

**Хасенов М.Х., PhD, Assistant Professor Университета КАЗГЮУ
им.М.С. Нарикбаева**

КОНСТИТУЦИОННАЯ ЗАКОННОСТЬ И ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА

Введение

Конституция Республики Казахстан представляет собой компромисс между двумя фундаментальными концепциями правопонимания: естественно-правовой (юснатурализм) и позитивистской (легизм).

Согласно позитивистскому подходу, все подчинено закону, который создало государство. Право - продукт государства (его воли и усмотрения), который нужно неукоснительно исполнять независимо от его содержания.

Позитивистский подход в Конституции проявляется, в первую очередь, в понимании права в объективном смысле. Статья 4 Конституции к действующему праву относит нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда.

По сути, право сводится к закону, даже международные обязательства оформляются обычно законами о ратификации или присоединении к международным договорам либо решениями наднациональных органов, применяемыми на основании ратифицированного международного договора (пример: Договор о ЕАЭС).

Противовесом позитивистского подхода является естественно-правовая концепция, где право - совокупность прав человека, морали и законодательства. Закон – это всего лишь одна из форм права. Юснатурализму присуща доктрина естественных и неотчуждаемых прав человека, отрицание произвольного государственного правотворчества и т.д.

Естественно-правовой подход в Конституции РК проявляется в определении правового статуса человека и гражданина, согласно которому права человека не зависят от их закрепления в законе. В соответствии со статьей 12 Конституции РК, права и свободы человека определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов. А не наоборот. Права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми.

1. Конституционализация законодательства и верховенство права

Конституционный Совет РК в своем послании от 20 июня 2019 года «О состоянии конституционной законности» считает принципиально важным всемерную преемственность стратегического курса Елбасы по дальнейшему утверждению конституционализма; обеспечению верховенства права в качестве казахстанской общенациональной ценности; гарантированию народовластия, прав и свобод человека; повышению уровня защищенности личности и должного функционирования государственного аппарата¹⁶.

С одной стороны, обозначено приоритетное направление развития национального законодательства Казахстана - повышение уровня конституционализации законодательного массива. В этом проявляется легизм.

С другой стороны, поставлена задача по обеспечению верховенства права в качестве казахстанской общенациональной ценности. В этом проявляется юснатурализм.

Понятие конституционализации права впервые было озвучено на заседании Французской ассоциации конституционалистов в феврале 1980 года с целью изменить понятие права и привязать его к более императивному нормативному регулированию¹⁷.

16 Послание Конституционного Совета Республики Казахстан от 20 июня 2019 года «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» (оглашено на совместном заседании Палат Парламента Республики Казахстан 20 июня 2019 года) // "Казахстанская правда" от 21.06.2019 г., № 117 (28994).

17 Favoreu, Louis. «Constitucionalización del Derecho». Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, vol. XII, agosto 2001, p. 31.

Под «конституционализацией» понимается придание любым социально значимым процессам свойства конституционности¹⁸. Конституционализация предполагает усиление роли Конституции в качестве базы развития отдельных отраслей права, всестороннее укрепление взаимосвязей конституционных и отраслевых норм, контроль действующего правового регулирования через механизмы конституционного правосудия¹⁹. Сущность конституционализации отраслевого законодательства состоит в укреплении конституционных основ в этих отраслях и соответствующих сферах общественных отношений, стабильность их развития, единообразии практики рассмотрения и решения уполномоченными органами юридических дел²⁰.

Конституционализация позволяет выявлять конституционно-правовой смысл законодательных конструкций и обеспечить соответствие правоприменительной практики требованиям Конституции.

Обращаясь к верховенству права, необходимо отметить, что сама идея верховенства права была впервые провозглашена в средние века в Англии, и получила широкое признание в качестве безусловного нравственного и политико-правового идеала в США и странах Европы. Корнями концепция уходит в эпоху античности, в труды Платона, Аристотеля и Цицерона. В англосаксонской традиции верховенство права отражает общий принцип конституционализма, связанный с процедурной беспристрастностью и справедливым применением правовых норм, с одной стороны, с идеями защиты человеческого достоинства и уважения прав личности, с другой стороны.²¹

Как отмечает Европейская комиссия за демократию через право («Венецианская комиссия»), понятие «верховенство права» («Rule of law») не

18 Авдеев Д.А. Конституционализация правовой политики в современной России // Правоприменение 2018. Т. 2, № 4. С. 25.-26.

19 Матейкович М.С. «Конституционализация» уголовного процесса // Вестник Тюменского государственного университета. 2009. № 2. С. 29.

20 Пархоменко Н.Н. Конституционность и конституционализация законодательства Украины: теоретические аспекты // Вестник ТвГУ. Серия «Право». 2012, выпуск 31. С. 167.

21 Аллалыев Р.М. Концепция верховенства права в США: теоретико-правовое исследование // Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2019. – 170 с.

всегда является синонимом понятий немецкого «Rechtsstaat», французского «Estado de Direito» или «Etat de droit» ("правовое государство"). Не является это и синонимом такого понятия на русском языке, как «верховенство закона» или термина «правовое государство». В 2016 году комиссия одобрила контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права:

1) Законность, в том числе прозрачный, подотчетный и демократичный процесс принятия законодательства;

2) Правовая определенность, включая доступность законодательства и судебных решений, предсказуемость, стабильность и последовательность законов;

3) Запрет на произвол (предотвращение злоупотребления полномочиями);

4) Равенство перед законом и недискриминация;

5) Доступ к правосудию (независимые и беспристрастные суды), самостоятельная прокуратура, независимая адвокатура²².

Как видим, законность как проявление верховенства закона является одним из пяти элементов верховенства права.

Эту терминологическую проблему удачно решили отечественные ученые-конституционалисты: «В целом доктрины верховенства права и правового государства - два варианта обозначения приоритета права, развивавшиеся в разных правовых системах. Доктрина верховенства права является относительно более общим выражением места права в системе общества, а доктрина правового государства - относительно более частной, ориентированной на определение соотношения права и государства, на программирование правомерности и разумного ограничения (в т.ч. самоограничения) деятельности государства как главного института, обеспечивающего правотворчество и правоприменение. В то же время эти две доктрины тесно связаны между собой и в условиях встречного движения,

22 Доклад о верховенстве права, утвержденный Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии 25-26 марта 2011 года. CDL-AD (2011)003rev.

сближения правовых систем, их дальнейшей унификации и гармонизации различия между данными доктринами уменьшаются».²³

Согласны с тем, что «верховенство права должно выступать самым первым и самым главным (определяющим сущность) принципом правового государства. При узком (нормативистском, легистском) понимании права принцип верховенства права будет выражать верховенство права в целом как совокупности норм, а верховенство закона будет отражать опять же иерархию нормативных правовых актов, во главе которых стоит закон. Если же воспринять распространенную точку зрения, что «верховенство права» и «правовое государство» - это синонимы, то принципы правового государства будут также и принципами «верховенства права».²⁴

Вместе с тем, важно осознавать, что в отсутствие верховенства права большинство институтов, не просто не приживаются или не работают, а превращаются в свою противоположность (антиинституты): рынок деформируется системой извлечения административной ренты; деловая активность гаснет или заменяется поиском бизнеса, ориентированного на получение ренты; конкуренция вытесняется монополизмом; абсолютное право собственности превращается в условное, зависимое от власти держание; универсальная защита права собственности каждого заменяется избирательной защитой собственности властной элиты различных уровней и тех, кто состоит в постоянном или временном (на коррупционной основе) союзе с нею; уголовно-правовые запреты, вместо защиты общесоциальных ценностей, искусственно используются в качестве инструмента для квазилегального передела собственности.²⁵

23 Ударцев С.Ф., Темирбеков Ж.Р. Концепции «Rule of law» («верховенство права») и «Rechtsstaat» («правовое государство»): сравнительный анализ //Государство и право, 2015. №5. С. 5-16.

24 Сулейменов М.К. Верховенство права: идея и реальность [Электронный ресурс] <https://www.zakon.kz/4923889-verhovenstvo-prava-ideya-i-realnost.html>.

25 Верховенство права как фактор экономики / международная коллективная монография; под редакцией Е.В. Новиковой, А.Г. Федотова, А.В. Розенцвайга, М.А. Субботина. — Москва: Мысль, 2013. — 673 с.

В Казахстане фундаментальный мегапринцип «верховенство права» формально не закреплен в Конституции, но его составляющие нашли свое закрепление. Провозглашая Казахстан правовым государством, Конституция не относит к основополагающим принципам деятельности Республики ни верховенство закона, ни верховенство права (статьи 1 и 91).

Единственное упоминание принципа верховенства права можно встретить в Стратегическом плане развития РК до 2025 года: «Для ускоренного экономического роста и повышения качества жизни необходимо обеспечить верховенство права, что гарантирует соблюдение закона, недопущение коррупции и высокий уровень правовой культуры в обществе». В остальных документах, в лучшем случае, упоминается верховенство закона, что всего лишь верхушка доктрины верховенства права.

Стратегия 2050 вскользь упоминает о верховенстве закона. Концепция правовой политики указывает на необходимость неуклонно следовать принципам верховенства Конституции и соответствия норм актов нижестоящего уровня актам вышестоящего уровня в процессе совершенствования законодательства и правоприменительной деятельности.

В Плане нации «100 конкретных шагов по реализации 5 институциональных реформ» одной из реформ обозначено «Обеспечение верховенства закона», где 10 шагов предусматривают совершенствование судебной системы.

Таким образом, реализация норм Конституции и новая Концепция правовой политики до 2030 года должны базироваться на принципе верховенства права и его составляющих.

2. Анализ воздействия НПА на права человека: постановка вопроса

Реализация принципа верховенства права должна базироваться на следующих тезисах:

- Государство не создает права и свободы, оно лишь признает и гарантирует их;

- права и свободы человека являются основополагающими при разработке и принятии законов и иных нормативных правовых актов;

- ограничение прав может устанавливаться только законами, и только в исчерпывающих случаях, определенных Конституцией; ограничения прав и свобод человека и гражданина не могут устанавливаться в подзаконных актах;

- принцип верховенства права необходимо наполнить реальным смыслом и механизмом в законодательстве и правоприменительной практике следующим образом.

Как известно, на основании 39 статьи Конституции, ограничение прав может устанавливаться только законами, и только в исчерпывающих случаях, определенных Конституцией. Ограничения прав и свобод человека и гражданина не могут устанавливаться в подзаконных актах. Статья 39 Конституции РК является узловой, связывающей конституционные нормы с правоприменением. Однако до сих пор потенциал данной статьи 39 Конституции РК полностью не реализован.

На практике в подавляющем большинстве случаев при разработке проектов НПА разработчики не проводят анализ на соответствие статье 39 Конституции РК, а именно – ограничивают ли нормы НПА права и свободы человека, обоснованы ли данные ограничения.

Возникает проблема соразмерности ограничений прав и свобод человека, требуется оценить, не влечет ли закрепленная в НПА норма необоснованного ограничения прав и свобод, соблюдены ли защищаемые интересы, определенные ч.1 ст. 39 Конституции, при установлении законом ограничений прав и свобод.

В этой связи, с целью реализации норм Конституции, на этапе разработки проекта НПА необходимо ввести процедуру анализа воздействия проекта НПА на права и свободы человека. Аналогия у нас уже имеется – это анализ регуляторного воздействия (АРВ) проектов НПА на субъектов

предпринимательства, закрепленный в Предпринимательском кодексе и Законе о правовых актах.

Научная правовая экспертиза проектов НПА не решает указанную задачу по следующим причинам:

1) обязательной является только научная правовая экспертиза проектов законов, разработанных в порядке законодательной инициативы Правительства и вносимых на рассмотрение Мажилиса Парламента, а также инициированных депутатами Парламента;

2) проекты подзаконных актов, как правило, научную правовую экспертизу не проходят;

3) проекты законов, разработанных в порядке законодательной инициативы Президента, не подлежат научной правовой экспертизе;

4) поправки, вносимые в текст законопроекта в Мажилисе Парламента, не проходят научную правовую экспертизу.

Последствия отсутствия такого анализа проявляются в неконституционности законов. Так, в Конституционный Совет РК за период его деятельности поступило 68 обращений судов о проверке норм законов на предмет неконституционности. В результате в целом либо в части неконституционными признаны около 30 законов и международных договоров.

Во-первых, Конституционный совет РК не рассматривает по собственной инициативе вопрос о конституционности норм законов. Правом инициировать такой вопрос наделены только суды, и с 2017 года – Глава государства.

Во-первых, законами не установлена ответственность депутатов и председателей палат Парламента за принятие неконституционных законов.

В этой связи вопрос о неконституционности норм законов остается открытым. Сколько таких норм еще ждут своего часа, мы можем только предполагать. Таких норм, к примеру, обнаружено несколько.

3. Примеры неконституционных норм и конституционных парадоксов

1) Первый пример: пп.26) п.1 статьи 52 Трудового кодекса РК: трудовой договор с работником по инициативе работодателя может быть расторгнут в случае достижения работником пенсионного возраста.

Нарушается норма ст.14 Конституции РК: никто не может подвергаться какой-либо дискриминации по любым обстоятельствам. Возраст – это биологический критерий, по которому не допустима дискриминация.

2) Второй пример. п.2 статьи 57 Закона РК «Об исполнительном производстве и статусе судебного исполнителя»: на основании постановления судебного исполнителя, санкционированного определением суда, может быть обращено взыскание на имущество должника. Данная норма противоречит п.3 статьи 26 Конституции, согласно которой никто не может быть лишен своего имущества, иначе как по решению суда. Кроме того, на основании п.1 статьи 25 Конституции РК, не допускается лишение жилища, иначе как по решению суда.

Постановление судебного исполнителя, санкционированное судом, не приобретает силу судебного акта, поскольку это не корреспондируется с п.3 ст. 76 Конституции РК. Кроме того, в ст.21 ГПК указан исчерпывающий перечень судебных актов, принимаемых судом (в форме решений, определений, постановлений и приказов).

Как отмечает Верховный Суд РК, наиболее распространенными жалобами должников являются жалобы на действия судебных исполнителей по обращению взыскания на недвижимое имущество – жилище. Этот вопрос может вызвать социальную напряженность²⁶.

3) Третий пример: Закон РК «Об исполнительном производстве и статусе судебного исполнителя»: установлены полномочия частного судебного исполнителя по ограничению прав человека и гражданина, юридических лиц, распоряжению имуществом других лиц (включая

26 Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан No2/2017. С. 49.

временные ограничения и приостановление временного ограничения на выезд за пределы РК). Вынесение частным судебным исполнителем постановлений, обязательных для исполнения.

Нарушается норма ст.3 Конституции РК: никто не может присваивать власть в РК. Правительство и иные государственные органы выступают от имени государства в пределах делегированных им полномочий. Конституция не допускает наделение государственной властью, т.е. государственно-властными полномочиями частные институты.

Здесь и далее в четвертом примере проявляется проблема соотношения конституционности и целесообразности. Всем понятна целесообразность данного института. Но она не вписывается в конституционные рамки. Поэтому здесь необходимо официальное толкование либо корректировка конституционных норм.

4) Четвертый пример: п.4 статьи 118 Трудового кодекса РК: договор обучения должен содержать срок отработки у работодателя после завершения обучения; статья 47 Закона РК «Об образовании»: обязанность обучающихся по отработке в соответствующих организациях образования.

Нарушается норма ст.24 Конституции РК: каждый имеет право на свободу труда, свободный выбор рода деятельности и профессии. Принудительный труд допускается только по приговору суда либо в условиях чрезвычайного или военного положения.

Здесь так же понятна целесообразность отработки, но непонятно, как она вписывается в конституционные рамки.

Помимо неконституционных норм есть еще так называемые конституционные парадоксы. Например, статьи 4 и 61 Конституции.

Парадокс №1. Ст.61 устанавливает закрытый перечень важнейших общественных отношений, которые регулируются законами. Все иные отношения регулируются подзаконными актами. Однако исходя из буквального толкования Конституции РК, не относятся к категории важнейших общественных отношений, основополагающие принципы и

нормы которых должны быть установлены на уровне закона, общественные отношения в сфере предпринимательства; труда, миграции и занятости; культуры, науки и языков; физической культуры и спорта; транспорта; строительства; финансовой сферы; информации, связи и цифровизации; энергетики; сельского хозяйства и т.д.

В этой связи возникает парадоксальная ситуация наличия соответствующих законов и даже кодексов, которые, опять же, не вписываются в конституционные рамки. Поэтому ст.61 Конституции РК должна быть полностью пересмотрена как устаревшая.

Парадокс №2. Состав действующего права Казахстана, установленный статьей 4 Конституции РК, не включает общепризнанные нормы и принципы международного права; нормативные договоры и правовые обычаи.

Хотя согласно ст.8 Конституции РК, Казахстан уважает принципы и нормы международного права.

Также в трудовом праве есть такие уникальные источники, как соглашения о социальном партнерстве, которые имеют обязательную юридическую силу для всех государственных органов, работодателей и работников, их представителей (ст.1 и ст.154 Трудового кодекса РК). Соответственно, обладают свойствами нормативности, и их невыполнение преследуется по закону (ст.97 Кодекса РК об административных правонарушениях: влечет штраф в размере 400 МРП).

Кроме того, на основании ст.3 Гражданского кодекса РК, гражданские отношения могут регулироваться обычаями, в том числе обычаями делового оборота, если они не противоречат гражданскому законодательству, действующему на территории Казахстана.

Поэтому считаем, что состав действующего права Казахстана в Конституции нужно дополнить.

Заключение

Потенциал Конституции не исчерпан. Конституция как живой организм продолжает свое развитие и поддерживает жизнеспособность всей правовой системы и государства в целом. Предстоит работа по актуализации конституционных норм и мониторинг их реализации.

Главным направлением развития правовой системы и приоритетом правовой политики должно стать обеспечение верховенства права и конституционной законности в деятельности государства, общества и всех субъектов правоотношений.

Верховенство права должно быть установлено в качестве основополагающего принципа деятельности Республики.

Наряду с расширением полномочий Парламента необходимо также повышать ответственность законодательного органа за конституционность.

Қоғамов М.Ч. - модератор

Насколько глубоко вплетены нормы международного права в национальное право, насколько сопоставимы их положения для учета и применения в правотворчестве - тема доклада к.ю.н. Сафоновой О.Н.

Сафонова О.Н. – к.ю.н.,

директор по правовым вопросам и комплаенс ТОО «Siemens LLP нефтегаз и энергетика», Председатель комитета по Compliance Палаты юридических консультантов «Kazakhstan Bar Association»

Соотношение национального права РК и международного права в Конституции РК.

Добрый день уважаемые участники конференции! В первую очередь позвольте поблагодарить за организацию столь значимого для юридической