ученых. Для примера в Директиве 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 24 октября 1995 г. о защите прав частных лиц применительно к обработке персональных данных и о свободном движении таких данных (*далее – Директива*) указано: обработка означает любую операцию или набор операций, выполняемых над персональными данными, как автоматическими средствами, так и без таковых, такие как сбор, запись, организация, хранение, актуализация или изменение, извлечение, консультирование, использование, раскрытие посредством передачи, распространения или предоставления иного доступа, группировка, блокирование, стирание или разрушение. Закон Республики Казахстан «О персональных данных и их защите» (*далее – Закон*) дает не столь расширенное толкование понятия «обработки персональных данных»: обработка персональных данных – действия, направленные на накопление, хранение, изменение, дополнение, использование, распространение, обезличивание, блокирование и уничтожение персональных данных. Однако, в указанной статье Закона также рассмотрены понятия «блокирование», «накопление», «сбор», «уничтожение» и «обезличивание». С одной стороны, подробное раскрытие каждого действия, которое понимается как «обработка» является необходимым и весьма удачным в законодательстве Республики Казахстан. Однако, считаем не вполне рациональным наличие закрытого списка таких действий. В данном ключе удачнее рассматривать это понятие с европейской точки зрения, где принципиальную роль играет определение «любое действие». Естественно, список действий не может быть ограниченным, с каждым днем количество субъектов, способных в какой-либо мере обрабатывать персональные данные систематически растет.

Такого же мнения придерживается профессор Туринского Университета Уго Пагалло, который утверждает, что «сегодня обработка ведется не только крупными акторами, но и небольшими сетевыми приложениями, облачными хранилищами и тому подобными программами».¹

Таким образом, стоит принять общую формулировку, что «обра-

¹Pagallo U. Robots in the cloud with privacy: A new threat to data protection? // Computer law & Security Review, № 29, 2013. P. 502.

ботка персональных данных» представляет собой любую операцию, которая совершается с персональными данными, начиная с момента их сбора и до момента уничтожения.

ПОНЯТИЕ СОГЛАСИЯ НА ОБРАБОТКУ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ И СПОСОБЫ ЕГО ВЫРАЖЕНИЯ

Что касается определения, что же такое «согласие» на обработку персональных данных и каким образом оно получается, то следует отметить глубокий интерес к данному понятию со стороны научного сообщества.

По общему правилу лицо вправе давать или не давать согласие на обработку своих персональных данных тому или иному оператору. Субъект персональных данных имеет также право свое согласие отозвать.² Следовательно, наличие согласия является краеугольным камнем в определении легитимности работы с персональными данными в принципе.

В Законе Республики Казахстан нет определения понятия согласия на сбор и обработку персональных данных, однако удачно разработана статья, касающаяся предоставления и отзыва согласия на обработку данных. В частности, установлено, что субъект дает или отзывает свое согласие в письменной форме или путем подачи электронного документа. Позднее в статью 8 Закона был добавлен пункт о том, что дача согласия в портале электронного правительства также возможна через sms-подтверждение.³

Менее удачной является формулировка в Директиве 95/46/ЕС: «согласие субъекта данных» означает любое свободно данное конкретное и сознательное указание о своей воле, которым субъект данных оповещает о своем согласии на обработку касающихся его персональных данных.⁴ Из указанного определения следует, что согласие может быть устным. Думается, что такое положение не является идеальным. Получение устного согласия достаточно сложно доказать или опровергнуть в случае возникновения спора. Кроме того, насколько контролер, работающий с данными, может быть уверен в действительном понимании субъектом данных всех рисков процесса обработки его данных? В случае же письменного или иного защищенного согласия субъект берет на себя ответственность за полноценное осознание тех пунктов об обработке его персональных данных, которые указаны в подписываемом документе.

Эдгар Уитли утверждает, что основной характеристикой согласия является информированность, иначе можно утверждать, что согласие не имеет смысла, так как индивид не достаточно осведомлен о том, на что такое согласие дается. Таким образом еще раз подтверждается тезис о том, что письменное согласие может быть наиболее эффективным, так как в таком случае можно точно утверждать, была ли информированность достаточной для утверждения, что субъект понимает предупреждения обо всех манипуляциях с информацией о нем.⁵

²Петрыкина Н.И. Правовое регулирование оборота персональных данных. Теория и практика. М.: «Статус», 2011. С. 28.

³Ст. 8, п. 1 Закона Республики Казахстан от 21 мая 2013 года № 94-V «О персональных данных и их защите». http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31396226#pos=134;231 (03.10.2016 г.).

⁴Ст. 2, п. h Директивы 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 24 октября 1995 года о защите прав частных лиц применительно к обработке персональных данных и о свободном движении таких данных. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A114012> (03.10.2016 г.).

⁵Whitley E.A. Informational privacy, consent and the “control” of personal data // Computer law & Security Review, №14, 2009. P. 157.

Если обратиться к практике Российской Федерации, то стоит обратить внимание на мнение видного ученого в сфере защиты персональных данных Д.А. Скрипника, который утверждает, что «оператор персональных данных обязан предоставить доказательство получения согласия субъекта персональных данных на обработку его персональных данных, а в случае обработки общедоступных персональных данных на него возлагается обязанность доказать, что обрабатываемые персональные данные являются общедоступными».⁶ Данный тезис является еще одним доказательством того, что письменное согласие на обработку данных является более эффективным инструментом в данных правоотношениях.

Для еще более надежной защиты права субъекта данных на безопасность их обработки, стоит обратить внимание на практику Испании. Данное государство не только исполняет общие минимальные европейские требования по защите данных, но и усиливает их положения. Например, важно, что если процедура получения согласия субъекта данных соблюдена, контроллер данных, тем не менее, не может использовать их снова для подобной обработки и для тех же целей, если с момента получения согласия прошло более одного года.⁷ Видится логичным включение подобной нормы в законодательство государств, которые стремятся совершенствовать свою систему защиты прав человека в рассматриваемом секторе.

Таким образом, можно сделать следующие выводы:

- согласие субъекта персональных данных – это волеизъявление субъекта в письменной форме, которым субъект данных выражает разрешение на обработку его персональных данных;
- письменная форма согласия является единственно верной и эффективной в целях обеспечения информированности субъекта, а также возможности удостовериться в том, что согласие было действительно получено контролером;
- субъект данных имеет право как давать, так и не давать или отзывать свое согласие на обработку персональных данных. Данные, согласие на обработку которых не получено или отозвано, не могут подлежать обработке по общему правилу.

ОБРАБОТКА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ БЕЗ СОГЛАСИЯ СУБЪЕКТА

Сфера защиты персональных данных, как и любая другая, имеет ряд исключений. Ограничение права на защиту персональных данных может происходить по ряду причин, которые будут более подробно рассмотрены ниже. Однако уже сейчас стоит отметить, что многие основания для ограничения этого права носят достаточно широкий или оценочный характер. Ущемление этого права происходит параллельно с обеспечением какого-либо другого права зачастую другого субъекта. Таким образом, всегда возникает правовая коллизия, которая должна в итоге разрешаться правоприменителем или судом в случае возникновения спора.

Юридическим основанием для такого ограничения должен быть реальный конфликт частного интереса сохранения тайны неприкосновенности частной жизни и более значимых публичных интересов государственной безопасности, общественной безопасности (общественного спокойствия), экономической безопасности госу-

⁶Скрипник Д.А. Обеспечение безопасности персональных данных. Курс лекций. С. 14. <http://www.twirpx.com/file/637521/> (03.10.2016 г.).

⁷Vilasau M. Legal grounds to process personal data under Spanish legislation after the ECJ Judgment of 24 November 2011 (the ASNEF and FECEDM case) // Computer law & Security Review, № 28, 2012. С. 42.

дарства (экономического благосостояния страны), предотвращения беспорядков, предотвращения преступлений, охраны здоровья или нравственности, защиты прав и свобод других лиц.⁸ Таким образом, задачей законодателя должно было стать формирование единого подхода к отграничению того круга правовых отношений, защита которых стояла бы выше защиты персональных данных.

Вместе с тем «применять исключения необходимо с «должной степенью осмотрительности», так как на оператора возлагается обязанность доказывания того, что обрабатываемые персональные данные являются общедоступными».⁹

Стоит обратиться к тем основным основаниям обработки данных без согласия субъекта, которые вызывают сомнения при их применении.

Обработка персональных данных без согласия субъекта в случаях осуществления деятельности правоохранительных органов и судов.¹⁰

Данное положение по очередности поставлено законодателем на первое место и это неслучайно. В международной практике существует ряд прецедентов, когда в обеспечение справедливого и полного судебного разбирательства раскрывались персональные данные.

Для наглядного рассмотрения такого положения мы обратились к практике Европейского Суда по правам человека, который неоднократно сталкивался с подобной проблемой. Стоит рассмотреть дело *К.Ю. против Финляндии* (Постановление от 2 декабря 2008 г.).¹¹

В 1999 г. неизвестное лицо поместило объявление сексуального характера на сайте знакомств в Интернете от имени заявителя, которому было двенадцать лет, и без его ведома. Объявление содержало информацию о возрасте, годе рождения и физических характеристиках заявителя и указывало, что он искал интимных отношений с женщиной. Оно также включало ссылку на страницу в Интернете, где можно было найти его фотографию и номер телефона. Заявитель узнал об объявлении, когда получил сообщение по электронной почте от мужчины, предлагавшего ему встретиться. Была подана жалоба в полицию, но поставщик услуг отказался раскрыть личность поместившего объявление человека, поскольку считал себя обязанным соблюдать правила о конфиденциальности.

⁸Лоскутов И.Ю. Альтернативный Национальный план действий в области прав человека в Республике Казахстанна 2015-2020 гг. Раздел 8: Право на частную жизнь и защиту персональных данных. <http://www.zakon.kz/4685815-pravona-chastnuju-zhizn-i-zashhitu.html> (14.09.2016 г.).

⁹Баймакова И., Новиков А., Рогачев А., Хыдыров А. Обеспечение защиты персональных данных. Методическое пособие. 3-е изд. М.: ООО «1С-Паблицинг». С. 88.

¹⁰П. 1, ст. 9 Закона Республики Казахстан от 21 мая 2013 года № 94-V «О персональных данных и их защите»

¹¹Решение Европейского Суда по правам человека. <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-89964#i=001-89964> (03.09.2016 г.).

Европейский Суд считал необходимым подчеркнуть воздействие на частную жизнь заявителя, учитывая потенциальную угрозу физическому и душевному благополучию заявителя и его беззащитный возраст. Таким образом, государство не выполнило обязательств по защите неприкосновенности частной жизни заявителя путем признания приоритета требования о конфиденциальности над физическим и душевным состоянием заявителя.

Невозможно представить мотивы логики, нравственности или права, которыми мог руководствоваться контролер данных в этом случае. При столкновении столь значимого личного интереса субъекта данных, учитывая его особую незащищенность как несовершеннолетнего лица, контролер должен был предпринять все возможные усилия по установлению, являются ли эти данные законными. Кроме того, при возникновении коллизии прав разных субъектов не стоит радикально или однобоко рассматривать приоритет одного из субъектов.

Обработка персональных данных без согласия субъекта в случаях осуществления государственной статистической деятельности и в случаях использования государственными органами персональных данных для статистических целей с обязательным условием их обезличивания.¹²

На наш взгляд вопросы статистики также особенно щепетильны. Например, возникает серьезный вопрос относительно национальности. Статистические данные о национальном составе государства чрезвычайно важны, на основании этого у государства появляется возможность наиболее эффективно защищать права представителей всех национальностей. Однако, как широко известно, в Республике Казахстан сегодня граждане не обязаны сообщать свою национальность включая этапы оформления паспорта и других документов. Таким образом, почему тот же гражданин должен сообщать свою национальность для целей статистики? С другой стороны, статистика, собранная с исключениями, будет отражать данные, не соответствующие реальности. На наш взгляд в данном контексте законодатель должен четко определить, каких именно данных касаются указанные вопросы статистики. Представляется, что при условии обеспечения полной анонимности, данные о национальности, все-таки, могут собираться и обрабатываться.

Обработка персональных данных без согласия субъекта в случаях защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина, если получение согласия субъекта или его законного представителя невозможно.¹³

¹²Пп. 2, 3 ст. 9 Закона Республики Казахстан от 21 мая 2013 года № 94-V «О персональных данных и их защите».

¹³П. 10, ст. 9 Закона Республики Казахстан от 21 мая 2013 года № 94-V «О персональных данных и их защите».



дан есть также возможность защитить свои права в независимом и беспристрастном органе.²⁴

Исходя из проведенного анализа можно выделить следующие положения:

– на сегодняшний день в Республике Казахстан существуют некоторые правовые инструменты для защиты прав, касающихся персональных данных граждан, однако, этих инструментов недостаточно для уверенного обеспечения данного права и эффективного рассмотрения возникающих споров. В частности: отсутствует специализированный орган по вопросам защиты данных; нет международного инструмента, направленного непосредственно на защиту данных, а не частной жизни, который бы распространял свое действие для Республики.

– полезным для рассмотрения является опыт Великобритании, граждане которой, опираясь на действующее право, могут обратиться с вопросами защиты именно персональных данных в следующие органы: Комиссариат по защите информации (ICO); Государственные суды; Суд Европейского Союза; Европейский Суд по правам человека.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Стоит подчеркнуть уже достаточно серьезную проделанную работу по обеспечению права на защиту персональных данных в Республике Казахстан в виде принятия Закона «О персональных данных и их защите», наделения соответствующими полномочиями Правительства и Прокуратуры. Однако все еще актуальны дополнения. Уточнения и развития требуют аспекты обработки данных без согласия субъекта, а также возникающие в связи с этим споры и способы защиты нарушенных прав.

По анализу и выводам в данной статье нами могут быть сформулированы некоторые предложения, рассмотренные на примере Великобритании, которые могли бы быть полезными в практике Республики Казахстан, а именно:

– подписание международного договора, касающегося непосредственно защиты персональных данных (Одним из примеров такого договора может быть Проект Конвенции о защите персональных данных для государств-участников ЕАЭС, разработанный в рамках диссертационного исследования на соискание степени Ph.D автором настоящей статьи);

– создание специализированного независимого органа по вопросам защиты персональных данных, в ведение которого входило бы как консультирование по возникающим вопросам, так и разрешение

споров с последующим контролем за исполнением решений;

– дальнейшее совершенствование законодательства Республики Казахстан, основанное на существующих и устоявшихся международных стандартах;

– осуществление политики по ликвидации правового нигилизма в сфере защиты данных среди населения, для создания прецедентной практики в судах Республики Казахстан относительно толкования некоторых положений Закона.

О.В. Лозовая: Субъектінің келісімінсіз жеке мәліметтерді өңдеу: бұзылған құқықтарды қамтамасыз етудің тәжірибесі (Қазақстан Республикасы мен Ұлыбритания мысалында).

Мақала азаматтың жеке деректерін оның келісімінсіз өңдеу кезінде және осы өңдеу заңсыз жүргізілсе, азаматтың құқықтарын қорғауда туындайтын проблемалық аспектілерді зерттеуге арналған. Қазақстан Республикасы мен Ұлыбританияның жеке деректерді қорғау жүйелері туралы құқықтық ережелерге талдау жасалған. Жүргізілген талдау нәтижелері бойынша Ұлыбритания азаматтары өзінің жеке деректерін қорғауда құралдар мен әдістердің көбірек жиынтығын қолдана алатыны анықталды. Мақала соңында Қазақстан Республикасында жеке деректерді қорғау институтын дамытуға бағытталған ұсыныстар жасалған.

Түйінді сөздер: жеке деректер, жеке өмір, қолсұқпаушылық, құқықты бұзу, адам құқықтары, Қазақстан Республикасы, Ұлыбритания, еуропалық одақ, халықаралық құқық, адам құқықтарын қорғау.

O. Lozovaya: Processing of personal data without the consent of the subject: the practice of provision and restoration of violated rights (by the example of the Republic of Kazakhstan and the United Kingdom).

The article investigates the problematic areas encountered in the processing of personal data of citizen without his consent, as well as the protection of the rights of an individual, if the treatment is still illegal. The comparison of the provisions of the personal data protection system in the Republic of Kazakhstan and the UK is conducted for a more in depth analysis. The analysis gives a reason to believe that British citizens now have a broader set of tools and ways to protect their right of protection of personal data. At the end the article reflects main recommendations for the development of the institute of data protection in the Republic of Kazakhstan.

Keywords: personal data, privacy, integrity, violation of rights, human rights, Kazakhstan, United Kingdom, European Union, international law, human rights protection.

ТУМАН В СТЕПИ: О ПРАВЕ, ПРИМЕНИМОМ К ЧАСТНОПРАВОВЫМ ОТНОШЕНИЯМ В МЕЖДУНАРОДНОМ ФИНАНСОВОМ ЦЕНТРЕ «АСТАНА»*



Н. С. ЕШНИЯЗОВ,
старший преподаватель кафедры международного права
Университета КАЗГЮУ, магистр права

В результате анализа действующего права МФЦА, коллизионных норм права Республики Казахстан, Англии и Уэльса, а также опыта Дубайского международного финансового центра, автор обосновывает необходимость принятия акта МФЦА в области международного частного права. Также, автор предлагает некоторые общие рекомендации по разработке такого акта.

Ключевые слова: Международный финансовый центр «Астана» (МФЦА), частнопрововые отношения с иностранным элементом, конфликт законов, коллизионные нормы, международное частное право, право Англии и Уэльса, общее право, право Европейского Союза, Дубайский международный финансовый центр (ДМФЦ).

ВВЕДЕНИЕ

Прежде, чем приступить к непосредственной теме статьи, хотелось бы отметить, что автор в целом приветствует внедрение принципов common law на части территории Казахстана. По крайней мере, это интересный эксперимент. Рискнем предположить, что общее право более понятно и даже присуще правосознанию нашего народа, будучи по духу очень близким к казахскому обычному праву.

Несмотря на то, что обычное право было практически вытеснено шариатом, в свою очередь, замененным романо-германским правом, наши люди до сих пор не понимают, почему дарение – это договор, а не односторонняя сделка¹, и почему разрешены браки между дядей и племянницей.² Между тем, это наитие полностью совпадает³ с подходом английского права.⁴ Такие понятия, как trespass или estoppel, которые «ничего не говорят»⁵ континентальному юристу, составляют неотъемлемую часть modus

© Н. С. Ешниязов, 2016

*Все ссылки на источники в сети «Интернет» актуальны на 17.10.2016 г.

¹Ст. 506 Гражданского Кодекса Республики Казахстан.

²Дядя и племянница не являются «близкими родственниками», браки между которым запрещены ст. 11.3 Кодекса Республики Казахстан о браке (супружестве) и семье. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1100000518>

³«Английское понятие договора... не распространяется на дарение» - Давид Р. Правовые системы современности. § 297. URL: <http://www.lib.ru/PRAWO/gene.txt>.

⁴Браки с детьми братьев (сестер) и братьями (сестрами) редителей запрещены ст.1 Закона Соединенного Королевства о браке (Marriage Act 1949). URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/76/schedule/FIRST>

⁵Давид Р., op. cit., § 293.

vivendi et operandi степняка через моральные табу «ала жіптен аттамау» и «екі сөйлемей».

Несмотря на то, что Туманный Альбион и Великая Степь по расположению на глобусе являются антиподами, и с позиций географического детерминизма их правовые системы должны бы различаться кардинально, совпадения прослеживаются не только в мелочах, но и в системных институтах. И английскому, и казахскому обычному праву присущ приоритет прецедента перед кодификацией, дуализм права и справедливости (common law and equity). И там,⁶ и здесь для отправления правосудия необязательно иметь специальное образование; до 2005 г. высшей инстанцией по гражданским делам выступала Палата Лордов,⁷ а ведь аналогичную природу,⁸ состав⁹ и функции имел Совет Биев.

Автор видит объективную закономерность в совпадении духа правовых систем, созданных кочевниками суши и кочевниками моря. Как common law является общим правом Англии и Америки, Австралии и Индии, Канады и Южной Африки, так и право Степи некогда объединяло тюркские и монгольские, финно-угорские и индоарийские племена – обе системы складывались в результате контакта и взаимопроникновения разных культур, и обе были достаточно открыты для изменений.

Рецепция во многом схожих принципов английского права будет весьма полезна для нового Казахстана, как в свете позиционирования в качестве носителя идей тюркского Вечного Эля и самобытной (в том числе правовой) культуры, так и в контексте успешной интеграции в мировое сообщество.

⁶«Юристы и судьи Англии до наших дней воспитываются главным образом практикой. Университетское образование не столь необходимо для них, и в течение многих веков они часто обходились без него» - Давид Р., op. cit. § 282.

⁷Заменена в этом качестве Верховным Судом, созданным в 2009 г. на основании Закона о конституционной реформе 2005 г. (Constitutional Reform Act 2005). URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>

⁸Мажитова Ж. С. Совет биев и народное собрание в казахском обществе XVIII–XIX веков в оценках современников // Вестник Челябинского государственного университета. 2014. № 12 (341). История. Вып. 60. С. 14–21.

⁹«Би, в противоположность Чингизидам - «денациональному» сословию, составляли... «национальную» аристократию, элиту социальной группы карасуiek» - Кляшторный С.Г., Султанов Т.И. Казахстан. Летопись трех тысячелетий. – СПб.: Питер, 1992. С. 218. Также и в Англии и Уэльсе лорды представляли национальную аристократию в противоположность монарху из нормандской, шотландской (Стюарты) и германских (ганноверская и саксен-кобург-готская) династий.

Решение о рецепции английского права подняло ряд вопросов, связанных с разными отраслями права. Ввиду сферы своих научных интересов, автор хотел бы затронуть вопрос о праве, применимом к частноправовым отношениям в МФЦА. Тем более, что эта проблема, несмотря на исключительную важность, не рассматривалась в рамках последних исследований по возможной имплементации права Англии и Уэльса.¹⁰

Для последовательности изложения вопрос о применимом праве в МФЦА можно разбить на следующие элементы:

– можно ли считать, что вопрос о конфликте законов уже разрешен действующим правом Центра?

– если нет, должны ли органы Центра руководствоваться коллизионными нормами законодательства Республики Казахстан?

– если нет, должны ли они руководствоваться английским коллизионным правом?

Отрицательный ответ на последний вопрос предполагает необходимость принятия собственного акта Центра в области коллизионного права, в связи с чем встает еще и вопрос о характере и содержании такого акта.

РАЗРЕШЕН ЛИ ВОПРОС О КОНФЛИКТЕ ЗАКОНОВ ДЕЙСТВУЮЩИМ ПРАВОМ ЦЕНТРА?

Поскольку речь идет об отдельной юрисдикции с отдельной правовой системой, нужно исходить из того, что разговор о взаимодействии различных юрисдикций и правовых систем должен вестись на языке международного частного права. В этом случае не надо бояться слова «международное» – в самой Англии, чьи принципы мы перенимаем, «в целях международного частного права и поскольку затронуты английские суды, право Шотландии, Нормандских Островов, Северной Ирландии или одного из членов Содружества или Европейского Союза являются таким же иностранным правом, как право Японии и Бразилии».¹¹ Без рассмотрения права Центра как иностранного с позиции Раздела VII Гражданского Кодекса, на наш взгляд, нереализуем провозглашенный принцип независимости Центра.¹²

Представляется очевидным, что будучи отдельной юрисдикцией с собственным правом, аналогично и Центр должен обладать целостной системой коллизионных норм, устанавливающих пределы применения собственного и иностранного права. Полагается, что такой системы норм действующее право Центра не содержит.

Указ Президента РК «О Международном Финансовом Центре «Астана»¹³ в п. 3.3 предусматривает «внести на рассмотрение Мажилиса... проект Закона... предусматривающий регулирование отношений между участниками Центра на основе стандартов ведущих мировых финансовых центров, принципах и нормах английского права».

Автоматическое подчинение любых отношений участников Центра английскому праву без учета дополнительных факторов было бы, по-нашему, преувеличением; в данном положении также неясно, совпадает ли выражение «принципы и нормы английского права» с английским правом в целом.

¹⁰См., напр., «Предложения участников международной научно-практической конференции, посвященной имплементации отдельных положений прецедентного права в национальное законодательство, и выработанные на их основе рекомендации (г. Астана, 30 ноября 2015 г.)» // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. №5 (41) 2015. С. 222-223.

¹¹Fawcett, J.J., Carruthers, J.M. Cheshire, North & Fawcett Private International Law. 14-th ed. Oxford University Press, 2008. P. 9.

¹²Ст. 2.4 Конституционного закона РК «О Международном финансовом центре «Астана». URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/U1500000038>

¹³URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/U1500000024>

ТАБЛИЦА 1.
ОТЛИЧИЯ ПОЛОЖЕНИЙ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРАВА ЦЕНТРА ПО ВЫБОРУ ПРАВА ОТ КЛАССИЧЕСКИХ ПРИНЦИПОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА.

Критерий сравнения	Классическое МЧП	Действующее право МФЦА
потенциально применимое право	отечественное и любое иностранное право	акты Центра, в неурегулированной ими части – право РК
rationale выбора права	тесная связь отношения с правопорядком	наличие или отсутствие акта Центра
основание применения иностранного права	осложнение отношения иностранным элементом в виде субъекта, объекта или юридического факта	возникновение отношения между субъектами Центра

Одноименный Конституционный закон включает в действующее право Центра «2)... акты Центра, которые могут быть основаны на принципах, нормах и прецедентах права Англии и Уэльса и (или) стандартах ведущих мировых финансовых центров, принимаемых органами Центра... ; 3) действующее право Республики Казахстан, которое применяется в части, не урегулированной настоящим Конституционным законом и актами Центра».¹⁴

Конституционный закон уточняет также вопрос о содержании термина «английское право», предусматривая применение не права Англии и Уэльса, а актов самого Центра, хотя бы и основанного на общем праве. Это подтверждает и План совместных действий Правительства и Национального Банка по созданию и развитию МФЦА, утвержденный Постановлением Правительства № 393 от 30.05.2015 г.¹⁵: «конечной моделью должно являться формирование специальной юрисдикции... с собственным коммерческим и гражданским правом, воспроизведенным по образцу английского права... и отсылкой к первоначальному источнику в английском праве, в случае неопределенности».¹⁶

Приведенные нормы ставят вопрос о применимом праве в зависимости от наличия акта Центра (в отсутствии такового применяется право РК), а не тесной связи отношения с юрисдикцией – основным принципом международного частного права еще со времен Савиньи.¹⁷ Таким образом, они не могут быть рассмотрены в ка-

¹⁴Ст. 4.1 Конституционного закона «О Международном финансовом центре «Астана».

¹⁵URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1500000393>

¹⁶Хотя в другом положении гл. 2.8.2 Постановления отмечается: «Полноценное развитие МФЦА... невозможно без обеспечения международного стандарта права. Такой стандарт должен обеспечиваться распространением английского прецедентного права на территории МФЦА». Также, в качестве промежуточной модели перехода на новую систему права предлагается «распространение норм английского права на участников МФЦА, юридических лиц, зарегистрированных на территории МФЦА, внесенных в соответствующий реестр исполнительного органа МФЦА... Споры по операциям, подпадающим под распространение норм МФЦА в данном контексте, рассматриваются в рамках английского права».

¹⁷«Для каждого правоотношения необходимо отыскать такой правопорядок, которому данное правоотношение в силу его собственной природы принадлежит или подчинено (где оно имеет свою оседлость)» - Savigny, F.K. von. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits on Their Operation in Respect of Place and Time. Edinburgh: T. & T. Clark, Law Publishers; London: Stevens & Sons, 1869. P. 27.

честве универсального коллизионного правила. Чуть более содержательное разграничение права РК и Центра дано в следующем положении Постановления: «юрисдикция МФЦА, основанная на английском праве, должна распространяться на основные направления права деятельности субъектов/участников МФЦА: гражданское, коммерческое, корпоративное право, регулирование трудовых правоотношений, рынка ценных бумаг, доверительно-управления. Право Республики Казахстан должно продолжать распространяться на вопросы, связанные с миграцией, уголовным правом».¹⁸

Но и оно не может считаться исчерпывающим коллизионным принципом. Недопустимость применения иностранного права к публично-правовым отношениям является очевидной истиной;¹⁹ выделение в положении перечисленных частноправовых вопросов не содержит какого-либо обоснования.

Нельзя предполагать, что все споры в Центре будут сведены к чисто гражданско-правовым или коммерческим – например, бывшая супруга предпринимателя подаст иск на имущество, находящееся под юрисдикцией Центра, по казахстанскому праву претендуя на половину совместно нажитого имущества,²⁰ а по английскому – только на «разумное и справедливое финансовое обеспечение», при условии, что она не является инициатором развода.²¹ Брачно-семейное право в РК отделено от гражданского и если толковать положение Постановления как общее коллизионное правило, это означает автоматическое применение права Казахстана даже к раздлу имущества англичан.

В контексте широты предмета потенциальных споров, принцип приоритета актов Центра и субсидиарности права РК неприемлем в качестве универсального подхода к выбору права даже в отношении гражданско-правовых дел. С учетом долгосрочности проекта, весьма возможны, например, споры о наследовании имущества под юрисдикцией Центра, однако, насколько приемлемо в отсутствие акта Центра применять казахстанское право к наследственным правоотношениям англичан, чье право содержит кардинально иные правила?²² Присмотр ли Центр в близкой перспективе собственный акт о наследовании? Сколько еще актов необходимо будет принять для полноценного регулирования?

Представляется спорной и применимость права Центра строго ratione personae, к «отношениям между субъектами МФЦА». Исходным принципом МЧП является возможность применения иностранного права при осложнении правоотношения любым иностранным элементом – не только субъектом, но и объектом и юридическим фактом.²³ С другой стороны, данный подход предусматривает применение права Центра, например, к корпоративным отношениям между двумя французами – субъектами МФЦА, возникшим в рамках французской корпорации, в то время, как и казахстанский²⁴ и английский²⁵ судья применил бы Кодекс Наполеона.

Иначе говоря, толкование действующих правил как базового

¹⁸Гл. 2.8.2. Постановления Правительства № 393 от 30.05.2015 г.

¹⁹См., напр.: Chuah, J. and Kasztorowska, A. Q&A Series. Conflict of Laws. London, Cavendish Publishing Limited, 2000. P. X.

²⁰Ст. 37 Кодекса Республики Казахстан о браке (супружестве) и семье.

²¹Ст. 6.2.b Закона Соединенного Королевства о реформе расторжения брака (Divorce Reform Act 1969). URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/55/pdfs/ukpga_19690055_en.pdf.

²²Например, в английском праве отсутствует институт обязательной доли в наследстве, последующее заключение брака отменяет завещание, в случае одновременной смерти лиц старший считается умершим раньше, и т.д.

²³Fawcett, J.J., Carruthers, J.M., op. cit. P. 5.

²⁴Ст. 1101 Гражданского Кодекса Республики Казахстан.

коллизионного начала противоречит также и принципу международной гармонии (единообразия) решений. Между тем, в Постановлении Правительства «наличие... достаточно предсказуемой практики правоприменения» названо «краеугольным камнем, на котором строится доверие всех участников рынка к тому или иному финансовому центру».

Таким образом, положения действующего права Центра не могут рассматриваться в качестве универсального коллизионного положения:

– они строятся на принципе приоритета актов центра и субсидиарности права РК, при этом издание исчерпывающего перечня актов Центра по любым спорным вопросам маловероятно и нецелесообразно;

– право Центра провозглашается применимым только к отношениям между участниками Центра, без учета связи других элементов отношения с его юрисдикцией;

– данные подходы противоречат общепризнанным принципам МЧП, таким, как наиболее тесная связь и международное единообразие решений.

Учитывая программный характер действующего законодательства о МФЦА, названные положения могут служить только отправной точкой для разработки более целостного акта о МЧП.

МОЖЕТ ЛИ ВЫБОР ПРАВА В ЦЕНТРЕ ОСУЩЕСТВЛЯТЬСЯ ПО КАЗАХСТАНСКОМУ КОЛЛИЗИОННОМУ ПРАВУ?

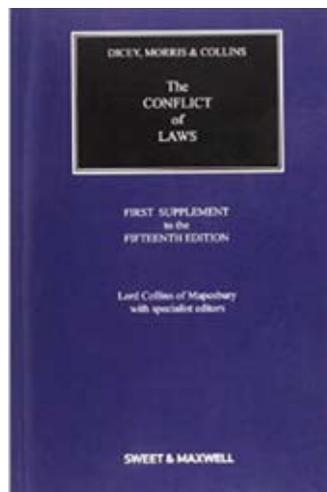
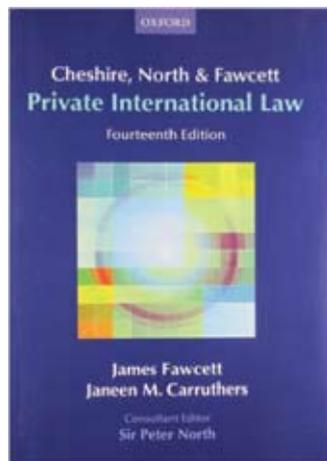
Положительный ответ на этот вопрос не исключен при расширительном толковании ст. 4.1.3 Конституционного Закона: «действующее право Республики Казахстан... применяется в части, не урегулированной настоящим Конституционным законом и актами Центра». Можно посчитать, что в «действующее право» входит и Раздел 7 ГК РК «Международное частное право», и коллизионные нормы КоБ(С)С и Закона о торговом мореплаваннии. Однако, представляется очевидным, что статья имела цель установить применение именно материального, а не коллизионного права. Иное толкование привело бы нас к порочному кругу: коллизионная норма, применимая только при отсутствии акта Центра, может предусмотреть применение акта Центра.

Само вводное положение Раздела 7 ГК не претендует на всеобъемлющее и исключительное регулирование конфликта законов: «право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям... определяется на основании настоящего Кодекса, иных законодательных актов...». Следуя принципу lex specialis derogat generali, наличие материально-правового акта Центра будет блокировать применение коллизионных норм, косвенно свидетельствуя о неприменимости Раздела 7 в МФЦА. Обязательность норм «внутреннего» коллизионного права РК для Суда Центра сомнительна и в контексте того, что он не входит в судебную систему Республики Казахстан.²⁶

Конечно, материально-правовые акты Центра можно считать «императивными нормами законодательства РК» в смысле ст. 1091, «которые вследствие указания в самой норме... регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права», не препятствуя субсидиарному применению коллизионных норм ГК. Однако, применение в Центре отечественных коллизионных норм было бы нецелесообразным и в контексте того,

²⁵Ст. 1 Закона Соединенного Королевства об иностранных корпорациях (Foreign Corporations Act 1991). URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/44/contents>.

²⁶Ст. 13.2 Конституционного Закона РК «О международном финансовом центре «Астана».



что их положения зачастую не совпадают с нормами и принципами английского МЧП.

Например, в английском праве личный закон толкуется как закон места domicile, определение которого, в свою очередь, сильно противоречит континентальному пониманию.²⁷ «Дьявол может скрываться в деталях» – оба права подчиняют форму договора, как общее правило, *lex loci contractus*, но по английскому праву договор, заключаемый путем обмена письмами, считается заключенным в месте отправки акцепта, а не его получения.²⁸ Иначе говоря, на основании норм ГК судья Центра может применить иное право, чем то, которое в данных обстоятельствах применил бы английский суд.

Такое толкование не соответствует самой идее применения английского права в МФЦА, принципам предсказуемости и международной гармонии решений. Далее, применение Судом Центра, хотя бы в отсутствие актов Центра, того же права, что и суды РК общей компетенции, означало бы необоснованность самого создания Суда и отдельной юрисдикции. В конце концов, необходимо признать, что применение Судом Центра «внутренних» коллизионных норм РК было бы нецелесообразно ввиду его некоторых явных недостатков, описание которых вышло бы за пределы настоящей статьи.²⁹

МОЖЕТ ЛИ ВЫБОР ПРАВА ОСУЩЕСТВЛЯТЬСЯ ПО АНГЛИЙСКОМУ КОЛЛИЗИОННОМУ ПРАВУ?

В идеальном смысле «применение английского права» означало бы не просто допустимость, но даже обязательность применения английских коллизионных норм. Как отмечается в курсе Дж. Чешира и П. Норта по МЧП, «международное частное право – это часть английского права, вступающая в действие, когда суд имеет дело с иском, содержащим иностранный элемент. Оно имеет... цели:... определить для каждого класса дел конкретную систему права, путем обращения к которой должны быть определены права сторон...».³⁰ Аналогична позиция курса А. Дайси и Дж. Морриса по конфликту законов: «отрасль английского права, известная как конфликт законов – это часть права Англии, касающаяся случаев, содер-

²⁷Fawcett, J.J., Carruthers, J.M., op. cit. P. 155-157.

²⁸Sexton, B. Contract Law – Offer & Acceptance. URL: <http://www.allaboutlaw.co.uk/stage/study-help/contract-law-offer-acceptance>

²⁹Некоторые замечания автора в отношении отечественного коллизионного права приведены в следующих работах: Ешніязов Н.С. Несколько замечаний к положению о коллизионно-правовой квалификации в Гражданском Кодексе Республики Казахстан // Вестник КазНУ. Серия «Международные отношения и международное право». № 2 (74), 2016. С. 68-80; Ешніязов Н.С. Коллизионные аспекты заключения и расторжения брака в Кодексе РК о браке (супружестве) и семье // Наука и жизнь Казахстана, № 5, 2014. С. 76-84.

³⁰Fawcett, J.J., Carruthers, J.M., op. cit. P. 3.

жащих иностранный элемент».³¹ Поскольку МЧП признается частью английского права, невозможно в полной мере применить английское право, избежав действия его коллизионных норм.

Таким образом, если мы стремимся создать юрисдикцию, максимально приближенную к английской, нам следует исходить в первую очередь не из материальных, а из коллизионных норм английского права. Непосредственное применение английских материальных норм там, где их бы не применил английский судья (тем более, в случаях, когда бы он применил казахстанское право), означало бы, как высказались А. Вейсс и А. Ролен, «быть роялистом более, чем сам король» и «ка-толиком, более чем Папа».³²

Но вместе с тем, применение английского коллизионного права представляется нецелесообразным с практической точки зрения.

Во-первых, оно остается некодифицированным. Закон 1995 г. о международном частном праве (различные положения), который по названию мог бы считаться главным законодательным актом по конфликту законов, содержит положения лишь по трем узким категориям вопросов.³³ Ряд коллизионных норм рассредоточен по специальным законам, как, например, 1984 г. об иностранных сроках исковой давности³⁴ или 1990 г. о контрактах (применимое право),³⁵ количество таких актов может исчисляться десятками.³⁶

При этом, множество вопросов до сих пор остаются неурегулированными в рамках законодательства, и применение английского права предполагает знание значительного массива судебной практики, остающейся основным источником этой системы. Это очень непростая задача – например, в последнем издании курса Чешира и Норта список прецедентов по МЧП (не включая решения Европейского Суда) занимает 58 страниц, набранных мелким шрифтом.³⁷

Немалую проблему представляет значительная

³¹Dicey, Morris and Collins on the Conflict Of Laws. 14-th Edition // Under Editorship of L. Collins. Vol. 1. London: Sweet & Maxwell 2006. P. 3.

³²Цит. по: Lorenzen, E.G. The «Renvoi» Theory and the Application of Foreign Law. I. «Renvoi» in General // Columbia Law Review, Vol. 10, № 3 (Mar., 1910). P.204.

³³1) Проценты на присужденные долги и арбитражные решения, выраженные в валюте иной, чем стерлинг; 2) браки, заключенные не состоящими в браке лицами по праву, позволяющему полигамию; 3) правонарушения и деликты. См. Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995. Introductory Text. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/42/introduction>

³⁴Foreign Limitation Periods Act 1984. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/16/contents>

³⁵Companies (Applicable Law) Act 1990. URL: <http://www.legislation.gov.uk/all?title=contracts%20%28applicable%20law%29>

³⁶Международное частное право. Иностранное законодательство // Под ред. А.Н. Жильцова, А.И. Муранова. М.: «Статут», 2001. С. 200.

³⁷Fawcett, J.J., Carruthers, J.M., op.cit., P. lxi-cxxxviii.

интернационализация, и в первую очередь, «европеизация» права Англии, в особенности МЧП. При этом, применение «внешних» источников английского права может быть затруднительно даже для незаурядного знатока международного и европейского права. Так, в отличие от большинства стран мира, в Англии «международные договоры не имеют силу закона только по причине ратификации правительством, в той мере, в какой затрагиваются права и обязанности частных лиц. В Соединенном Королевстве положение договора не становится правом, не будучи имплементировано законом или законодательным актом».³⁸

Также, Соединенное Королевство зарезервировало за собой право не быть связанным правом ЕС,³⁹ касающимся или вытекающим из Главы IV Договора о создании Европейского Сообщества, ст. 65.b которого предусматривает унификацию коллизионных норм. В силу этого, например, Королевство отказалось от Регламента «Рим I» о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам.⁴⁰ С другой стороны, право, применимое к внедоговорным обязательствам определяется в соответствии с Регламентом «Рим-II», в принятии и применении которого Королевство участвует.⁴¹

Будущее актов ЕС как источников английского права весьма прозрачно в свете результатов референдума о выходе Соединенного Королевства из организации. В этом контексте прямое применение английского права, включая его «внешние» источники, поставило бы Центр в зависимость от политики Королевства и Европейского Союза, что, по-нашему, противоречит публичному порядку и ущемляет суверенные права Республики.

В такой сложной системе источников значительно увеличивается роль доктрины – так, уже упоминавшийся курс Дайси и Морриса «приобрел почти законодательный статус».⁴² Таким образом, применение в Центре английского коллизионного права означало бы необходимость изучить также и научные источники. При этом, естественно, позиции разных авторов по конкретным вопросам могут различаться кардинально – к примеру, не менее авторитетный курс Чешира и Норта отличается от курса Дайси и Морриса даже по названию предмета.

³⁸Dicey, Morris and Collins on the Conflict Of Laws, op.cit., P. 9-10. См. также: O'Brien, J. Conflict of Laws. 2-nd Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 1999. P. 111.

³⁹«Ни одно из положений Главы IV Договора о создании ЕС, ни мера, принятая в соответствии с этой Главой, ни положение любого международного соглашения, заключенного Сообществом, ни решение Суда, толкующее любое такое положение или меру, не будут связывать Соединенное Королевство и Ирландию, и не будут применимы в них» - Протокол №4 1997 г. к Договору о создании Европейского Сообщества. Official Journal of the European Union. C 321 E/188. P. 13.

⁴⁰«В соответствии со статьями 1 и 2 и без ущерба статье 4 Протокола о позиции Соединенного Королевства и Ирландии, прилагаемого к Договору о Европейском Союзе и Договору об учреждении Европейского сообщества, Соединенное Королевство не участвует в принятии настоящего Регламента, не связано им и не подчиняется его действию» - п. 45 Преамбулы Регламента «Рим I». URL: http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/dogovornoe.htm#_ftn1

⁴¹«В соответствии со статьей 3 Протокола о позиции Соединенного Королевства и Ирландии, прилагаемого к Договору о Европейском Союзе и Договору об учреждении Европейского сообщества, Соединенное Королевство и Ирландия участвуют в принятии и применении настоящего Регламента» - п. 39 Преамбулы Регламента «Рим II». URL: <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/vnedogovornoe.htm>

⁴²National Report for England by Richard G. Fentiman // Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress? Edited by S.C. Symeonides. The Hague: Kluwer Law International. 2000. P. 171.

Таким образом, выбор применимого права на основании английских коллизионных норм в широком смысле представляется неоправданно сложным механизмом. Тем более, непосредственное применение английского права, даже ограничиваясь коллизионными нормами, противоречило бы Конституционному закону, устанавливающему в качестве действующего права Центра «**акты Центра, которые могут быть основаны на принципах, нормах и прецедентах права Англии и Уэльса**».⁴³

Поскольку действующее право МФЦА не содержит коллизионных норм, и выбор права на основании казахстанских или английских коллизионных норм невозможен или нецелесообразен, наиболее логичным решением может стать только внедрение специального акта Центра о применимом праве.

ОПЫТ ДУБАЙСКОГО МЕЖДУНАРОДНОГО ФИНАНСОВОГО ЦЕНТРА ПО УРЕГУЛИВАНИЮ КОНФЛИКТОВ ЗАКОНОВ

Ст. 4 Конституционного закона о МФЦА предусматривает, что акты Центра могут быть основаны на «стандартах ведущих мировых финансовых центров». Постановление Правительства, обосновывает необходимость применения английского права его действием «в наиболее крупных и успешных финансовых центрах мира, таких как Нью-Йорк, Лондон, Гонконг, Дубай, Сингапур, Торонто, Чикаго и Сидней».⁴⁴ При этом, отдельно отмечается, что «успешным примером распространения английского права является DIFC и его опыт может быть применен при становлении такой системы в МФЦА».⁴⁵ Автор присоединяется к приоритетности модели Дубайского МФЦ в свете того, что в приведенном списке центров только он выстроен в государстве с правом, не основанном на common law.

Так вот, уже третий правовой акт Центра Дубаи касается коллизионного права – Закон о применении гражданских и коммерческих законов в ДМФЦ 2004,⁴⁶ принятый в целях: «а) обеспечить определенность в отношении прав, ответственности и обязанностей лиц в отношении гражданских и коммерческих вопросов, возникающих в ДМФЦ; и b) разрешить лицам применять законы другой юрисдикции в отношении гражданских и коммерческих вопросов, возникающих в ДМФЦ».

Согласно ст. 8 Закона, «права и обязанности между лицами по гражданским и коммерческим вопросам должны определяться по законам, находящимся в силе в юрисдикции, определяемой в соответствии с пунктом 2.

2. Соответствующей юрисдикцией будет та, что определена первой в соответствии со следующими подпунктами:

- поскольку имеются нормативные положения, Закон о ДМФЦ или любой иной закон, имеющий силу в ДМФЦ; в отсутствие чего
- закон любой юрисдикции, отличной от ДМФЦ, прямо указанной любым законом ДМФЦ; в отсутствие чего
- законы юрисдикции, согласованной всеми лицами, затронутыми в деле; в отсутствие чего
- законы любой юрисдикции, определенной Судом или Арбитром как наиболее тесно связанной к фактам и лицам, затронутым в деле; в отсутствие чего

⁴³Ст. 4.1 Конституционного закона «О Международном финансовом центре "Астана"».

⁴⁴Глава 2.8.2 Постановления Правительства РК № 393 от 30.05.2015 г.

⁴⁵Ibid.

⁴⁶Law on the Application of Civil and Commercial Laws in The DIFC. DIFC Law № 3 из 2004. URL: https://www.difc.ae/files/9214/5448/9184/Law_on_the_Application_of_Civil_and_Commercial_Laws_in_the_DIFC_DIFC_Law_No_3_of_2004.pdf

е) законы Англии и Уэльса».⁴⁷

Данное положение уже может претендовать на общее коллизионное регулирование конфликтов законов, поскольку в отличие, например, от ст. 4 Конституционного Закона о МФЦА, содержит принципы автономии воли сторон и наиболее тесной связи, предусматривает возможность применения права третьих стран, обращается к праву Англии и Уэльса, играющему роль *lex fori*, в последнюю очередь.

Однако, не останавливаясь на достигнутом, правитель Дубай конкретизирует подпункт «b», в частности, в Законе №10 2005 г. о применении законов ДМФЦ.⁴⁸ Данный акт, в частности, запрещает обратную и дальнейшую отсылку, определяет право, применимое к контракту, представительству, суброгации, праву собственности, ценным бумагам, инвестиционным правам, доверительной собственности (трасту).

Таким образом, ДМФЦ обладает отдельными актами в области коллизионного права, хотя и не всеохватывающими, но значительно более детальными по сравнению с действующим правом МФЦА. Поскольку образцовая роль ДМФЦ предусмотрена Постановлением Правительства, предлагающем в качестве временной меры даже «контрактование [юрисдикции]... DIFC – разработку типовых договоров по образцу договоров, применяемых DIFC, и рассмотрение споров участников в судах DIFC», необходимость разработки аналогичного акта представляется очевидной.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ. НЕКОТОРЫЕ СООБРАЖЕНИЯ ОБ АКТЕ ЦЕНТРА О МЧП DE LEGE FERENDA

Надо полагать, что принятие акта МФЦА в области международного частного права является вопросом времени, в связи с чем автор желает выразить некоторые мысли общего характера на подготовительный период. Каким должен быть акт в деталях, является предметом отдельного, и не одного, исследования, однако некоторые отправные точки представляются достаточно очевидными и на сегодняшний день.

1. Будущий акт Центра должен быть максимально всеохватывающим и детальным, не исключая коллизионных норм в области семейно-брачного и наследственного права. Это объясняется не только широтой предметной сферы потенциальных споров, но и возможностью рецепции отдельных положений или акта в целом во «внутреннее» законодательство Республики Казахстан. Если система МФЦА докажет свою жизнеспособность и прогрессивность, почему бы не использовать акты Центра в качестве образца для совершенствования республиканского права?

В отношении структуры акта в качестве образца мог бы выступить Федеральный Закон Швейцарии о МЧП 1987 г.⁴⁹ Помимо того, что он является самым детальным законодательным актом в рассматриваемой сфере (201 статья), Закон примечателен тем, что объединяет в рамках глав особенной части (вещное право, обязательственное право, товарищества и т.п.) как коллизионные нормы, так и нормы о юрисдикции.

Этот подход очень близок к концепции английского МЧП, где вопросы конфликта юрисдикций и конфликта законов рассма-

триваются в совокупности.⁵⁰

2. Содержание конкретных коллизионных норм акта должно быть максимально приближено к содержанию английских коллизионных норм. К счастью, отечественное коллизионное право по ряду вопросов стоит на тех же позициях, что и английское, что позволяет в максимальной мере учесть соображения международного единообразия решений. Так, ГК РК определяет закон юридического лица как право места инкорпорации,⁵¹ в отличие от континентального подхода места правления и аналогично с английским законом.⁵² Обе системы определяют место трансграничного деликта как место наступления последствия.⁵³ Однако, при различном содержании коллизионных норм, разработчикам акта следует придерживаться английского подхода.

3. Коллизионное (а также и материальное) право Центра, на наш взгляд, должно строиться, при наличии расхождений, на классических «внутренних» английских правилах, а не законодательстве Европейского Союза. При явном признании приоритета европейского права легче было бы, на наш взгляд, предусмотреть применимость в центре принципов не английского права, а напрямую права ЕС.

Процесс Brexit а наглядно отражает понимание англо-валлийского права самими англичанами и валлийцами – в юридическом смысле они выступают против права Евросоюза, желая жить по «внутренним» правилам поведения. Весьма характерно, что «Бог и мое право»⁵⁴ оказались предпочтительнее «единства в многообразии»⁵⁵ именно для Англии и Уэльса – по сравнению с Шотландией и Северной Ирландией эти страны показали на прошедшем референдуме и большую явку, и преобладающее желание отделиться от ЕС (см. таблицу 2 и рисунок 1).

ТАБЛИЦА 2.
РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ГОЛОСОВ НА РЕФЕРЕНДУМЕ ОБ ОТДЕЛЕНИИ СЕДИНЕННОГО КОРОЛЕВСТВА ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ ОТ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА ПО СТРАНАМ.⁵⁶

Страна	Явка	За отделение от ЕС, %	За сохранение членства в ЕС, %
Англия	73,0	53,4	46,6
Уэльс	71,7	52,5	47,5
Шотландия	67,2	38,0	62,0
Северная Ирландия	62,7	44,2	55,8

⁵⁰«Вопросы, возникающие в делах с конфликтом законов, делятся на два типа: во-первых, имеет ли английский суд компетенцию рассматривать это дело? И во-вторых, если да, какое право он должен применить?» - Dicey, Morris and Collins on the Conflict Of Laws, op.cit., P. 4.

⁵¹Ст. 1100 Гражданского Кодекса Республики Казахстан.

⁵²Ст. 1 Закона Соединенного Королевства об иностранных корпорациях.

⁵³Ст. 1117.1 Гражданского Кодекса Республики Казахстан; ст. 11.2 Закона Соединенного Королевства о международном частном праве (некоторые положения).

⁵⁴«Dieu et mon droit» – девиз британской короны со времен Генриха V (1413-1422). URL: <https://24carat.co.uk/frame.php?url=dieuetmondroit.html>

⁵⁵«In varietate concordia» – официальный девиз ЕС с 2000 г. URL: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_en

⁵⁶По данным Избирательной Комиссии Соединенного Королевства. URL: <http://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/electorate-and-count-information>

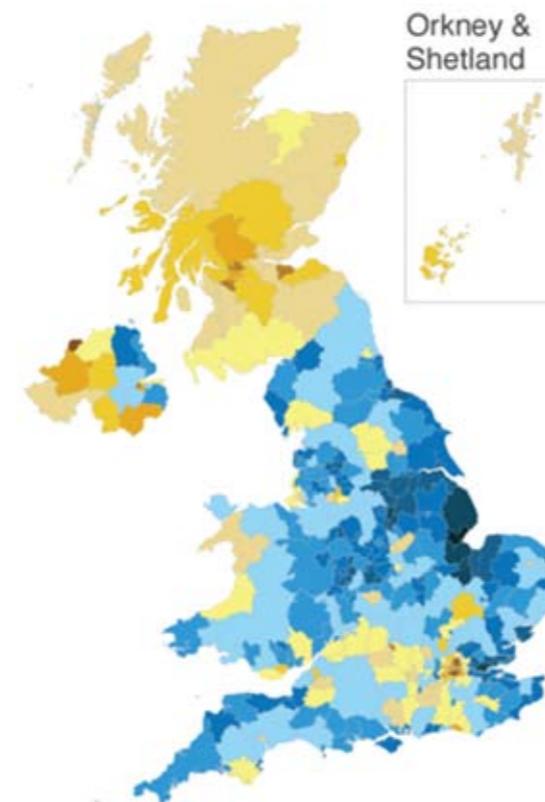
РИСУНОК 1.
РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ГОЛОСОВ НА РЕФЕРЕНДУМЕ ОБ ОТДЕЛЕНИИ СЕДИНЕННОГО КОРОЛЕВСТВА ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ ОТ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА ПО ГРАФСТВАМ. КОРИЧНЕВЫЙ ЦВЕТ ОТРАЖАЕТ ПРЕОБЛАДАНИЕ ГОЛОСОВ ЗА СОХРАНЕНИЕ ЧЛЕНСТВА, СИНИЙ – ЗА ВЫХОД ИЗ ЕС.⁵⁷

Question asked: "Should the UK remain a member of the European Union or leave the European Union?"

Winning side in area and vote share

Yes No
% 50 55 60 65 70 75 80

Remain Leave



4. Общеизвестно, что даже самый детальный законодательный инструмент не сможет предусмотреть исчерпывающее регулирование для всех случаев конфликта законов.⁵⁸ Поэтому в рамках будущего акта весьма важно установить критерий наиболее тесной связи в качестве универсального субсидиарного колли-

⁵⁷EU referendum: The result in maps and charts. URL: <http://www.bbc.com/news/uk-politics-36616028>

⁵⁸См., например, название фундаментального труда одного из главных французских коллизионистов Э. Бартена – «О невозможности прийти к исчерпывающему разрешению конфликтов законов». Bartin É. De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois // Journal du Droit international privé et de la jurisprudence française (Clunet). N 24 (1897). P. 225-255, 466-495 et 720-738.

зионного принципа. Отметим, что ГК РК содержит некоторые положения, необоснованно ограничивающие данное исходное начало МЧП.⁵⁹

При расхождении относительно толкования принципа наиболее тесной связи, да и в целом, пока акт Центра остается не разработанным, следует исходить из коллизионных принципов, норм и прецедентов права Англии и Уэльса. Видимо, этого же подхода следует придерживаться, если в силу коллизионной нормы или принципа наиболее тесной связи применимо право Центра, но материально-правовой акт Центра по данному вопросу отсутствует.⁶⁰

Наличие собственной совокупности коллизионных норм представляется *conditio sine qua non* для самостоятельных юрисдикций и правовых систем. При этом, всего лишь один грамотно разработанный акт в области коллизионного права способен нивелировать необходимость принятия десятков законов материально-правового характера. Автор выражает надежду, что акт по международному частному праву будет разработан законодателем в возможно минимальные сроки, что внесет максимальную ясность в пока еще туманный вопрос о применении английского права в Международном финансовом центре «Астана».

Н.С. Ешаниязов: Даладағы тұман: «Астана» халықаралық қаржы орталығында жеке құқықтық қатынастарға қолданылатын құқық туралы.

АХҚО-ның қолданыстағы құқығын, Қазақстандағы, Англия және Уэльстің құқығының коллизиялық нормаларын, сондай-ақ, Дубай халықаралық қаржы орталығы тәжірибесін талдау нәтижесінде автор АХҚО-ның халықаралық жеке құқық саласындағы актісін қабылдау қажеттігін негіздейді. Автор осындай актіні дайындау бойынша бірқатар жалпы ұсыныстар жасайды.

Түйінді сөздер: «Астана» халықаралық қаржы орталығы (АХҚО), шетелдік элементті жеке құқықтық қатынастар, заңдар қақтығысы, коллизиялық нормалар, халықаралық жеке құқық, Англия және Уэльс құқығы, ортақ құқық, Еуропалық Одақ құқығы, Дубай халықаралық қаржы орталығы (ДХҚО).

N. Yeshniyazov: The Fog in the Steppe: on Law Applicable to Private Legal Relationships in the International Financial Center of Astana.

Having analyzed the IFCA law in force, the choice-of-law rules of the laws of Kazakhstan, England and Wales and also the experience of the Dubai International Financial Center, the author justifies the need for enactment of the Act of the IFCA on private international law. The author gives some general recommendations on the drafting of such an act.

Keywords: International Financial Center of Astana (IFCA), private legal relationships with foreign element, conflict of laws, choice-of-law rules, private international law, law of England and Wales, common law, law of the European Union, Dubai International Financial Center (DIFC).

⁵⁹Ешаниязов Н.С. Некоторые замечания к формулировке принципа наиболее тесной связи в Гражданском Кодексе Республики Казахстан // Materiály XII Mezinárodní vědecko-praktická konference «Aktuální vědecké vymoženosti - 2016». 22-30 června 2016 г. Díl 4. Praha: Publishing House «Education and Science» s.r.o., 2016. P. 51-58.

⁶⁰Напомним, Гл. 2.8.2 Постановления Правительства № 393 2015 г предусматривает возможность непосредственного применения английского права в качестве временной меры до создания законодательства Центра.

ДИСПОЗИТИВНОСТЬ КАК ОБЩЕПРАВОВОЙ КОНЦЕПТ*



А. В. ДЕМИН,
профессор кафедры коммерческого, предпринимательского
и финансового права, Юридический институт ФГАОУ ВПО
«Сибирский федеральный университет»
(Красноярск, Россия), д.ю.н.

Рассматривается диспозитивность как юридический феномен, присущий всем отраслям права без исключения – как частным, так и публично-правовым. Диспозитивность как общеправовая категория имеет следующие признаки: наличие нормативной альтернативы, т. е. закрепленная законом многовариантность поведения; автономия воли субъектов права, которые своим волеизъявлением вправе выбрать оптимальный для них вариант поведения; правовая инициатива, основанная на интересах и потребностях заинтересованных лиц; осуществление выбора в рамках закона, т. е. правомерность каждой из предоставленных альтернатив; недопустимость принуждения к реализации диспозитивной нормы. Задача юридической науки и практики – поиск и выработка оптимального баланса между императивностью и диспозитивностью в праве.

Ключевые слова: правовое регулирование, императивность, диспозитивность, автономия воли, правовая инициатива, диспозитивная норма, неимперативные нормы, восполнительная норма, нормы с открытой структурой, нормы с вариативным содержанием, снижение неопределенности в праве, метаотраслевая категория.

Дихотомия императивного/диспозитивного – важный вектор эволюции права. При этом в литературе *диспозитивность* понимается крайне широко: как принцип; метод; идея права; правовой институт; особое свойство (качество) права; основополагающее начало деятельности; юридический режим; вид правовых норм; форма правового регулирования; субъективное право; законодательный прием или средство юридической техники; идеологический фактор, определяющий развитие законодательства; отражение частных интересов и т. д. Такое дефинитивное многообразие отражает *полиструктурность* и многомерность диспозитивности, которая имеет множество различных форм проявления в праве.

К сожалению, единого понятия диспозитивности в общей теории права не сформулировано, большинство публикаций носят

отраслевой характер и посвящены, как правило, соотношению диспозитивности и свободы договора в обязательственном праве, а также проблемам реализации принципа диспозитивности в юрисдикционных процессах. «Большое количество исследований посвящено вопросам реализации диспозитивности в рамках той или иной отрасли права, при этом зачастую ее понимание в разных отраслях права расходится».¹ Это создает трудности для формирования *универсального концепта*, приемлемого для всех отраслевых наук.

Будучи сложной *теоретической конструкцией*, «диспозитивность» должна рассматриваться одновременно и как *юридический инструментарий* – средство практического преобразования реальности, позволяющее эффективно осуществлять в процессах правообразования и правоприменения цели, задачи и общие принципы правового регулирования. Следует поддержать тезис Н.К. Краснослободцевой, что «диспозитивность» представляет собой правовую категорию, имеющую прикладной, инструментальный характер, которая позволяет «всебытийной», философской свободе человека предать более конкретную осмысленность в рамках правовой материи.²

Одним из первых понятие диспозитивности (в цивилистическом контексте) сформулировал О.А. Красавчиков, который определил ее как основанную на нормах гражданского права юридическую свободу (возможность) субъектов гражданских правоотношений осуществлять свою правосубъектность и свои субъективные права (приобретать, реализовать или распоряжаться ими) по своему усмотрению; диспозитивность предполагает правовую свободу управомоченных лиц приобретать права и осуществлять их по своему усмотрению.³ Как видим, автор ограничивает диспозитивные проявления реализацией *субъективных прав*. Действительно, «субъективное право» – основная «движущая сила» диспозитивности, поскольку именно в процессе осуществления субъективных прав, как правило, предоставляется возможность выбора, альтернативы, *локального саморегулирования*. В этом контексте

именно *дозволения*, а не обязывания и запреты, составляют содержательную основу диспозитивного регулирования общественных отношений. Однако сводить диспозитивность к осуществлению лишь субъективных прав, а диспозитивные нормы – к управомочивающим, категорически неверно. Диспозитивность может проявляться также при реализации юридических обязанностей, когда адресат нормы (разумеется, в очерченных законом пределах) выбирает наиболее удобный, *оптимальный вариант* должного поведения. Итак, не только использование участниками правоотношений субъективных прав, но и *исполнение обязанностей* допускает «привлечение» диспозитивных методов регулирования.

Отдельные специалисты полагают, что диспозитивные начала могут использоваться и в процессе *соблюдения запретов*.⁴ Потенциальные возможности для проявления автономии воли в ситуации в рамках запрещающей нормы можно обнаружить в тех случаях, где недопустимость запрещенного поведения носит *условный характер*, т. е. связана с выбором заинтересованного лица альтернативного поведения. Подобные нормы, как правило, нельзя обнаружить в публично-правовом, но в системе частного права они встречаются. В качестве примеров можно указать запрет гаранту отзывать или изменять независимую гарантию, если в ней не предусмотрено иное (п. 1 ст. 371 ГК РФ); запрет отзыва полученной адресатом оферты в течение срока, установленного для его акцепта, если иное не оговорено в самой оферте либо не вытекает из существа предложения или обстановки, в которой оно было сделано (ст. 436 ГК РФ); запрет хранителю без согласия поклажедателя передавать вещь на хранение третьему лицу, за исключением случаев, когда он вынужден к этому силою обстоятельств в интересах поклажедателя и лишен возможности получить его согласие, если договором хранения не предусмотрено иное (п. 1 ст. 89 ГК РФ), и т. д. Подобные нормы-запреты действуют *восполнительно*, т. е. в случаях, когда адресат не отдал предпочтение иному варианту поведения.

Диспозитивность находит свое выражение в *разнообразных аспектах* правовой реальности и включает использование диспозитивных норм, а также использование участниками правоотношений субъективных прав и процессуальных средств защиты (или отказ от их использования), дискретное усмотрение властных субъектов, договорные формы и акты локального саморегулирования, относительно-определенные и неопределенные сроки, выбор из ряда предусмотренных альтернатив, рамочное и рекомендательное регулирование, конкретизацию правовых принципов, судебных доктрин и оценочных понятий, использование в нормах открытых перечней, квалифицированное молчание закона т. п. Наиболее широкий концепт диспозитивности, с которым мы полностью солидарны, предложен М.И. Байтиным, который описывает ее как наличие у субъектов права «известной степени свободы волеизъявления относительно своих прав и обязанностей в пределах, предусмотренных соответствующими нормами права».⁵

Рассмотрим атрибутивные признаки диспозитивности как общеправового концепта. Это, прежде всего, – допускаемая законодателем *многовариантность поведенческих актов*. Диспозитивные

нормы, указывает А.В. Сумачев, предусматривают альтернативные варианты поведения; при этом в диспозитивной правовой норме может содержаться общее дозволение, исчерпывающий перечень альтернативных вариантов поведения либо определенный законодателем один из вариантов поведения, из которого логически «выводятся» другие альтернативные варианты.⁶ По мнению П.А. Петрова, главное в диспозитивности – это наличие альтернативы поведения, *установленной в нормах права*, на основе которых равноправные субъекты могут выбрать тот или иной вариант.⁷ Наличие в нормативно-правовых средствах двух или более *альтернативных моделей* правомерного поведения – обязательное условие (и предпосылка) осуществления диспозитивных начал в системе правового регулирования.

Следующий признак диспозитивности – *возможность выбора волевым усилием заинтересованных лиц оптимального для них (в конкретной ситуации) варианта поведения*. Свобода выбора – основной атрибут диспозитивности. Такая свобода касается как изначального решения субъекта права использовать или нет предоставленные законом возможности, так и этапа их практического осуществления. То есть речь идет, во-первых, об усмотрении в части инициирования правоотношения, и, во-вторых, о варьировании своего поведения в рамках уже возникшего и развивающегося правоотношения.

На этот аспект указывает большинство исследователей. «Социальным содержанием диспозитивных норм права является свобода лиц и их объединений в обществе. – подчеркивает А.В. Корнев. «... Диспозитивность предполагает некоторую свободу действий участников общественных (правовых) отношений. Это главное, на фоне чего не прекращаются дискуссии и прежде всего спор о том, что такое диспозитивность».⁸ П.А. Петров рассматривает диспозитивность как возможность самостоятельного выбора варианта поведения субъектов, как свобода их деятельности.⁹ Отмечая связь диспозитивного метода и дозволений, С.В. Бошно понимает диспозитивность как возможность выбора субъектом права модели правомерного поведения в пределах, установленных правовыми нормами.¹⁰ «Диспозитивность, – признает Е.В. Желтова – представляет собой свободу выбора варианта поведения при возникновении, осуществлении, распоряжении субъективными правами, предполагает автономию воли».¹¹ В основе диспозитивности, подчеркивает С.С. Алексеев, всегда лежит выбор юридически значимого поведения, причем как при использовании прав, так и при исполнении обязанностей, что «открывает простор для действий лица по своему усмотрению, по своей воле и в своих интересах».¹²

Следующий атрибутивный признак – *инициативность* субъекта права, волевое усилие которого (а не требование закона или правоприменительного органа) приводит в «движение» соответству-

⁶Сумачев А.В. Диспозитивность в уголовном праве // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2008. № 1 (4). С. 68.

⁷Петров П.А. Указ. соч. С. 87.

⁸Корнев А.В. Диспозитивность права как межотраслевая проблема // Вестник Академии права и управления. 2012. № 29. С. 40, 41.

⁹Петров П.А. Указ. соч. С. 87.

¹⁰Бошно С.В. Способы и методы правового регулирования // Право и современные государства. 2014. № 3. С. 57.

¹¹Желтова Е.В. Гражданско-правовая инициатива и диспозитивность: сравнительно-правовой анализ // Вестник омского университета. Серия: Право. 2012. № 3 (32). С. 121.

¹²Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С.59.

© А. В. Демин, 2016

*Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда (РГНФ) в рамках проекта проведения научных исследований «Диспозитивность в налоговом праве и «партнерская» модель налогового администрирования», основной конкурс 2016-2017 гг., проект № 16-03-00044.

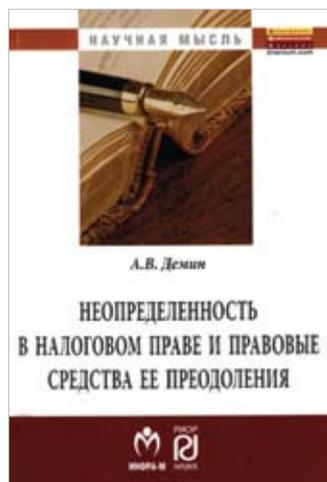
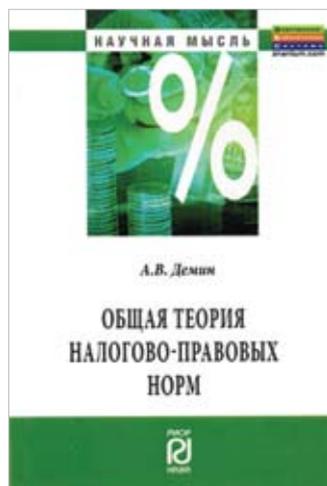
¹Петров П.А. Диспозитивность как качество права, ее соотношение с императивностью // Евразийский юридический журнал. 2016. № 4 (95). С. 87.

²Краснослободцева Н.К. Диспозитивность как инструмент закрепления свободы личности в законодательстве // Юридическая наука. 2011. № 2. С. 7.

³Красавчиков О.А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Советское государство и право. 1970. № 1. С. 43.

⁴См., напр.: Комарова Т.Е. Функции запретов в механизме гражданско-правового регулирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 16-17; Толмачев В.В. Технико-юридические средства установления и реализации запретов в российском праве (вопросы теории и практики): Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2014. С. 30.

⁵Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 253.



ющее правоотношение. Действует *общеправовой императив* о том, что закон не должен принуждать частное лицо к реализации его субъективных прав, включая право на защиту своих прав. Следует поддержать вывод Э.Л. Сидоренко о том, что «инициатива заинтересованных лиц составляет главное содержание принципа диспозитивности».¹³

Сущность диспозитивности как правового явления заключается в нормативно предоставленной участникам правоотношений возможности автономного волеизъявления. Исключительно от усмотрения последних зависит, будет ли реализована диспозитивная норма, и если будет, то каким образом. Правовая инициатива суть *форма объективации* (внешнего проявления) автономии воли лица. «Без проявления инициативы автономия воли имеет только значение возможности выбора, но не реализации задуманного».¹⁴ Посредством самостоятельных, инициативных действий заинтересованного субъекта потенциальная возможность выбора, предусмотренная в нормативной модели, осуществляется на практике, т. е. *потенция становится реальностью*. Этот процесс поэтапно развивается от *волеобразования* (формирование мотивации; осознание своих потребностей и интересов; постановка цели и задач; самостоятельный и целенаправленный выбор варианта поведения) к *волеизъявлению* (внешнее проявление воли в поведенческих актах – действиях или бездействии). В рамках диспозитивного регулирования, именно деятельное волеизъявление лица – исходный элемент *юридического состава*, влекущего возникновение (изменение, прекращение) соответствующих правоотношений. В этом контексте диспозитивность – не только свобода выбора, но и *свобода действий*.

В основе процесса волеобразования и проявления правовой инициативы лежат *интересы* субъекта права. Поэтому разнообразные диспозитивные проявления объединяет признаваемое законодателем право заинтересованного лица действовать не только своей волей, но и в своем интересе. Речь идет о «способности лица своей волей определять собственное поведение, реализовывать свой субъективный интерес».¹⁵ Иными словами, в рамках диспозитивного регулирования заинтересованное лицо вправе выбирать *максимально соответствующий его собственным интересам (потребностям)* правомерный вариант поведения. При этом государство гарантирует неприменение каких-либо отрицательных правовых последствий в случае отказа от одного варианта поведения и предпочтения другого.

¹³Сидоренко Э.Л. Диспозитивность как режим уголовно-правового регулирования: Дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2013. С. 22.

¹⁴Желтова Е.В. Указ. соч. С. 123.

¹⁵Сумачев А.В. Публичность и диспозитивность в уголовном праве. М.: ИД «Юрист», 2003. С. 47.

И, наконец, к атрибутивным признакам диспозитивности следует отнести *определение ее пределов*. Диспозитивное усмотрение всегда ограничивается *границами права*, т. е. выбранный вариант поведения должен быть *правомерным*. В свою очередь, правомерность предоставленных законом альтернатив (возможностей) обуславливает недопустимость каких-либо отрицательных последствий в случае отказа от одного варианта поведения в пользу другого. Следует согласиться с Т.Н. Молчановой в том, что «диспозитивность представляет собой правовую свободу совершения по своему выбору правомерных юридических действий, поскольку несовместима с действиями противоправными».¹⁶ Таким образом, диспозитивность – это свобода, заключенная в *правовые рамки*. Причем закон, с одной стороны, ограничивает свободу усмотрения участников правоотношений, а с другой – ее обеспечивает, защищает и гарантирует.

Итак, диспозитивность не означает безграничное усмотрение. Напротив, будучи правовым феноменом, она всегда противоположна беззаконию, недобросовестности, произволу. Как пишет Г.В. Мальцев, «диспозитивность в праве означает свободу осуществлять собственное усмотрение в ситуациях, урегулированных нормой права. Но свободы здесь ровно столько, сколько пожелает законодатель – носитель императивной воли».¹⁷ Сходное мнение высказано Е.П. Васьковой, которая, рассматривая принцип диспозитивности в налоговом праве, обоснованно утверждает, что «автономия воли субъекта может проявляться в рамках выбора конкретных моделей поведения, соответствующих требованиям законодательства Российской Федерации, т. е. не выходит за рамки должного поведения».¹⁸

Пределы диспозитивности устанавливаются, прежде всего, *нормативно-правовыми средствами*. Речь идет о действующих юридических нормах и принципах. Причем такие пределы, в дополнение к закону, могут быть очерчены и иными правовыми источниками: международными договорами, судебными правовыми позициями, правовым обычаем. Разумеется, установленные законом границы диспозитивности в различных отраслях права различаются: максимально широкими они предстают в частно-правовых отраслях и, прежде всего, в обязательном праве; в публично-

¹⁶Молчанова Т.Н. Диспозитивность в советском гражданском праве: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Свердловск, 1972. С. 16.

¹⁷Мальцев Г.В. Социальные основания права. М.: Норма, 2007. С. 585.

¹⁸Васькова Е.П. Принцип диспозитивности в налоговом праве и его интерпретация в решениях Конституционного Суда РФ 2008 г. // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2008 года: По мат. VI Межд. научно-практ. конфер., 17–18 апреля 2009 г. / Под ред. С.Г. Пепеляева. М., 2010. С. 38–39.

правовых отраслях использование диспозитивных начал существенно ограничивается.

В советском правоведении, базирующемся на позитивистских и этатизированных концептах, от участников правоотношений, как правило, требовалось соблюдения лишь *формальной законности*. В рамках такой установки «государство предоставляет возможность участникам диспозитивных отношений выбирать для себя наиболее приемлемый вариант поведения, ограничивая этот выбор лишь *соображениями законности* (выделено авт.)».¹⁹ В настоящее время такой подход является устаревшим. Принцип добросовестности и незлоупотребления правом, активно эволюционирующий в последние годы, буквально «взорвал» изнутри современную правовую доктрину и практику. В правоведении сформировалось понимание того, что не только формально законопослужное, но и *добросовестное поведение* адресата нормы соответствует целям правового регулирования. Успешно проходит апробацию в судах конституционная норма-принцип, провозглашающая, что *осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц*. В этом контексте правомерным сегодня признается соблюдение не только буквы, но и духа закона. В лице межотраслевого принципа добросовестности и незлоупотребления в праве мы получили важнейший «ограничитель» свободы усмотрения управомоченных лиц, лежащий на стыке права и морали. Тем самым известная максима римского права «*qui jure suo utitur neminem laedit*» – «кто использует свое право, не вредит никому», сегодня трансформируется следующим образом: «кто использует свое право *добросовестно и разумно*, не вредит никому».

В юридической литературе встречаются аргументы в пользу признания также ряда *внеправовых факторов* в качестве пределов реализации диспозитивности в праве. Так, Т.В. Кашанина к факторам факторов, ограничивающим произвольность в процессе реализации норм института диспозитивности, относит правосознание, нормы морали, общественное мнение, устоявшиеся обычаи и традиции, отчасти даже – эстетические взгляды населения.²⁰ Поскольку внешние границы права нередко размыты, влияние таких внеправовых факторов и необходимость их учета резко возрастает в «пограничных зонах», где право так или иначе соприкасается с иными системами социальной регуляции (мораль, религия, традиция, корпоративные нормы и т. п.).

Итак, **диспозитивность в праве** – это юридическая свобода участников правоотношений осуществлять субъективные права, обязанности и запреты по своему усмотрению, основанная на автономии воли последних и строго в пределах, очерченных правовыми рамками.

Исторически диспозитивность как правовой феномен сформировалась в гражданском праве, где приобрело характер основы отраслевого регулирования. Заметим, что в советской правовой доктрине преобладало дихотомическое противопоставление императивного метода публичного права и диспозитивного – права частного. В крайних своих проявлениях такой подход приводил, с одной стороны, к *монополизации* диспозитивных начал отраслями частного права и, с другой стороны, к ошибочному признанию того, что конституционное, административное, уголовное, финансовое право ограничены исключительно императивным методом

¹⁹Рукавишникова И.В. Метод финансового права / Отв. ред. Н. И. Химичева. М.: Юрист, 2006. С. 20.

²⁰Кашанина Т.В. Децентрализация в правовом регулировании (структурный анализ): Дисс. ... д-ра юрид. наук, 1992. С. 263–266.

правового регулирования. Традиционно считалось, что специфика публичного права (приоритет публичных интересов над частными, атрибутивное присутствие властного субъекта в правоотношениях и вытекающая из этого субординация, формализация и процессуализация поведенческих актов, отсутствие договорных форм и т. п.) детерминируют отказ от использования диспозитивных начал.

Сегодня указанные стереотипы преодолены и остались в прошлом. Общеизвестно, что разделение отраслей на публичные и частно-правовые в значительной степени носит условный характер. «Не бывает в «чистом» виде отраслей публичного или частного права, бывает большинство публично-правовых или частно-правовых институтов в той или иной отрасли».²¹ Также можно говорить лишь о *преобладании* императивных или диспозитивных начал в каждой отрасли права; «расстановка» правовых средств, приемов, методов и правовых режимов носит конкретно-исторический характер и детерминируется спецификой предмета отраслевого регулирования. Причем «баланс сил» в соотношении императивного и диспозитивного не остается неизменным, но постоянно эволюционирует вслед за эволюцией правовой системы в целом. В частности, сегодня значительный сдвиг в сторону диспозитивных начал обусловлен тенденциями демократизации и деформализации правообразования, усилением межотраслевой конвергенции, появлением комплексных правовых институтов и нормативно-логических конструкций.

В такой «картине права» диспозитивность – *межотраслевая категория*, так или иначе проявляющая себя во всех отраслях российского права без исключения, но с учетом отраслевой специфики. «Свойство диспозитивности характерно для всех отраслей как публичного, так и частного российского права. – верно отмечает И.С. Лапшин, – очевидно, что диспозитивность в гражданском праве не тождественна диспозитивности в праве конституционном, как не тождественна она диспозитивности в уголовно-процессуальном праве. Юридическая конструкция диспозитивности, как основанной на законе свободы субъектов права осуществлять (приобретать, реализовать, распоряжаться) свои права по своему усмотрению, в каждой отдельно взятой отрасли права наполняется своим специфическим содержанием, адекватным предмету правового регулирования данной отрасли права».²²

Межотраслевой характер диспозитивности как правового явления сегодня признается большинством правоведов. Отставив возможность использования диспозитивных начал в отраслях публичного права, О.Ю. Глухова обоснованно полагает, что «данный институт не является категорией, присущей ни исключительно к сфере частного, ни исключительно к сфере публичного права, он скорее характеризуется сочетанием элементов первого и второго».²³ Признавая наличие диспозитивности в праве обязательным условием его функционирования, П.А. Петров констатирует, что «диспозитивность и императивность присутствуют во всех отраслях права без исключения». При этом наличие и удельный вес диспозитивности в праве «говорит о демократических качествах права, его гуманном характере».²⁴ Поды-

²¹Сумачев А.В. Публичность и диспозитивность в уголовном праве. С. 47.

²²Лапшин И.С. Диспозитивные нормы российского права: Дисс. ... канд. юрид. наук. Новгород, 1999. С. 22–23.

²³Глухова О.Ю. Институт диспозитивности в праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. С. 65.

²⁴Петров П.А. Указ. соч. С. 90.

тоживая исторический анализ основных концепций рассматриваемого явления, Э.Л. Сидоренко приходит к обоснованному выводу: «Диспозитивность является системообразующей категорией, обладающей относительно устойчивыми идейным наполнением и функциональной направленностью, представленной в различных отраслях права различным объемом инструментов и средств правового регулирования. ... Проявляясь в различных отраслях права различным объемом правовых средств, она сохраняет общеправовую целостность, идейно-политическую и функциональную направленность».²⁵ Разумеется, в каждой отдельно взятой отрасли права дихотомия «императивное/диспозитивное» наполняется собственным содержанием и проявляется в специфических формах.

Ряд авторов высказывают сомнения по поводу признания диспозитивности *общеправовой категорией*. К примеру, А.Ф. Воронов ограничивает действие принципа диспозитивности гражданским и арбитражным процессом.²⁶ Отрицая возможность диспозитивного регулирования финансовых отношений, Г.Г. Пиликин решительно заявляет о том, что в публичном праве «недопустимо «усмотрение сторон» равно как и неприменима формула «разрешено все, что прямо не запрещено». С этой точки зрения, «квазидиспозитивные» нормы являются по своей сути предписываемыми (имея в виду установленные варианты поведения) и не утрачивают природу императивности».²⁷ Справедливости ради отметим, что столь «ортодоксальные» позиции все реже встречаются в современных юридических публикациях.

С точки зрения функционального предназначения диспозитивность помогает решать «извечные» технико-юридические задачи, связанные с преодолением излишнего формализма и консерватизма позитивного права.

Первая проблема – объективно неустраиваемая *фрагментация* системы правовых норм, т. е. невозможность создать абсолютно беспробельное законодательство, в котором бы отсутствовали зоны неопределенности. Вторая – неизбежное *устаревание* Закона, его перманентное «отставание» от динамично изменяющихся объектов правового регулирования; причем по мере развития человеческой цивилизации динамика таких изменений прогрессивно нарастает. И, наконец, еще одна «вечная» проблема – *типичность*, т. е. абстрактный (универсальный) характер нормативных моделей, которые охватывают множество однородных правоотношений, но не всегда учитывают ситуативные обстоятельства каждой конкретной ситуации и особенно – нюансов т. н. сложных «пограничных» случаев.

Для решения указанных проблем требуется *юридический инструментарий*, позволяющий оперативно и адекватно приспособлять нормативные предписания к насущным требованиям повседневной жизни, а также предлагающий участникам правоотношений социально оправданные стандарты правомерного и добросовестного поведения в ситуации правовой неопределенности. Как верно заметил Э. Евстигнеев, практика применения закона показывает нежизнеспособность жестких нормативных конструкций, которые не могут видоизменяться в зависимости от условий жизни общества и его социаль-

ных ориентиров.²⁸ В этом контексте диспозитивность выступает одним из каналов, направленных на *снижение неопределенности в праве*, корректировку недостатков нормативного регулирования и придание ему большей гибкости, эффективности, динамизма.

Диспозитивность в праве стимулирует адресатов правового воздействия к самостоятельным, активным действиям не вследствие внешнего принуждения и угрозы санкций, но на основе собственной заинтересованности, свободы волеизъявления и выбора оптимального для себя варианта поведения. Использование диспозитивных начал позволяет задействовать интересы, творческий потенциал и инициативу участников правоотношений, которые опираются на их интересы и мотивации, а также – активнее «включать» частных лиц в процессы правообразования и правоприменения. Рассматривая диспозитивность в качестве общеправового принципа, Г.В. Мальцев совершенно верно отмечает, что привлекательность последнего для юристов заключается в том, «что он позволяет удачно сочетать различные виды регулирования общественных отношений – сохранить нормативный контроль над ситуацией и в то же время заставить индивидуальные интересы на нее работать, использовать всю мотивационную мощь человеческих интересов».²⁹

Формы проявления диспозитивности в праве разнообразны. Прежде всего, они связаны с *нормой права* как базовым компонентом системы правового регулирования. Здесь важно прояснить наш взгляд на соотношение категорий «диспозитивность» и «диспозитивные нормы». Последние представляют собой основную форму выражения диспозитивности в праве и важнейшее средство ее реализации.

В отечественной доктрине сложилось понимание диспозитивной нормы как нормы *восполняющего характера*, которая предусматривает нормативную модель на тот случай, если ее адресаты не сделают выбор в пользу иных вариантов поведения. Такой подход официально легализован в п. 4 ст. 421 Гражданского Кодекса РФ, где диспозитивной признается «норма, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное». При этом не требует доказательств тезис о том, что помимо таких «восполняющих» норм в системе права присутствует немало иных (причем самых разнообразных) юридических норм, содержащих *диспозитивные компоненты*. Однако, как мы видим, лишь часть правовых норм с диспозитивными проявлениями – причем довольно незначительную – доктрина и закон именуют собственно «диспозитивными». Неизбежно возникает несоответствие между объемом самого феномена и формой его выражения в праве. Первое оказывается значительно шире второго.

Для преодоления возникшего несоответствия, предлагаем разделить все правовые нормы по содержанию на *императивные* и *неимперативные*. Первые – категорические правила, не допускающие какой-либо «трансформации» по усмотрению участников правоотношений; вторые предоставляют адресатам определенную свободу выбора своего поведения в правовых границах и включают в себя все нормы, ставящие возникновение или содержание правоотношения в зависимость от усмотрения его участников. В такой классификации нормы, действующие постольку, поскольку их адресаты не выбрали иной вариант поведения, должны

именоваться «восполнительными»³⁰ и рассматриваться лишь как одна из разновидностей неимперативных норм. Чтобы не ломать устоявшееся в правоведении (прежде всего, в цивилистике) и легализованное в ГК РФ понимание диспозитивных норм, можно неимперативные нормы именовать диспозитивными *в широком значении*, а восполнительные нормы – диспозитивными *в узком значении*.

В целом, неимперативные нормы можно подразделить на две группы:

1. Нормы с открытой структурой

Они предлагают адресату конкретизировать содержание нормы применительно к фактическим обстоятельствам их реализации (применения). К этой категории относятся, в частности, *высокоабстрактные* нормы (напр., правовые принципы, нормы-декларации, нормы-цели), нормы с *оценочными понятиями*, *дискреционные нормы*, включая нормы с *неопределенной* и *относительно-определенной* гипотезой, наделающие властных субъектов усмотрением в процессе правоприменения (напр., «в исключительных случаях», «в случае необходимости», «в необходимых случаях», «при необходимости», «в случаях, не терпящих отлагательства»), нормы с *открытым перечнем* и т. п.

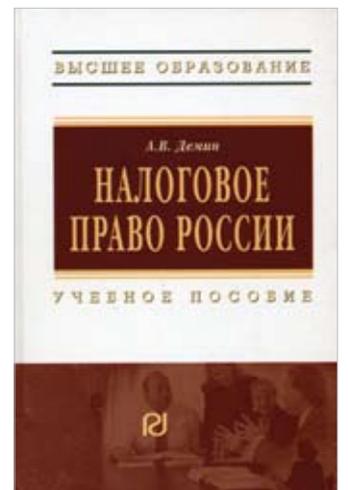
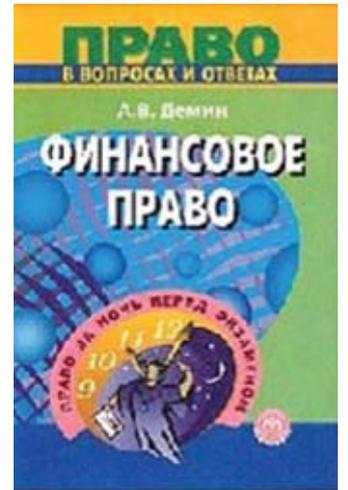
2. Нормы с вариативным содержанием

Они содержат два или более правомерных варианта поведения, выбор одного из которых осуществляется по усмотрению адресата нормы. В эту группу следует, прежде всего, включить нормы с альтернативными гипотезами, диспозициями, санкциями, в которых выбор оптимальной альтернативы отдан законодателем «на откуп» самим участникам правоотношений. *Управомочивающие нормы* также имеют вариативный характер в том смысле, что предусматривают для адресатов два правомерных варианта, а именно: реализовать предусмотренное нормой субъективное право или отказаться от его реализации. И, наконец, к этой группе относятся все *восполнительные нормы*, действующие постольку, поскольку заинтересованные лица не выбрали иной вариант поведения. Именно последние традиционно рассматриваются отечественной доктриной и гражданским законодательством как диспозитивные нормы *в узком значении*. Заметим, что такой «широкий» подход к диспозитивным нормам в той или иной интерпретации встречается как у советских, так и у современных авторов. Так, поддерживая классификацию юридических норм на два класса – императивные и диспозитивные, А.С. Краснопольский подчеркивает, что среди неимперативных

норм встречаются такие, которые не содержат никаких восполнительных постановлений на случай отсутствия соглашения между сторонами.³¹ Определяя диспозитивные нормы как нормы, которые дают субъектам возможность своей волей, по своему усмотрению определять условия их взаимоотношений, предоставляют свободу в выборе варианта поведения, И.С. Лапшин пишет: «Нормы права, закрепляющие диспозитивность, не исчерпываются диспозитивными нормами в традиционном их понимании как восполняющих отсутствующее соглашение сторон».³² Максимально широко понимает диспозитивные нормы П.А. Петров, относящий к последним правила поведения, которые в противовес нормам императивным не носят категоричного характера и предоставляют субъектам возможность выбора варианта поведения.³³

Итак, *неимперативной*, т. е. диспозитивной в широком смысле слова, будет всякая норма, обладающая открытой структурой или вариативным содержанием. Восполнительную норму, действующую постольку, поскольку ее адресаты не выбрали иной вариант поведения, нужно рассматривать как диспозитивную в узком значении (т. е. как одну из разновидностей неимперативных норм).

Как можно заметить, в нашей концепции диспозитивности *классификационным критерием* разделения норм на императивные и неимперативные выступает не только *степень обязательности* предписания, но и его *содержательная определенность*. Иными словами, для нашей классификации важен не только факт выбора адресатом нормы, реализовать ее или нет, но и *степень усмотрения* при ее реализации, т. е. выбор, *каким именно образом* следует реализовать нормативное предписание. В этом контексте императивные нормы – это нормы с абсолютно определенным (категорическим) содержанием, неимперативные – с относительно-определенным. К примеру, такие налоговые конструкции, как «доходы» или «расходы», по нашему мнению, являются неимперативными, поскольку в силу их крайне абстрактного и неопределенного содержания предоставляют заинтересованным лицам широкую дискрецию в части интерпретации и признания доходами и расходами тех или иных фактических выгод и затрат. Такая же ситуация складывается, например, в отношении правовых принципов: с точки зрения обязательности они обладают *высшей юридической силой*, т. е. имеют приоритет в системе права над иными предписаниями; вместе с тем открытая структура принципов позволяет всем и каждому «достраивать» их концепты, отталкиваясь от своего



²⁵Сидоренко Э.Л. Указ. соч. С. 32.

²⁶Воронов А.Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. М.: Городец, 2009. С. 112.

²⁷Пиликин Г.Г. Значение дихотомии в финансовом праве // Налоги и финансовое право. 2013. № 3. С. 192–193.

²⁸Евстигнеев Э.А. Императивные и диспозитивные нормы в договорном праве: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 26–27.

²⁹Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 585.

³⁰Характерно, что в русском дореволюционном правоведении термин «диспозитивная норма» не употреблялся вовсе, а рассматриваемые нормы именовались «восполнительными». Термин «диспозитивная норма» появился значительно позднее и, скорее всего, был заимствован из французской правовой доктрины.

³¹Краснопольский А.С. Трудовое правоотношение и трудовой договор по советскому праву // Вопросы советского гражданского и трудового права. М., 1952. С. 146.

³²Лапшин И.С. Указ. соч. С. 33. Далее автор справедливо называет ошибкой подмену диспозитивности норм их восполнительным характером (Там же. С. 37).

³³Петров П.А. Указ. соч. С. 88.

понимания правовых ценностей и отстаивая это свое понимание перед лицом всех иных участников правового общения (прежде всего, в судах); с точки зрения свободы усмотрения каждого заинтересованного лица в части их интерпретации и развития, правовые принципы обладают диспозитивностью в широком значении.

Обратим внимание также на более *сложные случаи*, нередко встречающиеся в законодательной практике. Речь идет о достаточно распространенной ситуации, когда в одной и той же норме одновременно содержатся и императивные, и диспозитивные элементы. Рассмотрим следующий пример. Согласно абзацу второму п. 2 ст. 61 НК РФ, «срок уплаты налога и (или) сбора может быть изменен в отношении всей подлежащей уплате суммы налога и (или) сбора либо ее части) с начислением процентов на сумму задолженности». С одной стороны, закон предоставляет адресатам по своему усмотрению инициировать релевантное правоотношение и определить сумму налога (сбора), в отношении которой они намерены изменить срок уплаты (*диспозитивный элемент*). Но, с другой стороны, рассматриваемая норма содержит категорическое предписание о начислении процентов на сумму задолженности; отменить его или модифицировать своей волей адресаты не вправе (*императивный элемент*). К какой категории – императивных или неимперативных – следует относить подобные нормы? Разумеется, можно попытаться «вычислить» удельный вес императивности или диспозитивности в конкретном нормативном предписании. Например, исходя из *функционально-целевого критерия* абзаца второго п. 2 ст. 61 НК РФ, можно утверждать, что перед нами неимперативная норма, так как диспозитивная направленность здесь преобладает, а императивные компоненты носят производный и дополнительный характер. Но, полагаем, что установление подобных соотношений императивного/диспозитивного применительно к отдельным нормам права – слишком трудновыполнимая, и не всегда однозначно решаемая задача, поскольку подчас нельзя однозначно определить, какой из элементов – главный, а какой носит вторичный и «подчиненный» характер. Поэтому все нормы с диспозитивными элементами (даже в случаях преобладания в них категорических предписаний) мы предлагаем, в целом, относить к разряду *неимперативных норм*.

Некоторые авторы ограничивают феномен диспозитивности исключительно нормами права. Этот вывод опровергается законодательной практикой, так как не только наличие нормы, но и ее *отсутствие* может обуславливать присутствие в праве диспозитивных начал. Речь идет о *квалифицированном молчании закона* – особом приеме юридической техники, состоящем в сознательном и целенаправленном нежелании законодателя регулировать ту или иную ситуацию при помощи нормативных предписаний. Квалифицированное молчание как *прием юридической техники* применяется в тех случаях, когда законодатель сознательно отказывается от нормативной регламентации либо регламентирует вопрос в самом общем виде, делегируя его дальнейшее урегулирование на уровень правоприменения. В данном случае законодатель не говорит «нет», «запрещено», «недопустимо», но признает, что на уровне статутного права исчерпывающая регламентация данного вопроса нецелесообразна. Поэтому он «сознательно оставляет вопрос открытым, чтобы предоставить возможность его разрешения в дальнейшем с учетом правоприменительной практики и специфики конкретной ситуации». ³⁴

³⁴Трофимов В.В. «Квалифицированное молчание законодателя» как средство «профилактики» правотворческих ошибок // Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах: Мат. Межд. науч.-практ. круглого стола / Под ред. В.М. Баранова, И.М. Мацкевича. М., 2009. С. 596.

Подводя итоги, еще раз подчеркнем: диспозитивность – это *общеправовой феномен*, причем феномен, находящийся в процессе непрерывной эволюции. Расширение диспозитивных начал связано с общедозволительными тенденциями либерализации, гуманизации и глобализации современных правовых систем.

Возможность распоряжаться своими материальными и процессуальными правами, реализовать дискретные полномочия, выбрать оптимальный вариант юридически значимых действий из ряда предложенных законодателем альтернатив присутствует *во всех отраслях российского права*. Тем самым диспозитивность нельзя рассматривать как *эксклюзивную принадлежность* какой-либо одной или группы отраслей права, т. е. диспозитивные проявления присутствуют во всех сегментах правовой системы. Сегодня наблюдается активное проникновение диспозитивных начал в отрасли публичного права. Важнейшая задача правовой науки и практики – поиск *оптимального баланса* между императивным и диспозитивным в праве, т. е. формирование такой системы правового регулирования, в которой идея справедливости и требование эффективности взаимно дополняли бы и уравновешивали друг друга с целью поиска разумного баланса власти и свободы, а также – гармонизации публичных и частных интересов.

А.В. Демин: Диспозициялық жалпы құқықтық концепт ретінде.

Диспозициялық жеке және көпшілік құқығын қоспағанда, заңның барлық салаларына тән заңнамалық феномен ретінде қарастырылады. Диспозициялықтың жалпы құқықтық санат ретінде мынадай белгілері бар: нормативтік баламаның болуы, яғни заңмен белгіленген мінез-құлықтың көпөлшемділігі; құқық субъектілерінің еркіндік автономиясы, яғни еркін билдіру құқығымен өздеріне тиімді мінез-құлық нұсқасын таңдауы; мүдделі тараптардың мүдделері мен қажеттіліктеріне негізделген құқықтық бастама; таңдауды заң шеңберінде іске асыру, яғни ұсынылған баламалардың заңды болуы; диспозитивті нормаларды іске асыруға мәжбүрлікті болдырмау. Заң ғылымы мен тәжірибесінің міндеті – құқықтағы императивтілік пен диспозитивтілік арасындағы тиімді теңгерімді іздеу және дамыту.

Түйінді сөздер: құқықтық реттеу, императивтілік, диспозитивтілік, еркіндік автономиясы, құқықтық бастама, диспозитивті норма, императивті емес нормалар, толықтыру нормасы, ашық құрылымды нормалар, вариативті мазмұнды нормалар, құқықта айқынсыздықтың төмендеуі, метасалалық санат.

A. Demin: The Dispositivity as a General Legal Concept.

The Author considers the dispositivity as a legal phenomenon that exists in all branches of law, without exception – both private and public law. The dispositivity as a general legal category has the following characteristics: the presence of regulatory alternatives, i.e. of the multivariate behavior fixed by the law; autonomy of will of subjects of law, which by their will may choose the optimal way of behavior; autonomy of will of subjects of law, who by their will may choose the optimal way of behavior; the legal initiative based on the interests and the needs of stakeholders; implementation of the choice within the law, i.e. the validity of each of the provided alternatives; inadmissibility of coercion to implement the discretionary provisions. The task of legal science and practice are the search and development of optimal balance between the imperative and the dispositive in the law.

Key words: legal regulation, the imperativity, the dispositivity, autonomy of will, legal initiative, the discretionary norm, origin of law, self-control, normative choice, multivariate of behavior.

КОНСЕРВАТИВНАЯ ПРАВОВАЯ ИДЕОЛОГИЯ В РОССИИ И ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЕ: ОБЩЕЕ И ОСОБЕННОЕ



А. А. ВАСИЛЬЕВ, научный руководитель юридического факультета Алтайского государственного университета, д. ю.н., доцент (г. Барнаул, РФ)

Статья посвящена малоизученной теме в юридической науке – сопоставлению российской и европейской консервативных правовых идеологий. Отмечаются факторы, влиявшие на становление, этапы развития и особенности европейской консервативной правовой идеологии. Автор предлагает типологию консервативных политико-правовых учений Западной Европы. Особое внимание обращается на общее и особенное в европейской и российской консервативных правовых идеологиях.

Ключевые слова: консерватизм, политическая и правовая идеология консерватизма, традиционализм, охранительство, стабильность, устойчивость, безопасность, традиция, обычай, антирационализм.

Западная консервативная идеология вовсе не была предметом серьезных научных изысканий. В качестве исключения можно назвать работы И.А. Исаева, который в цикле произведений активно использует наследие европейских традиционалистов – Ж. де Местра, К. Шмитта, А. Токвиля, Ю. Эволя.¹

Однако, западный консерватизм в большей степени был исследован в рамках социальной философии. А. М. Руткевич, А.Н. Филиппов, К. Манхейм, С. Хаттингтон в своих книгах затрагивают те или иные аспекты политической и социальной философии европейских консерваторов. Интересные исторические и сравнительные исследования консерватизма предприняты международным научным коллективом под руководством А.Ю. Минакова.² Безусловно, одна из причин слабого исследования политико-правового творчества западных консерваторов состоит в том, что юридический компонент, слабо выражен в европейском консерватизме. Преимущественно, источники европейского консерватизма посвящены мировоззренческим основаниям традиционной цивилизации Европы, в котором право тесно примыкает к религии и этике или занимает незначительную роль в качестве социального регулятора. Хотя, нужно признать, что юридический аспект в западном консерватизме более ярко выражен, чем в отечественном тради-

© А. А. Васильев, 2016

¹Исаев И.А. Идея порядка в консервативной ретроспективе. М.: Проспект, – 2013 с.; Он же: Господство. Очерки политической философии. М., 2008.; Он же: Солидарность как воображаемое политико-правовое состояние. М., 2009.

²Консерватизм в России и мире: в 3-х ч. Часть III. / Под ред. А. Ю. Минакова. Воронеж: Воронежский государственный университет, 2004. – 222 с.

ционализме. Большинство западных консерваторов все-таки право воспринимают в качестве одной из традиций Европы, тогда как в российской традиции право нераздельно с православной этикой либо имеет весьма критические оценки в качестве опасного социального регулятора для традиционного общества и несет в себе модернистские начала. Особенно, заметно значение правоведческой тематики в Германии, где разрабатывалась историческая школа права в XIX в. Впрочем и в других направлениях европейского консерватизма заметно внимание к юридическим вопросам. Например, Ж. де Местр весьма внимательно разбирал проблемы правотворчества, конституционализма. А. де Бенуа очень подробно касается такого вопроса как права человека.

Еще меньшее внимание исследователей заметно в сфере сопоставления европейского и российского консерватизма, а тем более правовых идей западных и отечественных консерваторов. По существу сравнение консервативной идеологии Западной Европы и России можно встретить в работах Г.И. Мусихина, В.Я. Гросула, И. А. Исаева.³

В философской и исторической литературе возникновение консерватизма как идеологического течения относят к концу XVIII – началу XIX в. – эпохе Просвещения и Великой Французской революции, прошедшей под лозунгами либеральных идеалов, направленных на разрушение традиционных ценностей европейского средневековья – католической веры, абсолютизма, сословно-корпоративных уз. По существу отчет в истории консерватизма ведут с эпохи радикальной ломки ценностей христианского Средневековья и воплощения в революционной практике либеральных проектов. Сам консерватизм в таком случае воспринимается как реакция традиционного общества на либерализм. Поэтому возникновение и эволюция охранительства прослеживается сквозь призму развития либеральной идеологии.

В результате консерватизм приобретает скорее отрицательный идеологический характер как идеологии сопротивления и борьбы с либеральными ценностями научно-технической революции, секуляризации культуры, республиканской государственности и юридизации общественной жизни. Оценка консерватизма как следствия появления и развития либерализма, естественно, привела к возникновению отрицательных определений охранитель-

³Мусихин Г.И. Россия в немецком зеркале: сравнительный анализ германского и российского консерватизма. СПб.: Алетейя, 2002. – 255 с.



тельной доктрины. Консерватизм – отрицание либерализма, не претендующее на какое-либо собственное ценностное содержание. Ко всему прочему консерватизм тесно связывается с интересами класса крупных землевладельцев и духовенства, терявших при развитии либерализма свои экономические и сословные привилегии. Поэтому не случайно, что в советской литературе консерватизм рассматривался как идеология крепостников. Эту социально-классовую линию в понимании консерватизма в современной России продолжает В.Я. Гросул. Причем крушение традиционной средневековой культуры привело и к закату европейского консерватизма по мысли его исследователей и критиков. Г. Рормозер отмечает пространственный в литературе предрассудок, согласно которому консерватизм и Новое время, модерн исключают друг друга. Модерн преодолел консервативную реакцию, и она стала идеологическим течением, потерявшим опору в традиционном обществе. Ныне охранительство по мысли таких авторов – предмет истории мысли, но не реальная идеологическая сила в Западной Европе.⁴

С К. Манхейма в литературе о европейском консерватизме начинается традиция дифференциации консервативной идеологии на две составные части:

– стихийный, бессознательный консерватизм – традиционализм;

– консерватизм как рациональная рефлексия по поводу ценностей традиционного общества.

К. Манхейм по поводу традиционализма писал: «Традиционализм означает тенденцию к сохранению старых образцов, вегетативных способов жизни, признаваемых всеобщими и универсальными. Этот «инстинктивный» традиционализм может трактоваться как начальная реакция на сознательные и реформаторские тенденции. В своей ранней форме он был связан с магическими элементами в сознании, и наоборот – среди примитивных людей уважение к традиционным способам жизни сильно связано со страхом перед магическим злом, сопутствующим изменениям. И сегодня мы имеем дело с традиционализмом этого рода, часто связанным с магическими пережитками старого сознания. Традиционализм не должен, таким образом, даже сегодня выступать совместно с консерватизмом политическим или каким-либо иным. Люди «прогрессивные», несмотря на свои политические убеждения, часто могут себя вести в большей степени «традиционалистично» в других сферах жизни».⁵

Соответственно, вплоть до эпохи модерна в За-

падной Европе господствовал традиционализм как естественная установка на сохранение старых порядков как бессознательная реакция человека. Именно в крушении традиционного общества в Европе лежат предпосылки зарождения консерватизма как рационального течения общественной мысли. В самом историческом ходе развития европейской цивилизации были заложены первопричины генезиса консерватизма как идеологии. На наш взгляд, консервативная идеология – есть сугубо европейский феномен, поскольку именно в европейской культуре традиционные архетипы национального сознания были отрефлексированы в виде рациональных конструкций. В остальном мире долгое время, а нередко еще до наших дней традиционное мировоззрение остается господствующим, а ход общественной жизни не порождает кризиса ценностей и антагонизма модерна и старых порядков.

Поэтому становление консервативной идеологии на рубеже XVIII–XIX вв. не является всемирно-историческим событием, а имеет исключительно европейское значение, хотя и оказавшее влияние на другие цивилизации – традиционные общества Азии, Африки, российскую цивилизацию

Пользуясь приемом А. Тойнби «исторические вызовы – ответы», можно утверждать с высокой долей уверенности, что консерватизм появляется как рациональное осознание опасности для европейского общества в условиях эпохи Просвещения потерять традиционные основания. Модерн, эпоха «современности» несла в себе угрозу для всех старых, средневековых европейских ценностей и естественным образом вызвала к жизни человеческую и общественную реакцию – сопротивление изменениям и новациям, которые стали приобретать постоянный и динамический характер. Безусловно, первоисточники эпохи «модерн» закладывались еще в Возрождение и Реформацию: культ человека, монархизм и тиранизм, критика церкви и протестантский индивидуализм и обоснование личного успеха, религиозные войны, примитивизация и утилитаризация естественного права и т.д.

Среди основных исторических предпосылок возникновения консерватизма как идеологического течения можно назвать:

- расцвет философии Просвещения как кульминации средневековой схоластики и культ рационализма;
- секуляризация общества и мировоззрения;
- развитие естественно-научного знания;
- церковный кризис, религиозные войны в Европе;
- революционные события во Франции как катализатор рождения новых идеологических течений;
- падение монархического начала в общественном сознании;

– развитие капиталистических отношений, борьба буржуазии за власть.

Вероятно, истоки европейского консерватизма следует искать в кризисе христианства и возникновении Реформации. Именно в Реформации, а потом и обмирщении европейской культуры необходимо видеть предпосылки в возникновении консерватизма как интеллектуального течения, направленного на сохранение старых порядков, непосредственно связанных с господством католицизма и римского престола. Многие историки первую волну консерватизма обнаруживают в XVII в., когда началось движение контрреформации, а в Англии развернулась борьба между партией короля и партией двора. Партия короля защищала королевские прерогативы, а партия двора стремилась ограничить власть короля парламентом. Партия короля породила движение тори – консерваторов, а партия двора стала называться виги или либералами. Среди первых консерваторов той поры называют Р. Филмера, Д. Галифакса, У. Блэкстона и др.⁶

Собственно правовая идеология европейского консерватизма в своем генезисе определялась такими причинами как:

- доминирование в ходе революции во Франции доктрины естественного права, которая исходила из универсальных законов человеческого разума и представляла собой апологию человеческой свободы;
- разрушение системы социального регулирования традиционного типа: религиозных норм, этических норм, обычаев, господствующих в сфере церковной жизни, цехового устройства, городской организации, жизнедеятельности крестьянских селений;
- централизация власти, правового регулирования, исключение самобытности и автономии местных правовых порядков;
- дискредитация и дексакрализация монархической власти;
- механицизм и произвольность в построении государства и правовой системы, отрицание органической природы государства и права.

Как справедливо отмечается исследователями западного консерватизма, формирование консервативного мышления вызвало ряд интересных следствий. Во-первых, для оппозиции и критики либеральной идеологии консерватизм активно использовал риторику и терминологию своего оппонента. В противном случае, вряд ли возможно противостояние в поле рационального дискурса неотрефлексированного традиционализма и сугубо рационального либерализма.

Во-вторых, консерватизм подверг рациональ-

ному осмыслению те сферы и ценности, которые не были интересны для либеральной философии. Фактически сакральные и потаенные для разума аспекты традиционного общества получили рациональное и вербальное выражение и оттого стали терять свое мистическое звучание. Так, рационализация таких идеалов как соборность, мистицизм, брак и других привел к их упрощенному интеллектуальному восприятию. Соответственно, в определенной мере на консерватизме лежит бремя ответственности за потерю мистического ореола ряда институтов традиционного общества.

Как таковой периодизации истории европейской консервативной правовой идеологии не сложилось. Во многом это связано с серьезными различиями консервативной идеологии в странах Западной Европы. Тем не менее, по нашему мнению, условно историю европейской консервативной идеологии можно построить следующим образом исходя из характера стоящих перед европейской цивилизацией вызовов:

1. Предыстория европейской консервативной правовой мысли – XVI – вторая половина XVIII в., когда консерваторы начинали спорадически и бессистемно защищать традиционные ценности жизни (Гуго, Пюттер, Мезер).

2. Зарождение консервативной правовой идеологии в Англии и Франции как непосредственная реакция на Великую буржуазную революцию во Франции – конец XVIII – начало XIX вв. (Э. Берк, Ж. де Местр, Шатобриан).

3. Складывание целостной системы консервативных идеалов и ценностей – XIX в. в трудах исторической школы права и других представителей консерватизма (Савиньи, Пухта, А. Токвиль, Шталь, Меллер, Гастхаузен, Маурер, Штейн и др.).

4. Трансформация консерватизма в идеологию консервативной революции, когда происходит сочетание национализма с элементами социализма – плановой и военизированной экономики – 1920 – 1940 гг. (О. Шпенглер, А. Меллерванден Брук, К. Шмитт, Ш. Моррас и др.).

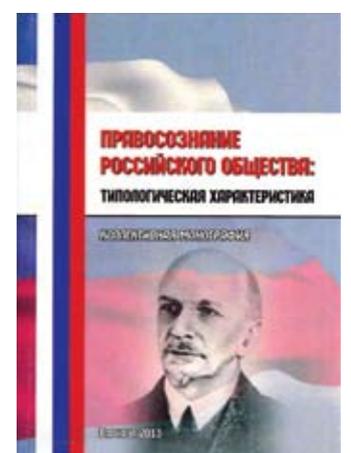
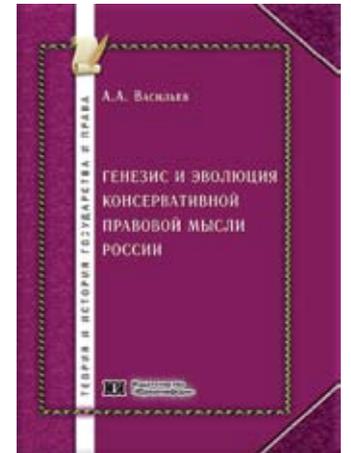
5. Кризис консерватизма и диктат идеологии либерального консерватизма, которая стремится соединить либерально-демократические ценности с идеей порядка, устойчивым развитием и возвратом к практике классического либерализма без активного государства и социальных программ (А. де Бенуа, С. Хатингтон и др.).

Еще более трудоемкая задача заключается в попытке создания типологии консервативной правовой идеологии Западной Европы. Сложность состоит в том, что консервативная традиция в каждой европейской стране имеет явные национально-культурные особенности. Так, английский консерватизм тесно переплетается с либерализмом (парламентаризмом, свободой личности, рынком), тогда как немецкий консерватизм связан с идеями



⁴Рормозер Г., Френкин А. А. Новый консерватизм: вызов для России. М.: Наука, 1996. С. 95.

⁵Манхейм К. Диагноз нашего времени. М.: Юрист, 1994. С. 593.



⁶Гросул В. Я., Итенберг Г.С., Твардовская В. А. Шацко К.Ф., Эймонтова Р. Г. Русский консерватизм XIX в. М.: Прогресс-Традиция, 2000. С. 51 – 53.

авторитарной власти, власти как служения, организации всего общества по принципам военно-хозяйственной машины. Тем не менее, условно можно предложить следующие подходы к типологии западноевропейской политико-правовой мысли.

1. С точки зрения соотношения стабильности и динамизма можно выделить две разновидности консерватизма:

– классический (статический) консерватизм, который ратовал за сохранение насущных политико-правовых порядков (например, историческая школа права);

– реформационный консерватизм, который допускал наряду с опорой на традиции проведение необходимых реформ (А. де Бенуа);

– революционный консерватизм, который допускал использование революционных методов по возрождению традиционных порядков (О. Шпенглер, Ш. Моррас, К. Шмитт).

2. С точки зрения отношения к историческому времени и возможности возрождения старых порядков можно выделить:

– реставрационный консерватизм, который предполагал возможность обновления обществ путем возврата к старым, дореформенным или дореволюционным порядкам (Ж. де Местр);

– утопический консерватизм, который призывал вернуться к порядкам средневековья (Пюттер);

– «реалистический» консерватизм, который примирялся с либеральной действительностью и лишь отчасти апеллировал к традиционным основам общества (новые правые во Франции во второй половине XX в.).

3. Исходя из соотношения либеральных и консервативных ценностей в идеологии можно выделить:

– либеральный консерватизм, в котором фактически традицией считаются либеральные институты (Э. Берк, А. де Бенуа). Еще более крайней версией такого консерватизма выступает американский неоконсерватизм конца XX в., когда фактически под консерватизмом скрываются попытки возврата к государству-ночному сторожу, стихийному рынку и отказу от социальных программ;

– ценностный консерватизм, который воплощает в себе идеалы европейского традиционного обществ средневековья (сословное деление, имперское устройство, монархизм, господство обычного права и местной автономии, католическая вера и т.д.).

4. С точки зрения соотношения национальных и интернациональных компонентов в консерватизме можно выделить:

– националистический консерватизм, отстаивающий превосходство определенной нации (например, идеология О. Шпенглера или К. Шмитта или так называемое движение гвельфов);

– имперский или универалистский консерватизм, выступающий за господство империи как универсальной идеи-правительницы и отказ от националистического государства (А. де Бенуа или так называемое движения гиббеллинов).

5. С точки зрения опоры на христианские традиции можно выделить:

– христианский консерватизм, признающий христианские ценности частью европейской традиции (Э. Берк, Ж. де Местр и др.);

– языческий консерватизм, который в христианстве видел зачатки индивидуализма и искал первоосновы европейской цивилизации в языческой вере (А. де Бенуа);

– консерватизм, который рассматривает христианство лишь одной из частей общей мистической традиции всего мира, причем находящейся в эпоху духовного кризиса и конца истории (Р. Генов).

Безусловно, невозможно отрицать наличие общих черт для европейского и русского консерватизма. В первую очередь, не-

зависимо от национальной прописки консерватизм всегда и везде выполняет функцию охраны традиционных ценностей. Наряду с этим, очевидно, что европейский и отечественный консерватизм сближает ряд базовых ценностей, имеющих, однако, собственное национально-культурное воплощение: христианская традиция, спиритуализм, историзм, органицизм, автократия, солидаризм и др. Роднит российскую и европейскую версии консерватизма неприятие либеральных правовых и политических идеалов. В определенной степени, западный консерватизм оказал ощутимое влияние на российского визави. Так, консервативные течения русской мысли испытывали интеллектуальное воздействие со стороны европейских мыслителей. Так, европейский романтизм серьезно повлиял на славянофильство. Ж. де Местр, живший в России в начале XIX в., ощутил воздействие на Александра I, А. С. Шишкова, Н. М. Карамзина и даже отчасти предопределил реакционные меры правительства в сфере образования.

Вместе с тем, российская консервативная правовая идеология резко отличается от западноевропейского аналога, что объясняется цивилизационными особенностями России и Европы.

Прежде всего, неодинаковы причины рождения европейского и русского консерватизма как интеллектуальных течений. Генезис западного консерватизма связывается с наступлением эпохи «модерна», переход европейских обществ от феодализма к капиталистической формации с соответствующими социокультурными трансформациями. Обычно, рождение европейского консерватизма усматривают в эпоху Просвещения и Великой буржуазной революции во Франции. Хотя, как верно отмечается, все-таки корни европейского консерватизма уходят в Англию в эпоху контрреформации и появления двух партий тори и виги как оппозиции консерваторов и либералов. Можно сказать, что сама эпоха модерна закономерно вытекает из европейской истории и традиции.⁷

Иначе обстояло дело в России. Подобной модернизации Россия не испытала ни в XVII, ни в XVIII в. Собственно модернизацию, т.е. рождение капиталистических отношений и соответствующих форм ментальности связывают обычно с реформами Александра II. Не случайно, что именно с этого периода многие исследователи ведут историю русского консерватизма. Однако, как ранее отмечалось, традиционализм в России как стихийная защита сложившегося строя ровесник российскому государству. Интеллектуальный, отретексированный консерватизм возникает после насильственной ломки традиционных ценностей российской жизни в ходе реформ Петра I. Причем, осмысление прерванной традиции приходит не сразу, а только к последней четверти XVIII в., когда князь М. М. Щербатов выступает с критикой европеизации России. При самом Петре I охранительство в значительной мере носило стихийный характер и проявилось, например, в выступлении против царя его сына Алексея и части православного духовенства. Поэтому интеллектуальный консерватизм в России – есть реакция на европеизацию российской жизни, а не европейскую модернизацию и европейские революции. Нарушение органичного развития России на основе собственных традиций закономерно вызвало к жизни консервативную мысль.

Европейская и российская консервативная правовая идеология в равной мере выступают в качестве критиков рационализма эпохи Просвещения и естественного права как закона человеческого разума. Однако, европейский консерватизм значительно раньше

⁷Русский консерватизм XIX столетия. Идеология и практика / Гросул В. Я., Итенберг Г. С., Твардовская В.А. и др. М.: Традиция-Прогресс, 2000. С. 51.

и глубже подвергся рационализации и концептуализации. Апелляция европейского консерватизма к христианскому мистицизму как средству познания истины не может скрыть того факта, что для борьбы с либерализмом (как верно заметил еще К. Мангейм) консерватизму пришлось использовать интеллектуальное оружие своих соперников – разум и печатное слово. В России же консерватизм долгое время пребывал в форме естественного, неотретексированного традиционализма. С уверенностью появление концептуальных катехизисов консерватизма можно отнести только к первой половине XX в., когда в трудах Л. А. Тихомирова и И. Л. Солоневича разрабатывается теория самодержавия, И.А. Ильина конструируется феномен правосознания как совести, идеал творческой демократии и др., а евразийцы создают концепцию евразийского государства, идеократии, демотики и т.п.

Резко отличаются западный и отечественный консерватизм в вопросе понимания власти. Власть в европейском консерватизме зачастую воспринимается как некая привилегия, объект человеческого поклонения и почитания. Власть становится очень рано предметом борьбы за нее в обществе. Поэтому идея «воли к власти» Ф. Ницше очень точно передает в целом европейское восприятие власти. Совершенно иначе власть понимается в российской правовой традиции. Прежде всего, она лишена сама по себе сакрального значения до тех пор, пока не следует нравственно-политическому идеалу служения Богу и народу. С другой стороны, власть воспринимается как тяжелая ноша, а не привилегия. Потому так характерно для российской ментальности тяготение к вольности, избегание власти и даже аполитизм политико-правового сознания.

Для европейского консерватизма как и для всей европейской мысли ценность права и закона никогда практически, кроме социалистической и анархической теорий, не подвергалась сомнению. В праве всегда усматривалась некая константа европейской цивилизации, нечто естественно необходимое и безусловное для существования европейцев. Более того, европейский консерватизм, за исключением, вероятно, исторической школы права, никогда не отрицал значения естественного права, правда больше в античной или христианской трактовках. Более того, именно в праве видится некий устойчивый, консервативный элемент европейской цивилизации, гарантирующий мир, разрешение конфликтов и стабильное развитие.

Российская консервативная правовая идеология в данном случае неоднозначна и вплоть до наших дней сохраняет в себе амбивалентность. С одной стороны, ценность права, кажется очевидной, как охранительного средства, института стабилизации общества. Но, с другой стороны,

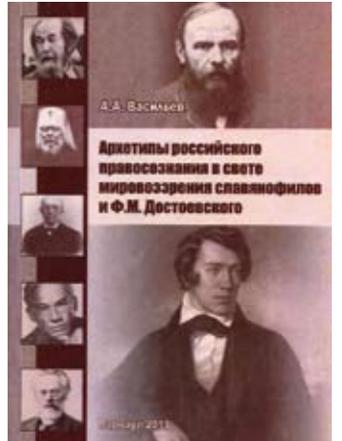
в русском консерватизме как и в правовой ментальности русского народа заложено недоверие, скепсис к формально-юридической материи как всесильного мерила поведения человека. Над законом ставится более высокая ценность – правда, совесть, которые по определению не могут быть достигнуты с помощью закона и принуждения. Еще с большей опаской относится консерватизм к тем институтам права, которые разрушают традиционные ценности и вводят деструктивные для национальной культуры положения и новации.

Выше отмечалось, что европейский консерватизм оказался очень близок к либеральным идеалам свободы, естественного права, парламентаризма, индивидуализма и т.п. Во многом европейский консерватизм слился с либерализмом и играет роль защитника либеральных ценностей. Причина такого положения дел банальна. Либеральные ценности – плоть и кровь европейской цивилизации, особенно английской культуры. Потому и консерватизм рассматривает эти ценности как традиционные для Европы. Так, современный консерватор А. де Бенуа вполне сочетает в своем творчестве идеи демократии, свободы, антиглобализма, национального государства, язычества и может быть отнесен именно к такой поместке консерватизма и либерализма. В этом контексте вполне допустимо речь вести о «либеральном консерватизме» как идеологии охраны либеральных ценностей. Совершенно верно В.Я. Гросул отмечает: «Английский консерватор, попадая в Россию, мог рассматриваться здесь как самый заядлый либерал и даже вольтерианец. Значительно больше точек соприкосновения было между консервативными силами Франции, Германии, Австрии и других стран. Это объясняется прежде всего тем, что консерваторы этих регионов Европы были консерваторами не буржуазного образца, как в Англии и Соединенных Штатах Америки, а консерваторами все-таки феодального общества».⁸

Российский консерватизм никогда не мог пойти на компромиссы с либерализмом, поскольку либеральные ценности не были частью российской культурной традиции. Следовательно, для России более характерен чистый консерватизм, без примесей либерализма и других течений.

Для отечественной консервативной правовой мысли на протяжении всей ее истории вплоть до настоящего времени характерна приверженность христианскому учению. Большая часть политико-правовых вопросов (божественное происхождение власти, патриархальность власти, апология самодержавия, симфония властей, религиозные осно-

⁸Русский консерватизм XIX столетия. Идеология и практика / Гросул В. Я., Итенберг Г. С., Твардовская В. А. и др. М.: Традиция-Прогресс, 2000. С. 64.



вания права и пр.) решается в рамках православной традиции.

Напротив, в развитии европейского консерватизма можно выделить два ответвления. Первое ответвление опирается на католическую традицию и многие вопросы государственно-правового характера разрешает в духе христианства (происхождение власти, соотношение церкви и государства и др.). Другое направление консервативной правовой мысли, связанное с именами Р. Генона, М. Элиаде, А. де Бенуа, резко отходит от христианских догматов и во многом опирается на некую еще дохристианскую традицию. Традиционализм выступает в защиту тех ценностей, которые отрицаются христианством: иерархия, идея упадка культуры и пессимистическая оценка судеб человечества, элитарность в восприятии высшего знания и т.п. Ю.В. Сорокина очень точно обращает внимание на внехристианский характер современного европейского традиционализма: «Традиционализм Христианство рассматривает как осовремененный и упрощенный гнозис. Христианские авторы ставят вопрос: почему догма об Откровении, где происходит непосредственное общение с Богом, не устраивает традиционалистов, которые в центр своих воззрений ставят достижения высшего эзотерического Знания, передача которого осуществляется от поколения к поколению и является достоянием закрытых инициатических орденов, прежде всего масонов».⁹

Кроме того, европейский христианский консерватизм значительно отличается от российской консервативной концепции в решении ряда вопросов. Во-первых, католические основы европейского консерватизма породили доктрину превосходства церковной власти над светской и даже положительно позволили решить вопрос о допустимости притязаний римского престола на светские полномочия (папацезаризм). В XIX в. идея господства церкви в делах государства нашла поддержку в ультрамонтанстве Ж. де Местра, который видел оплот европейской традиции в приоритете Римской католической церкви над всеми европейскими народами. Напротив, отечественный консерватизм своей идеал церковно-государственных отношений видел в симфонии властей, их взаимной поддержке, но при автономном существовании. При этом, политические амбиции церкви никогда не были характерны для отечественной церкви и воспринимались как недогматические.

Во-вторых, католицизм всегда шел рука об руку с рационализмом, который достался от греко-римского наследия. Рационализм и даже догматизм католической веры породил проблему рационального обоснования Бога и заронил семена сомнения, что стало идеологической основой для появления сначала протестантизма (где индивидуальный разум стал критерием и средством постижения божественной истины), а потом Просвещения и даже атеизма. Российский традиционализм характеризовался всеединством, попыткой соединения веры, разума и чувств в постижения истины и критикой односторонней рассудочности. Более того, в рационализме видели опасность потери, опошления духовных истин, которые неуловимы для разума человека.

⁹Сорокина Ю. В. Государство и право в культурно-философском аспекте. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 27.

Наконец, по-разному решались вопросы свободы духа и веры в европейской и отечественной консервативной правовой идеологии. Для западного консерватизма характерна нетерпимость, допустимость преследований на идеологической почве. Проблема многоконфессиональности, религиозных войн, нетерпимость привели в конце концов к созданию светских государств в Европе, которые отрешились от религиозных начал в политике ради социально-политической стабильности.

В России же практически никогда нетерпимость не была серьезной проблемой, может быть за исключением иосифлянской победы на церковном соборе по поводу осуждения еретиков. Изначально, отечественное правосознание и государственная власть проявляли терпимое отношение к вопросам веры и подобных религиозных войн Россия никогда не знала.

Таким образом, будучи едины в сохранении традиционных политико-правовых ценностей, западный и российский консерватизм отличаются своими историческими, гносеологическими и аксиологическими характеристиками. Своеобразие европейского и отечественного консерватизма лежит в плоскости культурно-цивилизационной идентичности. При этом, если европейский консерватизм прошел путь от традиционного консерватизма к языческому и либеральному консерватизму, т.е. практически потерял свою изначальную традицию средневековой Европы, то российский консерватизм до сих пор в значительной степени остается традиционным и сохраняет свое идейное первоначальное ядро.

А.А. Васильев: Ресей мен Батыс Еуропадағы консервативті құқықтық идеология: ортақ белгілері және ерекшеліктері.

Мақала заң ғылымында аз зерттелген тақырыпқа – ресейлік және еуропалық консервативті құқықтық идеологияны салыстыруға арналған. Еуропалық консервативті құқықтық идеологияның қалыптасуына, даму кезеңдеріне, ерекшеліктеріне ықпал еткен факторлар атап көрсетілген. Автор Батыс Еуропаның консервативті саяси-құқықтық ілімінің тұрпаттамасын ұсынады. Ресей мен Батыс Еуропадағы консервативті құқықтық идеологияның ортақ белгілері мен ерекшеліктеріне басты назар аударылады.

Түйінді сөздер: консерватизм, консерватизмнің саяси және құқықтық идеологиясы, дәстүршілдік, қорышылық, тұрақтылық, орнықтылық, қауіпсіздік, дәстүр, әдет-ғұрып, антирационализм.

A.Vasilev: Conservative legal ideology in Russia and Western Europe: general and special.

The article is devoted to poorly studied topic in legal science – comparison of the Russian and European conservative legal ideologies. The work marked the formation of factors, stages of development and characteristics of European conservative legal ideology. The author proposes a typology of conservative political and legal doctrines of Western Europe. Particular attention is drawn to the general and the particular in the European and Russian conservative legal ideology.

Keywords: conservatism, traditionalism, stability, sustainability, safety, tradition, custom, anti-rationalism.

СОТ ТЕРГЕУІНДЕ ҚЫЛМЫСТЫҚ ІСТІҢ МӘН-ЖАЙЛАРЫН ЖАН-ЖАҚТЫ, ТОЛЫҚ ЖӘНЕ ОБЪЕКТИВТІ ЗЕРТТЕУ



Э. Е. МУСЕНОВА, КАЗГЮУ Университетінің, қылмыстық іс жүргізу құқығы және криминалистика кафедрасының доценті, з.ғ.к.

Сот тергеуі барысында соттың процессуалдық өкілеттілігін қалыптастыру және олардың жаңа ҚР ҚПК-де регламенттелуіне қатысты мәселелер зерттелген. Автор сотқа дейінгі тергеп-тексерудің толымсыздығын жою мақсатында соттың өз бастамасымен қосымша дәлелдемелер жинау құқығының болмауы, сондай-ақ сот отырысында қылмыстық істі қайта тергеуге жіберуге негіздердің жоқтығы істің толық, жан-жақты және объективті зерттеу қағидасына қайшы келетіндігіне назар аударып, соттың белсенділігін күшейтуге байланысты бірнеше ұсыныстар жасаған.

Түйінді сөздер: жан-жақты зерттеу, қағида, басты сот талқылауы, сот тергеуі, сот іс-әрекеттері, соттың белсенділігі, біржақтылығы, ақтау үкімі, қайта тергеу.

Қазақстан Республикасы өзін демократиялық зайырлы, құқықтық және әлеуметтік мемлекет ретінде орнықтырады, оның ең қымбат қазынасы – адам және адамның өмірі, құқықтары мен бостандықтары.¹

Қазақстан Республикасының 2010 жылдан 2020 жылға дейінгі кезеңге арналған құқықтық саясат тұжырымдамасында көрсетілгендей, қылмыстық сот ісінің оңтайлы моделі жасалмайынша мемлекеттің қылмыстық саясаты тиімді болмақ емес. Заң шығарушының басты мақсаты тікелей қолданылатын заңдардың мәнін, мазмұнын және қолданылуын айқындайтын және әділ сотпен қамтамасыз ететін, адам мен азаматтың құқықтары мен бостандықтары туралы конституциялық нормаларды тануға негізделген қылмыстық іс жүргізу заңын қалыптастыру болатын. Сол себепті қылмыстық іс жүргізу құқығын дамытудың басымдығы қылмыстық сот ісінің адамның құқықтары мен бостандықтарын қорғауға бағытталған қағидаттарын дәйекті түрде одан әрі іске асыру болып қала бермек.² Соның нәтижесінде 2014 жылы 4 шілдеде

© Э. Е. Мусенова, 2016

¹Қазақстан Республикасының Конституциясы 1995 жылы 30 тамызда республикалық референдумда қабылданды (2011 жылғы 2 ақпандағы №403-IV Заңдарымен енгізілген өзгертулер мен толықтырулар) <http://adilet.zan.kz/kaz/docs/K950001000> (23.09.2016 жылы қаралды).

²Қазақстан Республикасының 2010 жылдан 2020 жылға дейінгі кезеңге арналған құқықтық саясат тұжырымдамасы туралы Қазақстан Республикасы Президентінің 2009 жылғы 24 тамыздағы N 858 Жарлығы <http://adilet.zan.kz/kaz/docs/U090000858> (23.09.2016 жылы қаралды).

қабылданған жаңа қылмыстық-процестік кодексі (бұдан әрі ҚР ҚПК),³ адамның құқықтары мен бостандықтарын қорғауға бағытталған қағидаттарды нақтылады, ол принциптің бірі істің мән-жайларын жан-жақты, толық және объективті зерттеу (ҚР ҚПК 24-бабы). Іс бойынша негізді және заңды үкім шығару мақсатында (ҚР ҚПК 388-бабы), сот істі дұрыс шешуге қажетті және жеткілікті мән-жайларды жан-жақты, толық және объективті зерттеп, заңда көзделген барлық шараларды қолдануға міндетті (ҚР ҚПК 24-бабы). Алайда сот отырысында дәлелдемелерді жан-жақты зерттеу қажеттілігі туындаса, онда сот тек тараптардың өтінішінің болуын ескеруі қажет. Себебі, жаңа қабылданған қылмыстық іс жүргізу заңы, сотқа дейінгі тергеп-тексерудің толымсыздығын жою мақсатында сотқа өз бастамасы бойынша қосымша дәлелдемелер жинау құқығын шектеп отыр (ҚР ҚПК 24-бабы). Соттың өз бастамасымен дәлелдемелер жинау құқығын шектеу істің толық, жан-жақты және объективті зерттеу қағидатына қайшы келгендей (ҚР ҚПК 122-бап 2-бөлігі). Қылмыстық істер бойынша жүргізілген алдын-ала тергеудің дұрыстылығы барлық жағдайда басты сот талқылауының сапасын анықтағандықтан, алдын-ала тергеуде жиналған, бекітілген дәлелдемелердің заңға сәйкестігі, жеткіліктілігі тараптардың қатысуымен сот тергеуінде зерттеледі. Яғни сот тергеуінде сотталушылардан (ҚР ҚПК 367-бап), куәлардан (ҚР ҚПК 369-бап), жәбірленушіден (ҚР ҚПК 370-бап) жауап алу, олардың айғақтарын заңмен реттелген жағдайларда жария ету (ҚР ҚПК 368, 372 баптары), заттай дәлелдемелерді қарап-тексеру (ҚР ҚПК 370-бап), тергеу әрекеттерінің хаттамалары мен құжаттарын жария ету (ҚР ҚПК 371-бап) сияқты сот іс-әрекеттері арқылы істердің толықтығы мен дұрыстылығы анықталады. Н. Абдиқанов атап өткендей сот отырысында өте сирек жүргізілетін сот іс-әрекеттері де бар,⁴ олар жергілікті жерді және үй-жайды қарап-тексеру, тану үшін көрсету, куәландыру, айғақтарды сол жерде тексеру және нақтылау, эксперимент жүргізу, үлгілер алу (ҚР ҚПК 378-379 баптар), оның үстіне аталған сот іс-әрекеттері тек тараптардың өтінішімен ғана жүргізіледі. Егер сот отырысында тараптар белсенділік танытып, өтініш білдірмесе, ал

³Қазақстан Республикасының Қылмыстық-процестік кодексі 2014 жылғы 4 шілдедегі № 231-V ҚРЗ (2016 жылғы 4 қыркүйектегі № 501-V Заңдарымен енгізілген өзгертулер мен толықтырулар) <http://adilet.zan.kz/kaz/docs/K1400000231> (23.09.2016 жылы қаралды).

⁴Абдиқанов Н.А. Главное судебное разбирательство по уголовному делу Республики Казахстан: его назначение и производство. Алматы: Дәуір, 2004. – 368 с.

сот өз бастамасымен мұндай сот іс-әрекеттерін жүргізуге құқығы болмаса, онда іс бойынша шешімінің әділдігіне күмән туындайды. Мысалы, Темір аудандық сотының үкімімен Ш. *сотталса*, оны Ақтөбе облыстық сотының апелляциялық соты *ақтаған* (қылмыс жасауға қатысқаны дәлелденбеген). Ал, кассациялық сот алқасы (жәбірленушінің шағымы бойынша) қылмыстық іс жүргізу заңының 24-бап талаптары сот назарынан тыс қалған деп есептеп, сот шешімінің күшін жойып, басқа құрамда жаңадан қарау үшін жіберген. Себебі істің мән-жайларын жан-жақты, толық және объективті зерттеу үшін заңда көзделген барлық шаралар қолданылмаған, атап айтқанда сот өзінің ақтау үкімінде, ірі денелі Ш.-ның 30x50 см болатын, биік орналасқан, айналасында сынған әйнегі оның денесін жарақаттамастан үйге кіруі мүмкін емес деген біржақты, алдын ала кесімді тұжырым жасап, дәлелдемелер толық, жан-жақты және объективті зерттелмеген, оларды заңға сәйкес бағалау міндетін орындамаған, ол үшін тараптардың қатысуымен іс болған орынды және үй-жайды, қажет болғанда куәлардың, сарапшының, маманның қатысуымен жүргізуге, сондай-ақ тану, айғақтарды тұрған жерде тексеру мен нақтылау, эксперимент жүргізу, үлгілер алу мүмкіндігін пайдаланбаған деп таныған.⁵ Көріп отырғанымыздай сот отырысында мұндай сот іс-әрекеттерін жүргізуге тараптар өтініш білдірмесе, онда соттың өз бастамасымен сот іс-әрекеттерін жүргізуге мүмкіндігі болуы тиіс. Себебі сот отырысының басты міндеті іс бойынша шындықтан тану.

Айта кету керек ҚР ҚПК 373-бабының 1-бөлігіне сәйкес, сот тараптардың өтінішхаты немесе өз бастамасы бойынша сараптама тағайындауға құқылы. Сонда заң сот сараптамасын соттың өз бастамасымен тағайындауға мүмкіндігін ескеріп, басқа дәлелдемелерді өз бастамасымен жинауға тиым салғанын түсіну қиын. Басты сот талқылауында төрағалық етуші судья дәлелдеу процесіне ішінара (жартылай) белсенділік танытқандай. Істің мән-жайларын жан-жақты, толық және объективті зерттеу қағидасының мәні де кепілдігі де кез-келген қылмыстық іс бойынша ақиқатты танып, негізді, әділ шешім қабылдауы. Себебі айыптау үкімін болжамдарға негіздеуге болмайды (ҚР ҚПК 19-бап 4-бөлігі). Әрине қылмыстық іс бойынша ақиқатты тану үшін тараптармен қатар соттың да белсенділігі маңызды. Дәлелдеу процесіндегі соттың белсенділігі қылмыстық іс жүргізу ғылымының назарынан ешқашан тыс қалған емес. Мысалы А.Р. Белкин, іс бойынша не айыптау не қорғау дәлелдемелерін қалыптастыру үшін соттың дәлелдемелер жинауы дұрыс емес, деп есептесе,⁶ іс бойынша қорытынды шешім соттың жауапкершілігінде, сондықтан сот дәлелдемелер жинауға тиісті деген пікірлерде жоқ емес.⁷ Әрине соттың дәлелдемелер жинаудағы белсенділігі, ол не айыптауды не қорғауды қолдаумен байланысты емес, керісінше іс бойынша шындыққа қол жеткізумен байланысты. Қылмыстық іс бойынша шындықты тану ол қылмыстық процестің мақсаты ретінде танылуы тиіс деген профессор К.В.Кимнің пікірі даусыз, себебі ол айыптау, қорғау, істің мәні бойынша шешімді жүзеге асыру субъектілерінің дәлелдеудегі бағытын нақтылаған болар еді деп түсіндіреді.⁸ Оның үстіне ізге түсу органдары үшін бір шындық, сот үшін бір шындық болуы мүмкін емес, процесті жүргізуші орган үшін шындық ортақ деген И.Перловтың пікірі өте орынды.⁹ Осыған орай соттың іс бойынша қосымша дәлелдемелер

жинаудағы өкілеттіктерін заңмен шектемей, керісінше белсенділігін толық арттыру орынды. Ресей Федерациясының қылмыстық іс жүргізу заңынан (ҚПК РФ 86-бап)¹⁰, сотқа іс бойынша дәлелдемелер жинауға тиым салмайтынын көруге болады, мысалы алдын ала тергеуде 3 адамды өлтіргенін мойындаған В. сот отырысында бір ғана қылмысын мойындап, қалған екі айыптау бойынша өз алибиін сотқа ұсынған. Және жедел-ізвестіру қызметкерінің өтініші бойынша бар кінәні өз мойнына алғанын баяндаған. Сот отырысында сотталушының қорғаушысы «оған қатысты менде ешқандай мәліметтер жоқ, ол қылмыстар тіпті басқа қалада болған оқиға» деп мәлімдесе, мемлекеттік айыптаушы «алдын ала тергеу барысында 3 адамды өлтіргенін өз еркімен толық мойындағанын» алға тартқан. Тараптар дәлелдеу процесінде ешқандай белсенділік танытпағандықтан, сот істе баяндалған алибиін тексеру үшін, барлық сот іс-әрекеттерін жүргізіп (үй-жайды қарап-тексеру, тану үшін көрсету, айғақтарды сол жерде тексеру және нақтылау, эксперимент жүргізу, басқа қаладан қосымша куәларды шақыртып жауап алу және т.б.), сотталушының соңғы екі іске қатысуының жоқтығын растайды. Соттың мұндай белсенділік танытуы, тіпті прокурордың айыптаудан ішінара бас тартуына әкеп соқтырған.¹¹

Соттың өз бастамасымен қосымша дәлелдемелер жинау құқығын шектегені процесті жүргізуші орган үшін тіпті қолайлы болып тұрғандай, себебі тәжірибе материалдарына сүйенсек, сот тергеуінде тіпті сотқа дейінгі тергеп-тексеру толымсыздығын анықтамақ тұрмақ, сот отырысында дәлелдемелердің арасындағы қайшылықтарды да зерделеуге жағдайлары аз емес. Мысалы, Маңғыстау облысы Ақтау қалалық сотының үкімімен (2014 жылғы тәжірибе материалы бойынша) сотталған К. ҚР Жоғарғы Сотының қадағалау алқасына берген өтінішінде сот шешімдерімен келіспей, дәлелдемелердің тек айыптау бағытында зерттелгенін (біржақты), заң талаптарының өрескел бұзылуына жол бергенін және куә С.-дан соттарда жауап алынбағанын көрсетіп, сот актілерінің күшін жоюды сұраған. Сот алқасы істі мұқият зерделеп, К.-ның ісі қысқартылуға және процесті жүргізуші органның заңсыз іс-әрекеттерімен келтірілген зиян өтелуге жатады деген шешімге келген. Себебі, сотталған К.-ның қылмыстық қудалау органының лауазымды тұлғасы бола тұра, орташа ауырлықтағы қылмысты тіркеуден жасырған деген тұжырымы тек С.-ның тергеу кезінде қарама-қайшылығы бар жауабына негізделген. Ал С.-дан тіпті сот отырысында жауап алынбаған. Соған қарамастан тергеу кезінде С.-ның қарама-қайшылықтары бар жауаптары негізге алып К.-ны соттаған.¹² Ал, Оңтүстік Қазақстан облысы Сарыағаш аудандық сотының үкімімен У. және П. сотталып, олар жасаған қылмысына басты дәлелдемелер ретінде жәбірленушілер Н. мен А.-ның жауаптары және ол жауаптарға қайшы келетін тану үшін көрсету хаттамалары негізге алынған. Яғни, алдын ала тергеу кезінде сотталғандар У. мен П.-ны танытуға ұсынылған кезде ҚР ҚПК 229-бабының 2-бөлігінің талаптары сақталмаған. Тану алдында берген жауабымен тану хаттамасындағы мәліметтер арасында елеулі қайшылықтарға назар аудармай, осы тергеу әрекеттерінің заңдылығы туралы мәселені ҚР ҚПК 112-бабы 4-бөлігінің талабына сай шешпеген. Сонымен қатар оқиға болған жерден табылған 11 адамның саусақ іздерінің зерттелгені жөнінде қылмыстық істе ешқандай мәлімет болмаған, тіпті бұл саусақ іздерінің қайда кеткені де белгісіз қалған. Сотта жауап берген бірнеше куәлардың жауаптарына заң тұрғысында баға берілмеген, себебі олардың көрсетуі бойынша У. және П.-ның қылмыс жасағандары жоққа

¹⁰ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. <http://ipirip.ru/upk/> (2016 жылғы 28 қыркүйекте қаралды).

¹¹ Попова И.П. Справедливое правосудие // Уголовное судопроизводство, № 2. 2016. С. 10-11.

¹² Қазақстан Жоғарғы Сотының бюллетені, № 8. 2014. 48-49 б.

шығарылған.¹³ Сөйте тұра «Қылмыстық істер бойынша дәлелдемелерді бағалаудың кейбір мәселелері туралы» Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының (2006 жылғы 20 сәуірдегі N 4) нормативтік қаулысының талаптарын сот ескремеген, себебі соттың үкімі сотталушы мен жәбірленушінің талданбаған, ақиқатты салыстырылмаған және басқа дәлелдемелермен, куәлардың айғақтармен, іс жүргізу әрекеттерінің хаттамаларымен, сарапшылардың қорытындыларымен, заттай дәлелдемелермен және өзге де құжаттармен расталмаған айғақтардың негізінде ғана шығарылса, оны заңды деп тануға болмайтындығы нақтыланған.¹⁴ Біздің пікірімізше аталған сот отырысында дәлелдемелердің толық, жан-жақты зерттелмеу себебінің бірі, ол тараптардың да соттың да дәлелдеу процесіндегі белсенділіктерінің төмендігін куәландырып отыр. Мүмкін тәжірибеде аталмыш жағдайлар тіпті сирек кездесетін шығар, десек те кінәсізді кінәлі деп тану (немесе керісінше) ол сот әділдігі үшін орны толмас қателік. Жоғарыда аталған мысалдарға көз жүгірте отырып, сотқа дейінгі тергеп-тексеру барысындағы қайшылықтарды жою үшін тараптардың өтінішінің болуы шарт емес, сот өз бастамасымен тергеудің толымсыздығын жою мақсатында барлық шараларды қолдануға міндетті деген пікірге келеміз. Себебі процесті жүргізуші органның ыңғайына емес, әрбір қымбат қазынаның құқықтары мен бостандықтарын қорғауға бағытталған құрал болуы басты шарт. Оның дәлелі ретінде профессор М.С. Нарикбаев «сот реформаларын жүргізудің негізгі талаптары, ол сот әділдігін танушы орган ретінде халықтың сотқа деген сенімі, осы тұрғыда судьялардың құқықтық санасы, құқықтық мәдениеті, адамгершілігі, кәсіби біліктілігі мен әділеттілігі басты рөл алатынын» атап өткен.¹⁵

Сондай-ақ назар аударатын тағы бір жайт, егер сот тергеуінде сотқа дейінгі тергеп-тексерудің толымсыздығы анықталса не сот тергеуін әрі қарай жүргізуге кедергі келтіретін қылмыстық-процестік заңнаманы елеулі түрде бұзушылықтары анықталса, онда істі қосымша тергеуге жіберуге мәжбүрлік туындайтын сөзсіз. Ал істі қосымша тергеуге жіберу бүгінгі таңда да күрделі мәселенің бірі. Себебі ҚР ҚПК 323-бабына сәйкес, сот істі прокурорға қайтару үшін біріншіден, басты сот талқылауын тағайындауға кедергі келтіретін қылмыстық-процестік заңнаманы елеулі түрде бұзушылықтар анықталуы керек (басты сот талқылауын тағайындау өз алдына дербес саты), екіншіден басты сот талқылауында сотқа дейінгі жеделдетілген іс жүргізу істері бойынша немесе жасалған процестік келісімдері бар істер бойынша

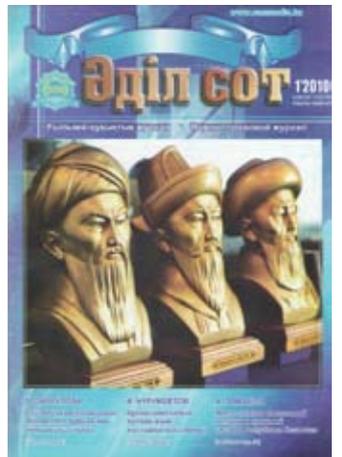
¹³ Қазақстан Жоғарғы Сотының бюллетені, № 6. 2014. 41-42 бет.

¹⁴ «Қылмыстық істер бойынша дәлелдемелерді бағалаудың кейбір мәселелері туралы» Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының 2006 жылғы 20 сәуірдегі N 4 нормативтік қаулысы <http://adilet.zan.kz/kaz/docs/P06000004S> (2016 жылғы 13 қыркүйекте қаралды).

¹⁵ Нарикбаев М.С. Конституция Республики Казахстан и развитие судебных и правоохранительных органов // Право и государство, № 3(60), 2013. С. 69.

сот отырысын жүргізуге кедергі келтіретін қылмыстық-процестік заңнаманы елеулі түрде бұзушылықтар анықталуы керек. Демек сот тергеуінде сотқа дейінгі тергеп-тексерудің толымсыздығы анықталса, онда сот өз бастамасымен не дәлелдемелер жинауға құқығы жоқ не қайта тергеуге жіберуге де мүмкіндігі жоқ, тіпті іс барысы тығырыққа тірелгендей. Мұндай заң талаптары соттың бейтараптылығы мен дербестігіне кері әсерін тигізбей қоймас. Себебі, сот тараптардың пікірімен байланысты болмауы тиіс және өз бастамашылығымен қылмыстық іс бойынша ақиқатты анықтау үшін қажетті шаралар қолдануы тиіс. Ал, істің мән-жайларын жан-жақты, толық және объективті зерттеу қағидатын шынайы жүзеге асыру үшін барлық жағдай жасалуы тиіс (ҚР ҚПК 24-бап 4-бөлігі). Мысалы, Оңтүстік Қазақстан облысы Шымкент қаласы Әл-Фараби аудандық сотының үкімімен (2014 жылғы тәжірибе материалдары бойынша) П. (оның әрекетінде қылмыстық құрамының болмауына байланысты) ақталған. Жоғарғы Соттың қадағалаушы сот алқасына берген прокурордың наразылығы бойынша істі зерделеп, ҚР ҚПК 24-бабының талаптарын сақтамай, істің мән-жайларын жан-жақты, толық және объективті зерттеу үшін заңда көзделген барлық шаралары қолданылмаған деп көрсеткен. Атап айтқанда сот істі қарау барысында сотталушы П.-ның тікелей көмегінсіз көп сомадағы несиелерді Б., Н., В. арқылы жеке тұлғаларға заңсыз жолмен беру мүмкіндігін мұқият тексермей, асығыс шешім қабылдағанын көрсеткен. Куәлардың берген жауаптары арасындағы елеулі қайшылықтарын жан-жақты тексеріп, зерделеуге. Тіпті Б., Н., В.-ның алғашқы берген түсініктемелері қылмыстық іске тіркелмеген, яғни істің тізіміндегі түсініктемелердің атауы 156-160 парақтарда көрсетілгенмен, істе жоқ екені анықталған. Көрсетілгендердің негізінде аталған қылмыстық іс біржақты қаралғандықтан, соттың үкімде айтылған тұжырымдары істің нақты мән-жайларына сәйкес келмегендіктен қылмыстық және қылмыстық іс жүргізу заңының талаптары өрескел бұзылған. Соның салдарынан негізсіз ақтау үкімін шығаруға әкеп соққан.¹⁶ Мұндай жағдайда біздің пікірімізше, тіпті істі қайта тергеуге жіберуге негіз жеткілікті, себебі қылмыстық процестің қағидаттарын бұзу оның сипаты мен елеулі болуына қарай процестік әрекетті немесе шешімді заңсыз деп тануға, осындай іс жүргізу барысында шығарылған шешімдердің күшін жоюға не осы тұрғыда жиналған материалдарды дәлелдемелік күші жоқ деп тануға әкеп соғады (ҚР ҚПК 9-бап 2-бөлігі), сондай-ақ қылмыстық-процестік заңнаманы елеулі түрде бұзушылықтар анықталса істі қайта тергеуге жіберуі тиіс (ҚР ҚПК 323-бабы). Сондықтан істі қайта тергеуге жіберу мәселесін тек басты сот талқылауын тағайындау сатысында емес, сот отырысы сатысында да нақтылау қажет. Мысалы Германдық қылмыстық іс жүргізу заңына сәйкес, сот айыптау және ақтау дәлелдемелерін толық зерттеу мақсатында тараптармен ұсынылмаған дәлелдемелерді алуға және зерт-

¹⁶ Қазақстан Жоғарғы Сотының бюллетені, № 4. 2014. 37-38 б.



⁵ Қазақстан Жоғарғы Сотының бюллетені, № 5. 2014. 52-49 б.

⁶ Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве: Монография. М., 2007. С. 57-58.

⁷ Минимурзина О.Н. Судья как особый властный субъект судебного следствия // Российский судья, № 7. 2016. С. 37-38.

⁸ Ким К.В. Законодательная регламентация цели уголовного судопроизводства Республики Казахстан // Право и государство, № 3(60), 2013. С. 56-57.

⁹ Перлов И.Д. Судебное следствие в советском уголовном процессе. М.: Госюриздат, 1955. – 248 с.

теуге құқылы, жекелеген жағдайда тіпті міндетті болып табылады. Егер сот отырысында дәлелдемелер шешім қабылдау үшін жеткіліксіз деп танылса, не іс үшін жаңа мән-жайлар анықталса, онда істі қайта тергеуге жіберуі тиіс (Германия ҚПК 112§ 1-бөлігі).¹⁷

Осыған орай, біздің пікірімше ҚР ҚПК 323-бабын мына мазмұнда толықтыру орынды «Басты сот талқылауын тағайындауға не сот отырысын жүргізуге кедергі келтіретін қылмыстық-процестік заңнаманы елеулі түрде бұзушылықтар анықталған, сондай-ақ олар сотқа дейінгі жеделдетілген іс жүргізу істері бойынша немесе жасалған процестік келісімдері бар істер бойынша басты сот талқылауында анықталған кезде, сот оларды жою үшін істі прокурорға қайтарады».

Әрине істің мән-жайларын жан-жақты, толық және объективті зерттеу қағидатының кепілдігі ретінде мыналар танылады: күдіктінің, айыпталушының қылмыстық жауаптылық негіздерінің және кінәсінің бар екенін дәлелдеу міндетінің айыптаушыға жүктелуі (ҚР ҚПК 121-бап 2-бөлігі); қылмыстық процеске қатысушыларды істен шеттетуге құқығының болуы (ҚР ҚПК 86-94 баптар аралығы); дәлелдемелерді заң талаптары бұзыла отырып алынса, дәлелдемелер ретінде пайдалануға жол берілмеуі (ҚР ҚПК 112-бап); үкімнің күшін жою немесе оны өзгерту негіздерінің болуы (олар: сот тергеуі бір жақты және толық емес деп танылуы, соттың үкімде, қаулыда айтылған түйіндерінің істің нақты мән-жайларына сәйкес келмеуі, қылмыстық-процестік заңның елеулі түрде бұзылуы, төртіншіден қылмыстық заң дұрыс қолданылмауы, жазаның қылмыстық құқық бұзушылық ауырлығына және сотталған адамның жеке басына сәйкес келмеуі (ҚР ҚПК 433-бабы)). Аталған талаптарды процесті жүргізуші органның тікелей сақтауы әрине кез-келген іс бойынша шындықты тануға мүмкіндік беретіні сөзсіз. Қорыта келе, қылмыстық сот ісін жүргізудегі айыптаушы мен қорғаушы тараптардың шынайы бәсекелестігі және соттың істі әділ шешу барысындағы белсенділігі іс бойынша шындықты тануға кепіл бола алады деген сенімдеміз.

¹⁷Бэст Элен. Уголовный процесс Германии // Уголовное судопроизводство, № 4. 2014. С.12-13.

Э.Е. Мусенова: Всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств дела в судебном следствии.

Статья посвящена исследованию формирования процессуальных полномочий суда в судебном следствии и их регламентации в новом УПК РК. Автор обращает внимание на законодательное закрепление пассивной позиции суда, который не вправе по собственной инициативе собирать доказательства в целях устранения неполноты досудебного расследования, а также отсутствие оснований направления уголовного дела на дополнительное расследование, что, по его мнению, противоречит требованию о всесторонности, полноте и объективности исследования доказательств, предлагает своё решение проблемы.

Ключевые слова: всестороннее исследование, принцип, главное судебное разбирательство, судебное следствие, судебные действия, активность суда, односторонность, оправдательный приговор, дополнительное расследование.

E. Mussenova: Comprehensive, full and objective inquiry in judicial investigation.

Forming of procedural powers of the court during the judicial investigation and its' regulation in the new edition of Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan has been exploring. Author emphasizes passive position of the court, which is not entitled to gather evidence on its own initiative in order to eliminate incompleteness of pre-trial investigation. In addition, author highlights the lack of reasons to send a criminal case for additional investigation, which, in her opinion, contradicts the requirement of comprehensive, full and objective examination of evidence. In the article author's solution of the problems is suggested.

Key words: comprehensive investigation, principle, court hearing, judicial investigation, judicial actions, court activity, one-sidedness, acquitting judgment, additional investigation.

НОВЫЕ КНИГИ

Академическая коррупция в вузах Республики Казахстан: коррупционные схемы и методы противодействия: Учебно-практическое пособие / О.С. Бектибаева, М.Ч. Когамов, Ж.З. Косыбаев, Т.М. Нарикбаев, С.Н. Нюсупов / Под общей ред. М.Ч. Когамова. Алматы: Жеті Жарғы, 2016. – 56 с.

ISBN 978-601-288-116-5

Учебно-практическое пособие содержит научно-обоснованную и практически апробированную методику противодействия академической коррупции в базовом звене высшего образования – бакалавриате. Впервые в Казахстане авторский коллектив, опираясь на системное применение метода case-study (ситуативного исследования) и метода наглядного (схематического) моделирования, доступно излагает материал многолетних практических исследований.

Рекомендуется руководителям вузов для разработки эффективных анти-коррупционных протоколов, государственным органам, ответственным за выявление коррупционных злоупотреблений в образовательной сфере, и всем интересующимся проблемами противодействия коррупции в вузах.

Рецензенты: Борчашвили И.Ш. – д.ю.н., профессор, Заслуженный деятель Республики Казахстан; Сандрачук М.В. – к.э.н., доцент.



МЕТОДИКА НАПИСАНИЯ СЦЕНАРИЯ УЧЕБНОГО ФИЛЬМА ПО КРИМИНАЛИСТИКЕ



Д. А. ФИНК,
доцент кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики Университета КАЗГЮУ, к.ю.н.

В статье рассматривается структурная композиция сценария, раскрывается содержание ее элементов, а также методы построения сюжета учебного фильма, с учетом специфики предмета криминалистики.

Ключевые слова: учебный фильм по криминалистике, структурная композиция, эпизоды, экспозиция, тематическая основа фильма, завязка, развитие действия, кульминация, развязка, метод каталожных карточек, таблица событий и реакций, пролог, эпилог, монтаж.

Создание учебных фильмов по криминалистике требует четкого представления о содержании его структурных элементов, которые должны способствовать наглядному, обоснованному достижению поставленных задач или правильной оценке и пониманию обучающихся.

Композиция – это взаиморасположение и взаимодействие основных частей сценария. У слова «композиция» есть синонимы – архитектура, конструкция, построение и др. Основными частями композиции сценария являются *эпизоды* и переходы между ними. В сценарии, особенно сценарии документальном, границами эпизода может быть что угодно: перенос действия из одного места в другое, из одного времени суток в другое, появление или исчезновение какого-то персонажа и т. д. Иногда границы между эпизодами размыты и их отделить друг от друга можно лишь по логической паузе между ними.

Взаиморасположение эпизодов, их взаимодействие и образуют структуру, состоящую из экспозиции, завязки, развития действия, кульминации и развязки.¹

1. Экспозиция. Описание места и времени событий, происходящих в произведении, обстановки окружающей действующее лицо до того как начнут происходить основные события, представление основных персонажей.² В установочной части ситуация представлена до того, пока не начали развиваться основные события.

Написание сценария следует начинать с описания какого-то действия, совершаемого персонажами. На данном этапе сценария не-

© Д. А. Финк, 2016

¹Фрумкин Г.М. Сценарное мастерство: кино – телевидение – реклама: Учебное пособие. 5-ое изд. М.: Академический Проект; Парадигма, 2013. С. 65-66, 55, 56.

²Там же. С. 52.

обходимо, чтобы голос за кадром обозначил информационные и организационные задачи фильма. На этом этапе необходимо задать вопрос: «Каким образом?». В зависимости от ситуации расследования и вида следственного действия ответ на этот вопрос позволит определить особенности тактики следственного действия, самому сделать выбор в пользу той или иной линии поведения. Такое высказывание в начале фильма мы будем называть тематической основой фильма.³

Тематическая основа фильма будет считаться сформированной, если учебное задание, поставленное перед фильмом, может обеспечить связь с практикой, является актуальной, что обеспечивается тщательным подбором фактулы.

Сценарий не должен содержать авторских характеристик персонажей – читатель и зритель должны получить представление о характере того или иного героя по его поступкам, по его поведению в различных ситуациях. Чаще всего в сценарии не нужны описания внутреннего мира, сокровенных переживаний героя, они также вытекают из действий, которые исполнитель совершает. Исключение возможно лишь в тех редких случаях, когда автор сценария опасается, что без дополнительных объяснений его могут понять неправильно.⁴

2. Завязка представляет собой начало всех событий и поступков персонажей, о которых нам еще предстоит прочесть. То, что мы наблюдали в экспозиции в спокойном состоянии, приходит в движение, например, завязывается конфликт – между героями, между героем и окружающими его людьми, между героем и природой и т.д.⁵

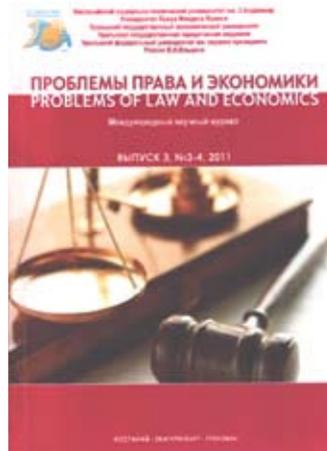
3. Развитие действий. Нам становятся известны события, в которых участвуют действующие лица повествования, поступки, которые они совершают. Например, пусть исполнитель узнает нечто неожиданное, так, чтобы события пошли быстрее, или, наоборот, замедлились.

Катализатором наступающих событий может служить телеграмма, увольнение, предательство, измена, стук в дверь, курьер. В установочной части сценарист показывает какой-то фрагмент реальности, а затем разрушает его с помощью катализатора.⁶ Развитие действие

³Снайдер Б. Спасите котика! И другие секреты сценарного мастерства. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2014. С. 103.

⁴Фрумкин Г.М. Указ. соч. С. 33.

⁵Там же. С. 52.



способствует тому, что напряжение сюжета возрастает, действие становится все более динамичным, проявляются черты характеров действующих лиц и соответственно их взаимоотношения.⁷

На этом этапе основное действующее лицо ставится перед выбором, задает себе вопросы, затем делает выбор и принимает решение, совершает действия по его реализации.

Можно также представить, как исполнитель регистрировал бы на различные ситуации из книг, которые вы читали. Например, в «Любви во время чумы» Габриэля Гарсиа Маркеса мы читаем: «В шесть утра, совершая последний обход, ночной сторож заметил на двери дома записку: «Дверь не заперта, войдите и сообщите в полицию».

Последовал бы ваш исполнитель этим указаниям? Или же предложил бы войти кому-то другому, или вообще прошел бы мимо, предпочтя не связываться?

Попутно отметим, что цель всего этого – не обязательно создать материал для непосредственного использования. Это скорее поможет лучше понять те характеры, которые вы создаете. Можно выбирать собственные ситуации, но вот несколько для начала. Проще всего, наверное, будет представлять их с закрытыми глазами. Это поможет почувствовать реакцию персонажа, а не решить за него, какой она будет. Если ничего не приходит в голову, переходите к следующей ситуации.

Итак, что бы сделал ваш исполнитель, если бы:

- 1) увидел, как человек совершает кражу в магазине?
- 2) нашел кошелек с деньгами (и содержащий данные о владельце)?
- 3) стал свидетелем нападения на пожилого или беспомощного человека?
- 4) вынужден был выбирать между тем, чтобы подвергнуться риску и защитить подвергнутого опасности человека или не рисковать и избежать такой ситуации?
- 5) должен был спасти ровно одну вещь из горящего дома?
- б) был ложно обвинен в преступлении?

Более сложная версия упражнения – представить себе двух героев, которые вместе попадают в такую ситуацию. Допустим, они нашли наполненный денежными купюрами кошелек. Придут ли они к согласию по поводу того, что надо делать? Если нет, какие аргументы каждый приведет в защиту своей позиции?⁸

Второстепенная сюжетная линия призвана обновить основную сюжетную линию, ввести в действие новых персонажей. Развивая побочную линию сю-

жета в сценарии, необходимо установить:

1. Что в ней рассказывается такого, чего нет в основном сюжете?
2. Что прибавляет она к сложившемуся мнению о главных действующих лицах?
3. Меняет ли она темп или настроение основного сюжета?
4. Если изначально она кажется не связанной с основной линией, сойдутся ли они вместе в конце сценария?

Приведем классификацию возможных поворотных моментов, которые позволяют усилить развитие сюжета:

- 1) человек оказывается не тем, за кого себя выдает;
- 2) неожиданные осложнения. Один из лучших способов их придумать – задаться вопросом: «А что сейчас могло бы случиться из разряда наилучшего?»;
- 3) поражение в победе («из огня да в полымя»). Например, героиня детектива получает доказательства того, что не совершала преступления, но теперь ее преследует лицо, действительно совершившее преступление;
- 4) дилемма. Главное действующее лицо может добиться того, в чем отчаянно нуждается только ценой чего-либо столь же важного или подвергнув риску другого человека.⁹

Поворотная точка является для главного героя либо «подъемом», когда кажется, что он достиг всего (иногда это лишь иллюзия), либо «провалом» когда весь мир вокруг него рушится (что также может оказаться ошибочным впечатлением).¹⁰

4. Кульминация. Самый напряженный, самый волнующий момент произведения. Иногда это событие завершающее развитие событий, иногда – смерть каких-либо персонажей, иногда – момент осознания главным героем истинной сути происходящего и т.п. В некоторых случаях кульминаций может быть две или даже несколько.

Переход от эпизода к эпизоду обусловлен развитием сюжета и фабулы – как художественно осмысленное расположение и связь событий и поступков персонажей в сценарии.¹¹

Фабула – это последовательность событий, происходящих друг за другом. Сюжет – это тоже последовательность событий, но упор делается на их причинные связи. «Король умер, потом умерла королева» – это фабула. «Король умер, потом королева умерла от горя» – это сюжет.¹²

Событие – это некое общественно важное, выдающееся явление, волнующее происшествие. Для него характерна несхожесть с тем, что происходит с нами и вокруг нас в обыденной, рутинной,

«нормальной» жизни. В событии чаще всего участвуют несколько человек или множество людей. «На месте происшествия находится следственно-оперативная группа, для которой обнаружение трупа со следами насильственной смерти – событие». Поступок – это конкретное действие конкретного человека. Физическое действие или какие-то слова (которые тоже действие!) по конкретному же поводу.¹³

Существует несколько методов построения сюжета.

1. Метод каталожных карточек. Использование карточек заключается в том, чтобы записывать на них отдельные моменты повествования и потом раскладывать их в требуемом порядке. Преимущество пользования карточками, а не обычными листами бумаги, состоит в том, что каталожный ящик с карточками обеспечивает более произвольный доступ к уже написанному материалу сценария. Данный метод дает нужную гибкость, не привязывает автора к линейному повествованию, так как позволяет в любой момент внести в карточки изменения или дополнить их новой информацией.¹⁴

Для эффективного использования метода каталожных карточек можно дать следующие рекомендации:

- а) в процессе работы над сценарием необходимо записывать идеи, черты характера персонажей, реплики в их разговорах и все моменты, имеющие существенное значение. Одна каталожная карточка должна соответствовать одной идее;
- б) когда основная работа над формированием сюжета завершена – распределить карточки по категориям: опорные пункты сюжета, черты характера, реплики, разное;
- в) разложить на плоской поверхности, в том порядке, в котором, будут происходить события. Это поможет распределить события по действиям – первому, второму и третьему;
- г) проверить, что отсутствует в сюжете, и восполнить эти пробелы, путем осмысливания сюжета, вставить в подходящие места повествования недостающую информацию;
- д) удалить карточки с ненужной информацией, которая мешает развитию сюжета или замедляет его действие.

2. Таблица событий и реакций. В первом столбце слева записывается событие, случившееся с персонажем, в колонках справа – реакции других героев, если они вообще уместны.¹⁵

В стадии кульминации действие фильма становится напряженным, драматичным, когда основному действующему лицу (или второстепенным персонажам) сценария необходимо сделать жизненно важный выбор – с непредсказуемыми последствиями, о которых он не догадывается. Ему придется преодолевать различные препятствия, вступать в борьбу во имя достижения цели. Главный персонаж становится участником различных перипетий – смен удач неудачами, счастья несчастьем, незнания узнаванием и наоборот. На этом этапе развития фабулы, зрители становятся свидетелями конфликта.¹⁶

Конфликт – это столкновение. Основные способы разрешения конфликтов выделяемых в конфликтологии: соперничество, компромисс, сотрудничество, уход, приспособление должны использоваться сценаристом для развития сюжета будущего фильма.

¹³Фрумкин Г.М. Указ. соч. С. 63.

¹⁴О методе каталожных карточек: См. Вольф Ю. Литературный мастер-класс: учиться у Толстого, Чехова, Диккенса, Хемингуэя и многих других современных и классических авторов. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2014. С. 137-139; Снайдер Б. Спасите котика! И другие секреты сценарного мастерства. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2014. С. 133-148.

¹⁵Вольф Ю. Указ. соч. С. 137-142.

¹⁶Фрумкин Г.М. Указ. соч. С. 79.

Конфликт должен зародиться, развиваться, разрешаться – примирением, сотрудничеством, взаимодействием конфликтующих сторон или – обострившимся противодействием.

В.Н. Карагодин, классифицируя формы противодействия расследованию, называет следующие их виды:

- 1) акты, препятствующие раскрытию преступления;
- 2) акты, препятствующие привлечению к ответственности виновных и способствующие привлечению невиновных;
- 3) акты противодействия установлению характера и размера ущерба;
- 4) акты противодействия, препятствующие установлению обстоятельств, которые характеризуют личность виновного и влияют на степень и характер его ответственности;
- 5) акты противодействия, направленные на воспрепятствование установлению причин и условий, способствовавших совершению преступления.¹⁷

Нам представляется более предпочтительной общая классификация форм противодействия: на «внутреннее» и «внешнее» противодействие.

Под «внутренним» противодействием понимается противодействие, оказываемое лицами, в любой форме причастными к случившемуся, обладающими информацией о событии и стремящимися скрыть эту информацию от следствия.

Под «внешним» противодействием понимается «деятельность лиц, либо не связанных с данным событием и лицом, осуществляющим расследование, либо связанных со следователем (дознавателем) процессуальными, служебными или иными властными отношениями либо другими зависимостями».¹⁸

Скрытие преступления, если оно не повлекло «перехода» преступления в категорию латентных и признаки его обнаружены органами расследования, оказывает влияние на возникшую следственную ситуацию, прежде всего на ее психологические компоненты. Известно, что одним из оснований деления следственных ситуаций по этим компонентам служит характеристика отношений сторон: ситуации делятся на конфликтные и бесконфликтные.

Конфликтные ситуации выражаются в соперничестве и противодействии сторон, цели и интересы которых при расследовании преступлений не совпадают. Причем соперничество может быть строгим, не допускающим компромисса, и нестрогим, когда компромисс между сторонами возможен.

Бесконфликтная ситуация, характеризуется полным или частичным совпадением интересов участников взаимодействия, отсутствием противоречий в целях, к достижению которых направлены их усилия на данном этапе расследования. Ситуации конфликтов различной длительности и остроты возникают тогда, когда между участниками процесса складываются отношения соперничества и противодействия.¹⁹

Рассмотрение данных положений необходимо для определения соотношения между понятиями «противодействие» и «конфликт», с одной стороны, и «конфликтная ситуация» и «ситуация противодействия», с другой.

Введение понятия «ситуация противодействия» в криминалистическую характеристику преступлений обосновано следующими аргументами:

¹⁷Карагодин В.Н. Преодоление противодействия предварительному расследованию. Свердловск, 1992. С. 21.

¹⁸Аверьянова Т.В. Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной полиции и органов предварительного расследования. М., 1997. С. 130.

¹⁹Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. М., 1967. С. 157.



1) не все конфликты в деятельности следователя являются следствием противодействия преступников;

2) противодействие в отличие от конфликтов имеет место не только в период предварительного расследования, но и в латентной стадии преступной деятельности, а также на последующих стадиях уголовного судопроизводства;

3) понятие конфликта предполагает наличие в качестве участников двух лиц, одним из которых является следователь или оперуполномоченный, а при оказании противодействия последним могут противостоять «немые свидетели» – широкий круг объектов, начиная от документа, свидетельствующего о «невиновности» преступника, его непричастности к событию преступления, и заканчивая трупом важного свидетеля или самого субъекта преступной деятельности;

4) следователь или оперуполномоченный могут и не являться участниками ситуации противодействия, что имеет место при воздействии преступников непосредственно на следы преступления или максимального обеспечения ими скрытого характера совершенного преступления;

5) конфликтная ситуация, по его мнению, может быть как заключительным этапом сложной продолжительной ситуации противодействия, так и первой фазой его преодоления.

Преодоление негативной позиции участников расследования может выступать одной из тактических задач определенного этапа, части расследования и реализуется посредством применения таких тактических приемов как создание преувеличенного мнения об имеющихся доказательствах, установление психологического контакта, стимулирование положительных качеств личности.²⁰

Конфликтов в произведении может быть два, три, даже много – целая линия конфликтов. А что же является причиной конфликта? Это точка зрения героев сценария на жизнь, которая описана в нем. На жизнь вообще, друг на друга, на конкретные жизненные обстоятельства. Это оценка героем мира вокруг него и себя самого в том мире, и оценка автором героя и окружающего его мира.²¹

Создавая конфликт в сценарии, важно усвоить одну основную особенность изображения конфликтов в сценарии: о чем бы вы ни писали – все конфликты в сценарии обязательно должны быть персонализированы²² и носить правовой характер и складываться по поводу раскрытия, расследования преступления, разрешения уголовного дела по существу.

Правовые конфликты в учебном фильме могут складываться между:

1) подозреваемым, обвиняемым и потерпевшим;

2) следователем и подозреваемым, обвиняемым;

3) судьей и подсудимым, осужденным.

Коллизия не имеет в сценарии такого масштаба и значения, как конфликт, но кульминационный момент конфликта – это тоже коллизия. Из многих коллизий-эпизодов и строится здание главного конфликта.

Из всего вышесказанного, композицию сценария можно представить в виде простейшей классической схемы: начало, середина, финал.

Начало: вхождение в конфликт, его первые признаки.

Середина: конфликт развивается, нарастает. Нарастает и тревога – справедливое «мирное» разрешение конфликта кажется невозможным. Иногда исполнитель попадает в безвыходное положение.

Финал: может быть счастливым, трагическим, нейтральным – каким угодно, это функция идеи, которую автор хочет донести до читателя и зрителя.

И тут мы подошли очень важному, на наш взгляд, определению сюжета.

Таким образом, сюжет — это эволюция конфликта; его зарождение (предыстория), развитие,²³ разрешение.

Кадры, меняющие модели поведения человека, образуют сцены. В идеальном варианте каждая из сцен становится поворотным пунктом, и рассматриваемые ценности меняют свой заряд с позитивного на негативный или наоборот, формируя заметные, но незначительные изменения в жизни героев. Серия сцен образует эпизод, завершающийся сценой, которая оказывает умеренное влияние на персонажей и вносит более существенные изменения – в лучшую или худшую сторону, – чем любая другая сцена. Несколько эпизодов образуют акт, а кульминацией становится сцена, вызывающая значительное изменение в жизни героев, более важное, чем те, что произошли в предшествующих эпизодах.²⁴

5. **Развязка.** Завершение рассказа о событиях и поступках, результат конфликта, последний штрих в объяснении причин, породивших все, что произошло в произведении.²⁵ в основании какой нормы лежит конфликт и как его можно разрешить.

В процессе расследования зачастую решаются две противоположные, но взаимосвязанные

и взаимопределяющие задачи. Лицо, совершившее преступление, учитывая возможность использования следователем тех или иных способов и приемов, старается затруднить их применение, уклониться от ответственности (утаить истину). В свою очередь следователь, учитывая возможные способы совершения сокрытия преступления, старается установить скрываемые факты, нейтрализовать сопротивление заинтересованных лиц, обеспечить наказание виновного.²⁶

Таким образом, разрешение начальной задачи фильма может быть представлено в виде:

- 1) правильного, обоснованного, мотивированного решения;
- 2) ошибочного, необоснованного или немотивированного решения.

Обоснованность относится к доказательственной стороне, на которой базируется решение. Мотивированность же устанавливает логические связи между собранной совокупностью доказательств и принимаемым решением.

Случаи вынесения обоснованных, но не мотивированных решений возникают тогда, когда собранная по уголовному делу совокупность доказательств объективно создаёт необходимую фактическую предпосылку для принятия решения, однако в постановлении отсутствуют объяснения принятого процессуального решения. Случаи, когда решение формально выглядит мотивированным, тем не менее, по существу, является необоснованным, имеют место при неправильной оценке доказательств, когда мотивировка связывает выводы с недостоверными доказательствами.²⁷

Авторы сценариев часто совершают одну и ту же ошибку в отношении концовок – ключевой конфликт разрешается не благодаря действиям главного героя, а по стечению обстоятельств или в результате действия сил, которые до того вообще не фигурировали в сюжете.

Поэтому создавая логическое завершение сценария, необходимо задать себе несколько вопросов:

- 1) логичен ли финал (лучше всего, если он неизбежно вытекает из предыдущих событий)?
- 2) достигается ли развязка благодаря действиям и сознательному выбору главного действующего лица, а не ввиду череды совпадений?
- 3) получают ли разрешение побочные линии сюжета?
- 4) сводятся ли в финале вместе главная и побочная линии?
- 5) оставляет ли сценарий читателю пространство для размышления?²⁸

Кроме хронологической последовательности событий в произведении может существовать по воле автора и иное их логическое изложение. Но кульминация может оказаться в середине или в конце, или даже в начале, а потом еще раз повториться, экспозиция может сместиться и расположиться по всей середине и т. д. Иногда о развязке мы узнаем с первых строк, и тогда она становится завязкой. Этот прием, часто используется при написании сценариев для детективов.²⁹

Есть еще такие понятия, как пролог и эпилог. В прологе автор иногда воспроизводит какое-то событие из середины своего по-

вестования, событие, которое своей загадочностью, непонятностью должно заинтересовать читателя (зрителя), а иногда это небольшой фрагмент события, полный рассказ о котором становится кульминацией. В эпилоге автор сообщает нам о том, что произошло с героями после того, как закончилась «история», им рассказанная.³⁰

Открывающая и финальная сцена должны нести противоположный заряд, как плюс и минус. Открывающая сцена задает тональность, настроение и стилистику фильма, а также представляет нам основного персонажа, показывая его «до» основных событий.³¹

Работая над каждым отдельно взятым предложением, рекомендуется поставить перед собой несколько дополнительных вопросов: 1. Можно ли выразить эту идею более лаконично? 2. Не допустил ли исполнитель нарушений норм права?

Одна из основных задач сценариста в работе над сценарием – это монтаж-соединение эпизодов, и пробный показ фильма – для установления учебных задач. Дело в том, что каждый кадр содержит в себе какую-то определенную мысль. Соединяя два кадра, вы соединяете две разные мысли, два разных содержания. Но, соединив две разные мысли, вы получаете третью мысль, совершенно новую, иногда по сути далекую от тех мыслей, которые таились в кадрах, выбранных вами для монтажа. «Он маялся весь день, не находил себе места» – так написано в сценарии. Можно показать, как человек ходит туда-сюда, перекладывает предметы, выглядывает из окна, берет книжку, – показать мучения ожидания. Однако монтажёр должен действовать иначе: он стоит где-то у стола, следующий кадр – ночь, он лежит в постели, следующий – опять утро.³² В сущности, монтаж – это творческое и технологическое воплощение естественного человеческого желания быть внутри действия, которому он стал свидетелем. Но когда мы смотрим фильм в кинотеатре или по телевизору, вам не требуется бинокль. Лицо актера нам укрупняют посредством монтажа. И передвижения действующих лиц и машин, и все детали места действия нам покажут вовремя – опять же благодаря монтажу. Таким образом, монтаж – это «такое расположение кусков киноленты, которые в своем соотношении выражают определенную мысль режиссера». Перечитывая готовый сценарий, прежде чем отдать его на студию, следует мысленно представить: правильно ли расположены в нем отдельные эпизоды? Правильно ли соединены отдельные изображения внутри эпизодов? Это важно по той причине, что монтаж внутри эпизода (если на своем варианте монтажа сценарист будет настаивать) таит в себе опасность того, что вы будете неправильно поняты.³³

Таким образом, создание учебных фильмов по криминалистике требует четкого представления о содержании его структурных элементов, которые должны способствовать наглядному, обоснованному достижению поставленных задач или правильной оценке и пониманию обучающихся.

Переход между эпизодами в сценарии – это описание того изображения, которое должно соединять важные по содержанию эпизоды. Взаиморасположение эпизодов, их взаимодействие и образуют структуру, состоящую из экспозиции, завязки, развития действия, кульминации и развязки. Каждый из этих этапов имеет свое содержание и назначение. Переход от эпизода к эпизоду обусловлен развитием сюжета и фабулы – как художественно

²⁰Ким К.В. Свойства и классификация тактических приемов расследования // Право и государство. 2007. № 2 (35). С. 144.

²¹Фрумкин Г.М. Указ. соч. С. 80.

²²Там же. С.82.

²³Там же. С. 85-86.

²⁴Макки Р. История на миллион долларов: Мастер класс для сценаристов, писателей и не только. Изд. 6-ое. М.: Альпина нон-фикшн, 2014. С. 223.

²⁵Фрумкин Г.М. Указ. соч. С. 53.

²⁶Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. М., 1967. С. 157.

²⁷Ковалёв В.А. Прекращение уголовного дела в условиях деятельности органов дознания: учебное пособие. МС СШМ МВД СССР, 1990. С. 57.

²⁸Вольф Ю. Указ. соч. С. 166.

²⁹Фрумкин Г.М. Указ. соч. С. 53, 54.

³⁰Там же. С. 53.

³¹Снайдер Б. Указ. соч. С. 69-70.

³²Фрумкин Г.М. Указ. соч. С. 69-70.

³³Там же. С. 71, 72.

осмысленное расположение и связь событий и поступков персонажей в сценарии.³⁴

Фабула – это последовательность событий, происходящих друг за другом. Сюжет – это тоже последовательность событий, но упор делается на их причинные связи.

Существует несколько методов построения сюжета: а) метод картонных карточек; б) таблица событий и реакций. Таким образом, сюжет – это эволюция конфликта, от его зарождения (предыстории), развития и разрешения.

Конфликт должен зарождаться, развиваться, разрешаться – примирением, сотрудничеством, взаимодействием конфликтующих сторон или – обострившимся противодействием. Правовые конфликты в учебном фильме могут складываться между: подозреваемым, обвиняемым и потерпевшим; следователем и подозреваемым, обвиняемым; судьей и подсудимым, осужденным, Разрешение начальной задачи фильма может быть представлено в виде: правильного, обоснованного, мотивированного решения; ошибочного, необоснованного или немотивированного решения.

³⁴Фрумкин Г.М. Указ. соч. С. 52-53, 63.

Д.А. Финк: Криминалистика бойынша оқу фильмінің сценарийін жазу әдістемесі.

Сценарийдің құрылымдық композициясы қарастырылған, оның элементтерінің мазмұны, сондай-ақ криминалистика пәнінің ерекшелігін ескере отырып, оқу фильмінің сюжетін жасау әдістері анықталған.

Түйінді сөздер: криминалистика бойынша оқу фильмі, құрылымдық композиция, эпизодтар, экспозиция, фильмнің тақырыптық негізі, байланыс, әрекеттердің дамуы, кульминация, каталогтық карточкалар әдістемесі, оқиға және реакция кестесі, пролог, эпилог, монтаж.

D. Fink: The technique of the script writing of the educational movie on criminalistics.

The structural composition of the scenario, the maintenance of its elements, and also methods of creation of a plot of the educational movie, taking into account specifics of a subject of criminalistics reveals are considered in this article.

Keywords: the educational movie on criminalistics, structural composition, episodes, an exposition, a thematic basis of the movie, a tie, action development, the culmination, an outcome, a method of catalog cards, the table of events and reactions, a prolog, an epilog, installation.

Ж. БУСУРМАНОВ – АВТОР ИДЕИ ЕВРАЗИЙСКОЙ КОНЦЕПЦИИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА



А. А. ОРАЗБАЕВА,
доцент кафедры государственно-правовых
дисциплин ВШП Университета КАЗГЮУ, к.ю.н.

Представлен очерк профессиональной, научной, педагогической биографии ученого, доктора юридических наук, профессора Жумабека Дюсешевича Бусурманова. Приводятся его основные труды, отмечается вклад в развитие юридической науки, формирование евразийской концепции прав человека.

Ключевые слова: Республика Казахстан, научные исследования, евразийская концепция прав человека, права человека, право и государство, ученый-юрист, правозащитник, профессор, доктор юридических наук, Бусурманов Ж.Д.

Жумабек Дюсешевич Бусурманов родился 27 ноября 1950 г. в Иртышском районе Павлодарской области. После окончания в 1968 г. средней школы №1 гор. Иртышска, работал старшим пионервожатым, учителем средней школы. В мае 1969 г. призван на службу в Армию СССР на Северный Военно-Морской Флот. С 1971 по 1976 гг. обучался на юридическом факультете Казахского государственного университета им. С.М. Кирова по специальности «правоведение». В годы учебы в университете был заместителем секретаря комитета комсомола юридического факультета, руководителем вокально-инструментального ансамбля «Жастар».

После окончания университета стал преподавать, одновременно занимался научно-исследовательской деятельностью, поступил в аспирантуру целевого назначения Института философии и права Академии наук Казахской ССР (1978-1983 гг.). В 1984 г. успешно защитил кандидатскую диссертацию на тему «Социальная активность и правомерное поведение личности в советском обществе» под научным руководством видного ученого, доктора юридических наук, профессора, академика НАН РК М.Т. Баймаханова.

Ж.Д. Бусурманов в разные годы являлся доцентом, заведующим кафедрой теории и истории государства и права, проректором по воспитательной работе Карагандинского государственного университета имени Е.А. Букетова.

Работа на государственной службе началась в 1993 г. с должности консультанта Отдела политического анализа Аппарата Президента и Кабинета Министров Республики Казахстан. В марте 1994 г. распоряжением главы государства назначен секретарем Комиссии по правам человека при Президенте Республики Казахстан.

© А. А. Оразбаева, 2016

В последующем был заведующим секретариата, первым заместителем председателя этой комиссии, членом Комиссии по помилованию при Президенте Республики Казахстан.

В 1998 г. Указом Президента Республики Казахстан Жумабек Дюсешевич был назначен членом Конституционного Совета Республики Казахстан. После окончания срока полномочий члена Конституционного Совета, с 2002 г. работал заведующим кафедрой теории и истории государства и права Алматинской Казахской гуманитарно-юридической академии КазГЮУ. По совместительству заведовал кафедрой юридического факультета Казахского национального педагогического университета имени Абая.

В апреле 2008 г. Бусурманов был приглашен на должность декана юридического факультета Евразийского национального университета (ЕНУ) им. Л.Н. Гумилева. С сентября 2008 г. работал в качестве заведующего кафедрой теории и истории государства и права, конституционного права юридического факультета ЕНУ им. Л.Н. Гумилева.



Доктор юридических наук, профессор Бусурманов Жумабек Дюсешевич

НОВЫЕ КНИГИ



Библиотека земельного права. Земельное администрирование: зарубежный и отечественный опыт/ под ред. Б.Ж. Әбдірайым. Вып. № 11. Караганды: РИО «Болашак-Баспа», 2016. – 144 с. ISBN 978-601-301-804-1

Авторский коллектив:

д.ю.н., профессор Әбдірайым Б.Ж.; к.ю.н. Егембердиев Е.О.; доктор PhD Саймова Ш.А.; доктор PhD Тулеубаева Г.Ж.; доктор PhD Илебаев Л.К.; Галиакбарова Г.Г.; Смойлов С. Ж.

Данное периодическое издание посвящено анализу правовых проблем ведения земельного администрирования применительно к земельным участкам и осуществления их кадастрового учета.

С позиций правообладателей земельных участков рассматриваются практические проблемы, возникающие в процессе проведения кадастровых работ и кадастрового учета, в том числе связанные: с отсутствием в кадастре точных сведений о земельных участках; наложением земельных участков; необходимостью устранения кадастровых ошибок и привлечением к ответственности виновных лиц; массовой кадастровой оценкой земельных участков. Проанализировано законодательство, регулирующее данную область земельных отношений, выявлены причины возникновения указанных проблем и предложены пути их решения.

Издание адресовано преподавателям, научным работникам, практикующим юристам, магистрантам и докторантам Ph.D юридических вузов, а также всем, кто интересуется вопросами нормативно-правового регулирования осуществления кадастровых работ, кадастрового учета земельных участков и ведения государственного земельного администрирования.



На международной научно-практической конференции, посвященной 20-летию Конституции РК «Конституция: единство, стабильность, процветание». Август 2015 г.

В 2010-2012 гг. работал директором государственного учреждения «Институт законодательства Республики Казахстан» Министерства юстиции Республики Казахстан.

Продолжая научные исследования вопросов прав человека евразийского пространства, в 2006 г. Ж.Д. Бусурманов защитил докторскую диссертацию на тему: «Права человека в постсоветском государстве: вопросы теории и практики обеспечения». Научным консультантом также являлся д.ю.н., профессор, академик НАН РК М.Т. Баймаханов; официальными оппонентами выступили: д.ю.н.,

профессор А.А. Матюхин, д.ю.н., профессор Г.А. Мукамбаева, д.ю.н. профессор З.Ж. Кенжалиев.

В опубликованной Бусурмановым Ж.Д. монографии «Евразийская концепция прав человека» предложена авторская концепция в области теории прав человека. Работа посвящена «теоретико-правовому осмыслению прав человека с цивилизационных критериев... обосновывается новая концепция прав человека с позиции евразийства...». ¹ Особенностью работы является вывод автора о том, что во всех государствах, не исключая и Казахстан, имеются свои собственные национальные стандарты по правам граждан, наряду с универсальными, всеобщими стандартами в области прав человека. Также в исследовании выявлены проблемы институционального обеспечения прав человека в Казахстане, предполагающие разрешение ряда задач по модернизации и совершенствованию институтов власти и управления, органов правосудия, прокурорского надзора, специализированных правозащитных учреждений.

В своем докладе «Потенциал Евразийской концепции прав человека: новый взгляд на проблемы демократии и права человека» ² на научном форуме в г. Торуне (Польша) Ж.Д. Бусурманов представил собственную позицию о необходимости Евразийской Декларации прав человека и народов. Подчеркнул, что данный документ может стать новым правозащитным документом евразийского континента, отражающим особенности подходов в решении сложнейших взаимоотношений в области прав человека.

Идеей евразийства пронизана и статья «Евразийский союз: новые политико-правовые реалии». В данной публикации автором

¹См.: Бусурманов Ж.Д. Евразийская концепция прав человека: Монография. Алматы: КазГЮУ, 2012. С. 12.

²См.: Бусурманов Ж.Д. Потенциал Евразийской концепции прав человека: новый взгляд на проблемы демократии и права человека // Материалы международной научно-практической конференции «Azjatyckiesystemyochronopraw czlowieka. Inspiracjauniwersalna-uwarunkowaniakulturowe-barieryzrealizacyjne». Torun, 2016. С. 381-394.



Профессор Бусурманов Ж.Д. и народный адвокат (омбудсмен) Республики Молдова Которобай Михаил. Август 2015 г.



После выступления, посвященного 550-летию Казахского ханства перед преподавателями Атырауского государственного университета им. Х.Досмухамедова. 25 сентября 2015 г.

проводится анализ перспектив Евразийского союза, его потенциальных участников, со своими политическими, экономическими интересами. Акцентируется внимание на казахстанское видение, по которому в Евразийском союзе «должны быть представлены те государства, для которых стержнем интеграции должна стать сама евразийская идея как духовное начало, тысячами нитей пронизывающее их прошлое, настоящее и будущее». ³ Автор обосновывает идеи не только о необходимости Евразийской декларации прав человека и народов, как международного документа, распространяющегося на евразийском континенте, но и о создании Евразийского Суда по правам человека, как «показателя жизнестойкости самого Евразийского союза». ⁴

Привлекает внимание и научная статья о сохранении преемственности лучших традиций прошлого казахов «Суд биев кочевой цивилизации казахов и вопросы преемственности судебно-правовой реформы независимого Казахстана», где исследователь подчеркивает гениальность системы судебной власти кочевой цивилизации казахов, так называемого «живого права». ⁵

Актуальным вопросам взаимоотношений государства и общества, государства и личности посвящена научная статья «Взаимодействие институтов гражданского общества и государства в Казахстане: современные тренды». ⁶ Вопросы совершенствования законодательства

в сфере неправительственных организаций, повышения индекса доверия институтам гражданского общества со стороны государства являются основным содержанием данной публикации. Предлагаются конкретные предложения и рекомендации по введению реестра НПО, соответствующих определенным уровням стандартов; возрождению социально значимого института – Общественной палаты при Парламенте страны с экспертно-консультативными функциями. Немаловажным аспектом раскрыт опыт формирования и деятельности Национального превентивного механизма против пыток при Уполномоченном по правам человека в Республике Казахстан.

³См.: Бусурманов Ж.Д. Евразийский союз: новые политико-правовые реалии // «Мәңгілік ел». Международный научно-популярный исторический журнал. № 4, 2014. С.13.

⁴См. там же. С.15.

⁵См.: Бусурманов Ж.Д. Суд биев кочевой цивилизации казахов и вопросы преемственности судебно-правовой реформы независимого Казахстана // Древний мир права казахов. Материалы, документы и исследования. Т.10. Алматы: Жеті жарғы, 2012. С.434-436.

⁶См.: Бусурманов Ж.Д. Взаимодействие институтов гражданского общества и государства в Казахстане: современные тренды // Научные труды «Әділет». 2015. №3. С. 51-63.



Доктора юридических наук, профессора (внизу, слева) Амандыкова С.К., Бусурманов Ж.Д., Нурғалиева Е.Н. и представители Евразийской Юридической Академии имени Д.А. Кунаева. 17 июля 2015 г.

Бусурманов автор свыше 170 научных публикаций, в том числе статей, опубликованных в журнале «Право и государство»: Концепция Государственной программы в области прав человека Республики Казахстан⁷; Проблемы гармонизации межэтнических отношений в условиях современного Казахстана⁸; Трудности перевода⁹; Проблемы взаимосогласования интересов государства и институтов гражданского общества¹⁰; Евразийская Декларация прав человека и народов как ответ на новые вызовы современности.¹¹

Ж.Д. Бусурманов 18 февраля 2009 г. стал обладателем гранта «Лучший преподаватель вуза» 2008 г. республиканского конкурса, проводимого Министерством образования и науки РК в апреле 2010 г. стал победителем конкурса «Лучший доцент года» 2009 г. по группе специальностей «Право», организованного межвузовской Учебно-методической секцией по этой группе специальностей. В 2009 г. он награжден нагрудным знаком «Почетный работник образования Республики Казахстан».

В ноябре 2008 г. избран действительным членом (академиком) Академии юридических наук Республики Казахстан». Под научным руководством Бусурманова Ж.Д. защищены 31 магистерская, 4 кандидатских, 2 – докторские PhD и завершается подготовка еще одной докторской диссертации.

За значительный вклад в развитие и становление государственности, укрепление суверенитета Республики, а также в ознаменование 10-летия независимости Республики Казахстан Указом Президента Республики Казахстан № 734 от 3 декабря 2001 г. награжден медалью «10 лет независимости Республики Казахстан»; Указом

Президента Республики Казахстан от 25 августа 2005 г.– юбилейной медалью «10 лет Конституции Республики Казахстан»; Указом Президента Республики Казахстан от 16 декабря 2011 г.– медалью «Ерен еңбек үшін»; награжден нагрудным знаком «За заслуги в развитии науки Республики Казахстан» (19 мая 2016 г.).

В настоящее время Ж.Д. Бусурманов – известный в стране ученый-юрист, доктор юридических наук, профессор, академик Академии юридических наук Республики Казахстан, разработчик типовых программ по учебным дисциплинам «Теория государства и права», «Основы права» и спецкурса «Проблемы реализации прав и свобод человека и гражданина Республики Казахстан» для студентов высших юридических вузов страны.

Ә.Ә. Оразбаева: Ж. Бұсырманов - адам құқықтарының еуразиялық тұжырымдамасы идеясының авторы.

Ғалым, заң ғылымдарының докторы, профессор Жұмабек Дюсешевич Бұсырмановтың кәсіби, ғылыми, педагогикалық өмірбаянынан очерк берілген. Оның негізгі жұмыстары, заң ғылымның дамуына қосқан үлесі, адам құқықтарының еуразиялық тұжырымдамасының дамуы қарастырылған.

Түйінді сөздер: Қазақстан Республикасы, заң ғылымы, ғылыми зерттеулер, адам құқықтары, адам құқықтарының еуразиялық тұжырымдамасы, теория және тәжірибе, ғалым-заңгер, құқық қорғаушы, заң ғылымдарының докторы, Ж.Д. Бұсырманов.

A. Orazbaewa: Zh. Busurmanov – author of the Eurasian conception of human rights.

The article presents essays in professional, scientific, educational biography of the scientist, Doctor of Juridical Science, Professor Zhumabek Dyuseshevich Busurmanov. The paper gives his major works, marks contribution to the development of legal science and formation of the Eurasian conception of human rights.

Keywords: Republic of Kazakhstan, jurisprudence, scientific research, the Eurasian conception of human rights, human rights, theory and practice, a legal scholar, human rights activist, Doctor of Juridical Science, Zh.D. Busurmanov.

⁷См.: Бусурманов Ж.Д. Концепция Государственной программы в области прав человека Республики Казахстан // Право и государство. №3. 2002. С. 31-36.

⁸См.: Бусурманов Ж.Д. Проблемы гармонизации межэтнических отношений в условиях современного Казахстана // Право и государство. №1(46). 2010. С. 73-79.

⁹См.: Бусурманов Ж.Д. Трудности перевода // Право и государство. № 4. 2011. С. 51-53.

¹⁰См.: Бусурманов Ж.Д. Проблемы взаимосогласования интересов государства и институтов гражданского общества // Право и государство. № 2(63). 2014. С. 50-53.

¹¹См.: Бусурманов Ж.Д. Евразийская Декларация прав человека и народов как ответ на новые вызовы современности // Право и государство. №1(66). 2015. С. 69-73.

НОВЫЕ КНИГИ

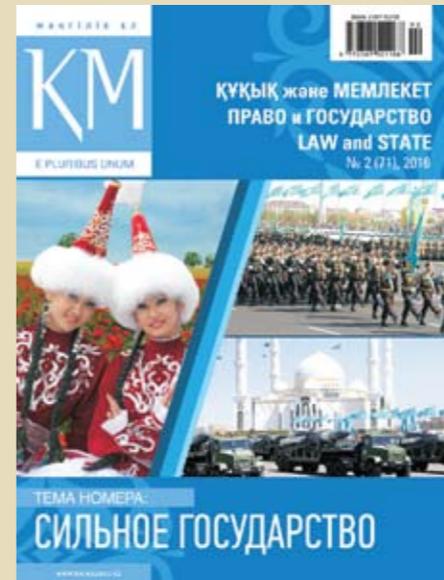
Қазақстан халқы Ассамблеясы – ел тарихында / Қазақстан Республикасы Мәдениет және спорт министрлігі Тілдерді дамыту және қоғамдық-саяси жұмыс комитеті, Әлеуметтік-саяси зерттеулер институты. Алматы: «КАЗакқпарат», 2015. – 266 б.

ISBN 978-601-280-591-8

Кітап Қазақстан халқы Ассамблеясы мен ел Конституциясының 20 жылдығына арналған. Ассамблея тарихы Қазақстанның барлық халқы, ел және жекелеген тұлғалардың тарихы негізінде жазылған.

Басылым мемлекет және саяси қайраткерлер, дипломаттар, мәдениет қайраткерлері, Қазақстан халқы Ассамблеясының мүшелері, спортшылар мен қазақ диаспорасы өкілдерінің сұхбаттары негізінде дайындалған. Олардың негізінде Қазақстанды дамудың даңғыл жолына жетелеген ұлтаралық толеранттылық пен қоғамдық келсімге негізделген қазақстандық саясаттың іргесін қаланған принциптер жан-жақты ашылған.

Кітап жалпы оқырман қауымға арналған, онда сұхбат берушілердің айрықша ой-пікірлері мен көзқарастары жазылған. Сондықтан ол Қазақстанның қарапайым азаматтарына, шетел бизнесмендеріне, инвесторларына, туристерге, жастар мен ғылыми орта үшін қызықты болар деп үміттенеміз.



ИНФОРМАЦИЯ ДЛЯ АВТОРОВ

В журнале «Право и государство» публикуются научные статьи, заметки, сообщения о результатах исследований в различных областях юриспруденции, рецензии на новые научные юридические издания, статьи о значимых научных конференциях по проблемам государства и права.

Представленные для опубликования материалы должны отвечать следующим требованиям:

- Содержать результаты оригинальных научных исследований в области государства и права, ранее неопубликованных и не предназначенных для публикации в других изданиях. Автор обязан сообщить редколлегии при представлении статьи и других материалов — были ли они опубликованы или представлены в иные издания.
- Статьи публикуются на казахском, русском, английском языках. В начале статьи помещаются инициалы и фамилия автора, ученая степень, ученое звание, должность, кафедра, вуз, иная информация о месте работы автора, город, страна. После фамилии автора — название статьи, 3 аннотации (5-8 строк) на русском, казахском и английском языках (с переводом фамилии, инициалов автора и названия статьи). После каждой аннотации — 10 ключевых слов на соответствующем языке.
- Статья объемом 7-10 страниц формата А4 должна быть набрана в текстовом редакторе Microsoft Word шрифтом Times New Roman, размером 14, через один интервал. Статьи объемом больше 10 страниц согласовываются с главным редактором.
- Сноски в статье – постраничные, со сквозной нумерацией. В конце статьи дается библиография – 10-15 наименований основной литературы по данной теме, в том числе новейшей. Редакция журнала «Право и государство» рекомендует использовать сравнительно-правовой материал, изучить публикации по смежным темам в нашем журнале (см. архив) и включить полезные из них для Вашей работы в пристатейную библиографию. Библиография и примечания оформляются в соответствии с ГОСТом. При ссылках на Интернет-ресурсы указывается ав-

тор, название текста, источник, полный электронный адрес материала, дата его открытия.

- В конце статьи должна быть запись: «статья публикуется впервые», ставится дата и подпись автора (авторов). Здесь же помещаются сведения об авторе (авторах): фамилия, имя, отчество полностью, электронный адрес, контактные телефоны. Представляются: электронная версия статьи, фото автора (желательно — художественный, не документальный портрет) и иллюстрации (могут быть представлены сканированные обложки книг, журналов и сборников со статьями авторов).
- Статьи проходят внутреннее рецензирование в редколлегии без направления рецензии авторам статей. Редколлегия вправе отклонять статьи, которые по ее мнению не соответствуют требованиям журнала. За ошибки, неточности научного и фактического характера ответственность несет автор (авторы). В случае переработки статьи по просьбе редакционной коллегии журнала, датой поступления считается дата получения редакцией окончательного варианта. Если статья отклонена, редколлегия сохраняет за собой право не вести дискуссию по мотивам отклонения. Поступившие в редакцию материалы возврату не подлежат.
- Соискатели, магистранты, докторанты и кандидаты наук, если статья не была специально им заказана, представляют статью для рассмотрения в редколлегия с рецензиями не менее чем двух независимых ученых по тематике статьи (не из числа членов редколлегии и редсовета), в т.ч. желательно, — научного руководителя или доктора наук.
- В редакционную коллегию статья передается со всеми необходимыми приложениями в электронном виде.
- Отписки статей не выдаются, гонорар авторам не выплачивается. Плата за публикацию с авторов не взимается. Автор опубликованной статьи вправе получить в редакции один экземпляр журнала бесплатно.
- Ссылки на наше издание при перепечатке обязательны.

Адрес и контактные данные редакции:

010000, г. Астана, шоссе Қорғалжын, 8, Университет КАЗГЮУ, тел. 8 (7172) 70 30 54, 8 (7172) 70 17 55, www.km.kazguu.kz. e-mail: pravoigos@kazguu.kz



**ENDOWMENT
KAZGUU**



**Мы делаем качественное образование доступнее!
Не оставайтесь в стороне и творите добро вместе с нами.**

Эндаумент Фонд – это прозрачная и эффективная форма финансирования образовательных учреждений, позволяющая им нарабатывать финансовый фундамент и выстраивать долгосрочную стратегию развития.

Основные направления:

1. Гранты для одаренных студентов и учеников школ.
2. Гранты для не имеющих финансовой возможности оплачивать обучение студентов.
3. Инвестирование в научные проекты студентов.
4. Именные стипендии.
5. Оплата за проживание в общежитии.
6. Улучшение материально-технической базы Университета КАЗГЮУ.
7. Участие в образовательных олимпиадах и мероприятиях.



Результаты деятельности:

1. Выделение средств на грант студентам из социально уязвимых слоев населения, воспитанникам детских домов.
2. Выделение средств на 2 стипендии.
3. Оснащение аудитории слушателями программы DBA Бизнес-школы КАЗГЮУ.
4. Оснащение аудитории выпускниками MBA Бизнес-школы КАЗГЮУ.
5. Оснащение именных аудиторий: АО "KassaNova Bank", АО "Tengry Bank", АО "АТФ Банк", Республиканская Нотариальная Палата.
6. Проведение «Первой ежегодной встречи выпускников Университета КАЗГЮУ».



Контакты:

Корпоративный Фонд «Эндаумент КАЗГЮУ»
Адрес: 010000, Республика Казахстан, г. Астана,
шоссе Коргалжын, 8, каб. 709
Call-центр: +7 (7172) 70 30 30
Факс: +7 (7172) 70 30 39
E-mail: endowment@kazguu.kz

Реквизиты

БИН 160340000295, Кбе 17
ИИК KZ19551Z127001031KZT
АО «Банк Kassa Nova»
БИК KSNVKZKA
Назначение платежа: пожертвование
на пополнение целевого капитала по договору стандартной формы



**ПОЧЕМУ ИМЕННО
БИЗНЕС-ШКОЛА КАЗГЮУ?**

БИЗНЕС-ШКОЛА КАЗГЮУ ЯВЛЯЕТСЯ
ЧЛЕНОМ МЕЖДУНАРОДНОЙ
АССОЦИАЦИИ MBA SEEMAN

ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ ПРОГРАММ:

- Master of Business Administration (MBA)
- Executive of Master of Business Administration (EMBA)
- Doctor of Business Administration (DBA)
- Mini MBA

ПОЛУЧЕНИЕ ДВУХ ДИПЛОМОВ:

1. Диплом государственного образца Республики Казахстан
2. Швейцарский международный диплом «University of Business and International Studies» (UBIS)

СТАЖИРОВКИ
Великобритания (Лондон)

Швейцария (Женева)

Россия (Москва)

Словения (Блед)

КУРСЫ ПОВЫШЕНИЯ КВАЛИФИКАЦИИ
ПО ПРОГРАММЕ
«Менеджмент в условиях развития ВТО»

БИЗНЕС ИНКУБАТОР

БИЗНЕС КЛИНИКА

7 лет

на рынке бизнес-образования
и международного
сотрудничества

230

слушателей и выпускников
за 7 лет

Разыгрывается
ГРАНТ

на получение
степени MBA

Карьерный рост
75%

Рост дохода слушателей
в среднем на
50%

Адрес: г. Астана, шоссе Коргалжын, 8, каб. 711
Телефон: +7 (7172) 70-17-13, 70-30-59
+7 701 343 59 43, +7 701 285 08 34



www.kazguu.kz

БІРЛІГІ МЫҚТЫ ЕЛ БОЛСА,
БАРЛЫҒЫ БАУЫР БОЛАДЫ...
ТӨЛЕ БИ

