

ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан»

Центр правового мониторинга

**СБОРНИК АНАЛИТИЧЕСКИХ СПРАВОК
ПО РЕЗУЛЬТАТАМ ПРАВОВОГО МОНИТОРИНГА**
(1-квартал 2017 года)

Астана 2017

УДК 005:34
ББК 65.290-2:67.0
С 23

Министерство юстиции Республики Казахстан
Институт законодательства Республики Казахстан

Редакционная коллегия:

Баймолдина З.Х., Тукиев А.С., Тлембаева Ж.У., Елеусизова И.К.

С 23 Сборник аналитических справок по результатам правового мониторинга (1-квартал 2017 года). - Астана: «ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан», 2017. - 258с.

ISBN 978-601-7366-29-2

В Сборник аналитических справок включены результаты анализа нормативных правовых актов, проведенных сотрудниками Центра правового мониторинга Института законодательства. Аналитические справки содержат рекомендации по устранению противоречащих законодательству, устаревших, коррупциогенных и неэффективно реализуемых норм.

При проведении анализа нормативных правовых актов особое внимание уделено прогнозно-аналитическому обеспечению правотворческой деятельности, которое основывается на постоянном мониторинге тенденций развития отраслей права и правовых систем, анализе практики применения нормативных правовых актов.

Сборник адресован государственным органам, общественным и научным организациям, вузам.

ISBN 978-601-7366-29-2

УДК 005:34
ББК 65.290-2:67.0

© Коллектив авторов, 2017
© ГУ «Институт законодательства
Республики Казахстан», 2017

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	5
Аналитические справки, направленные в государственные органы	
1. Справка по результатам анализа Земельного кодекса Республики Казахстан от 20 июня 2003 года № 442	6
2. Справка по результатам анализа Закона Республики Казахстан от 4 декабря 2015 года № 434-V «О государственных закупках»	21
3. Справка по результатам анализа Закона Республики Казахстан от 21 июля 2011 года № 469-IV «О специальных экономических зонах в Республике Казахстан»	54
4. Дополнение к Справке по результатам анализа Закона Республики Казахстан от 21 июля 2011 года № 469-IV «О специальных экономических зонах в Республике Казахстан»	71
5. Справка по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан от 24 ноября 2015 года № 418-V «Об информатизации»	77
6. Справка по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан от 22 декабря 1998 года № 326-1 «О Национальном архивном фонде и архивах»	93
7. Справка по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан от 10 июля 1998 года № 279 «О наркотических средствах, психотропных веществах, их аналогах и прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими»	104
8. Справка по результатам анализа Закона Республики Казахстан «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» от 31 августа 1995 года № 2444 Приложение № 1 Приложение № 2	127
9. Справка по результатам анализа Закона Республики Казахстан «О кредитных товариществах» от 28 марта 2003 года № 400	167
10. Справка по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан «О связи» от 5 июля 2004 года	175

11. Справка по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан от 5 апреля 1999 года № 365 «О специальном государственном пособии в Республике Казахстан» 190
12. Справка по результатам анализа закона Республики Казахстан от 21 июля 2007 года № 300 «Об экспортном контроле» 209
13. Справка по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 414 «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда» 214
14. Справка по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан от 9 июля 1998 года № 272 «О естественных монополиях» 226

Аналитические справки, направленные в общественные организации в сфере архитектуры, градостроительной и строительной деятельности

15. Справка по результатам анализа Закона Республики Казахстан от 16 июля 2001 года № 242-ІІ «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан» 241

ВВЕДЕНИЕ

В Послании Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» отмечается **о необходимости адаптировать законодательство Республики Казахстан под новые реалии.**

В соответствии с подпунктом 20) статьи 1 Закона Республики Казахстан «О правовых актах» предусматривается проведение правового мониторинга, представляющего собой систему постоянного наблюдения, сбора, анализа информации о состоянии законодательства и практике его применения.

В рамках правового мониторинга ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан» (далее – *Институт*) ежегодно на плановой основе проводит анализ законодательства в различных сферах деятельности путем выявления противоречащих законодательству Республики Казахстан, устаревших, коррупциогенных и неэффективно реализуемых норм права на предмет его совершенствования. Так, Институтом в 2017 году планируется проведение анализа 50 законодательных актов.

В этой связи, руководствуясь требованиями Правил проведения правового мониторинга, утверждённых постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 августа 2016 года № 486, в течение года сотрудниками Центра правового мониторинга Института планируется выпуск сборников аналитических справок по результатам проведенного правового мониторинга.

Актуальность выпуска данного сборника заключается в реализации закрепленных Концепции правовой политики Республики Казахстан на период 2010-2020 года целей: освобождение действующего законодательства от устаревших и дублирующих норм, восполнение пробелов в правовом регулировании, устранение внутренних противоречий в праве, минимизация отсылочных норм в законах.

Главной задачей анализа действующего законодательства проведенного Центром правового мониторинга является исследование проблем, возникающих при проведении правового мониторинга с целью оценки и прогнозирования эффективности законодательства путем выявления противоречащих законодательству Республики Казахстан, устаревших, коррупциогенных и неэффективно реализуемых норм права, а также выработки предложений по его совершенствованию.

Согласно пункту 3 статьи 50 Закона «О правовых актах» при проведении правового мониторинга государственные органы имеют право привлекать **общественные и научные организации, граждан в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.**

В целях повышения эффективности данной работы аналитические справки по результатам правового мониторинга направляются в соответствующие государственные органы для их учета при подготовке проектов законов.

АНАЛИТИЧЕСКИЕ СПРАВКИ, НАПРАВЛЕННЫЕ В ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ОРГАНЫ

Справка по результатам анализа Земельного кодекса Республики Казахстан от 20 июня 2003 года № 442

1. Общая информация

1.1. Разработчик:

Министерство сельского хозяйства Республики Казахстан.

1.2. Цель закона:

Целью закона является кодификация существующего земельного законодательства Республики Казахстан, совершенствование регулирования земельных отношений для обеспечения рационального использования земель, создания условий для равноправного развития всех форм хозяйствования, охрана прав на землю граждан и юридических лиц, а также укрепление законности в области земельных отношений.

1.3. Предмет правового регулирования:

Земельные отношения.

1.4. Отрасль законодательства:

Земельное законодательство.

2. Анализ Земельного кодекса Республики Казахстан *(далее - ЗК РК)*

По вопросу предоставления земельных участков

Пробел в правовом регулировании

2.1 Статья 37 ЗК РК, определяющая право временного возмездного землепользования (аренды) указывает: «2. Временный возмездный землепользователь (арендатор), **надлежащим образом** исполнявший свои обязанности, имеет, если иное не установлено законодательными актами Республики Казахстан или договором, по истечении срока договора при прочих равных условиях преимущественное перед другими лицами право на заключение договора на новый срок. Арендатор обязан письменно уведомить арендодателя о намерении заключить такой договор в срок, указанный в договоре, если в договоре такой срок не указан, то в трехмесячный срок до окончания срока действия договора».

Содержащаяся в пункте 2 статьи 37 категория «надлежащим образом» является оценочной. При этом невыполнение требований пункта 2 статьи 37 ЗК РК может стать основанием отказа в повторном заключении договора на предоставлении земельного участка. На практике формулировка «надлежащим образом» понимается, как выполнение условий первоначального договора землепользования, например, не осуществление севооборота, внесение удобрений и соблюдение иных агротехнических требований. Между тем, в законодательстве отсутствуют положения, позволяющие определить минимальные параметры агротехнических

требований к конкретному земельному участку и как следствие степень надлежащего соблюдения землепользователем обязанностей.

В этой связи в рамках земельного законодательства следует определить перечень документов, свидетельств и др. материалов, которые позволяют комиссии принять объективное решение. При этом следует законодательно гарантировать землепользователю выполнение требования пункта 2 статьи 37 ЗК РК относительно приоритетного права заключения договора через закрепление принципа признания надлежащего выполнения землепользователем своих обязанностей. В этом случае местный исполнительный орган должен доказать, что обязанность, установленная договором не выполнена. В настоящий же момент комиссия без предоставления каких-либо подтверждающих документов со стороны местного исполнительного органа может отказать землепользователю в предоставлении земельного участка.

2.2 Статья 43 ЗК РК относительно порядка предоставления права на земельный участок устанавливает: «1. Предоставление права на земельный участок из земель, находящихся в государственной собственности, за исключением случаев, предусмотренных статьями 44, 44-1 и 45, а также земель, выставляемых на торги (конкурсы, аукционы) согласно статье 48 настоящего Кодекса, производится в следующем порядке: ...

4) подготовка заключения комиссией, создаваемой соответствующими местными исполнительными органами, о предоставлении земельного участка; ...

2. Решение о предоставлении земельного участка принимается на основании положительного заключения комиссии и землеустроительного проекта.

Решение об отказе в предоставлении земельного участка **принимается на основании отрицательного заключения комиссии** в течение семи рабочих дней с даты вынесения заключения комиссии...».

Считаем необходимым закрепить в рамках ЗК РК **право заявителя присутствовать на заседаниях комиссии**, на котором решается вопрос выдачи земельного участка. Так, решение комиссии может быть и отрицательным, при этом заявитель должен иметь возможность обосновать необходимость и законность получения им земельного участка, уточнить обстоятельства, вызывающие вопросы у комиссии и могущие повлиять на решение комиссии.

При этом в случае наделения заявителя правом присутствия на заседаниях комиссии, необходимо **закрепление за рабочим органом комиссии обязанности по своевременному уведомлению заявителя о проведении заседания**, в том числе через размещение текста объявления на интернет-ресурсе рабочего органа.

Коллизия нормативных правовых актов

2.3 Согласно пункту 1 статьи 48 ЗК РК предоставление земельных участков или права аренды земельных участков, находящихся в

государственной собственности и не предоставленных в землепользование, осуществляется на торгах (конкурсах, аукционах), за исключением случаев установленных данной статьей (23 случая).

Таким образом, можно сделать вывод, что предоставление земельного участка должно производиться исключительно в соответствии со статьей 48 ЗК РК (помимо исключительных случаев, установленных ей же), то есть на конкурсной основе.

Однако земельные участки, находящиеся в государственной собственности, могут предоставляться в порядке установленными иными нормами кодекса, без применения процедуры торгов.

Так, по пункту 1 статьи 43 ЗК РК предоставление права на земельный участок из земель, находящихся в государственной собственности, за исключением случаев, предусмотренных статьями 44, 44-1 и 45, а также земель, выставляемых на торги (конкурсы, аукционы) согласно статье 48 настоящего Кодекса, производится в следующем порядке:

- 1) принятие к рассмотрению заявления о предоставлении соответствующего права на земельный участок;
- 2) определение возможности использования испрашиваемого земельного участка по заявленному целевому назначению в соответствии с территориальным зонированием;
- 3) предварительный выбор земельного участка (при испрашивании земельного участка для строительства объектов, за исключением строительства объектов в черте населенного пункта);
- 4) подготовка заключения комиссией, создаваемой соответствующими местными исполнительными органами, о предоставлении земельного участка;
- 5) разработка и утверждение землеустроительного проекта;
- 6) принятие решения местным исполнительным органом области, города республиканского значения, столицы, района, города областного значения, акимом города районного значения, поселка, села, сельского округа о предоставлении права на земельный участок;
- 7) заключение договора купли-продажи или временного (краткосрочного, долгосрочного) возмездного (безвозмездного) землепользования;
- 8) установление границ земельного участка на местности;
- 9) изготовление и выдача идентификационного документа на земельный участок.

В целях исключения противоречий и понимания положений ЗК РК как закона, определяющего различные способы предоставления государством земельных участков, целесообразно в рамках кодекса определить приоритетность норм, регламентирующих предоставление права на земельный участок (ст. 27, 32, 43, 44, 44-1, 45, 46, 47, 48 и т.д.).

Отсутствие механизмов реализации положений закона

2.4 Согласно статье 43 ЗК РК комиссия принимает, по сути, решение о предоставлении или отказе в предоставлении земельного участка. При этом требования к составу комиссии норма Земельного кодекса связывает только с местом работы членов комиссии: «Комиссия создается местными исполнительными органами области, города республиканского значения, столицы, района, города областного значения **из числа депутатов** местного представительного органа, **представителей уполномоченного органа** области, города республиканского значения, столицы, района, города областного значения, **структурных подразделений** соответствующих местных исполнительных органов, осуществляющих функции в сфере архитектуры и градостроительства, **Национальной палаты предпринимателей** Республики Казахстан, а также **органов местного самоуправления** (при их наличии).

В состав комиссий, создаваемых на уровне областей, городов республиканского значения, столицы, также в обязательном порядке включаются представители соответствующих **территориальных подразделений уполномоченных органов** в области охраны окружающей среды, сельского и лесного хозяйства, использования и охраны водного фонда. По усмотрению местного исполнительного органа области, города республиканского значения, столицы, района, города областного значения в состав комиссии могут быть включены и другие лица».

Однако полагаем, что для квалифицированного рассмотрения вопроса по предоставлению земельного участка в составе комиссии должны быть лица, имеющие образование и опыт работы в сфере земельных отношений, а при предоставлении земельных участков сельскохозяйственного назначения – аграрное (сельскохозяйственное) образование. В этой связи рекомендуем, установить в ЗК РК правовую норму с требованием по включению в состав комиссии лиц, имеющих соответствующее образование и опыт работы.

Коррупционные факторы, создающие возможности для совершения коррупционных действий

2.5 Статья 50 ЗК РК, определяя нормы предоставления земельных участков, указывает: «2. Земельные участки, за исключением включенных в перечень земельных участков, предлагаемых для продажи на торгах (конкурсах, аукционах) в соответствии с пунктом 1 статьи 48 настоящего Кодекса, предоставляются гражданам Республики Казахстан бесплатно в частную собственность в следующих размерах:

- 1) для ведения личного подсобного хозяйства (включая приусадебный и полевой наделы) в сельской местности - 0,25 гектара на неорошаемых и 0,15 гектара на орошаемых землях;
- 2) для индивидуального жилищного строительства - 0,10 гектара;
- 3) для садоводства, а также дачного строительства - 0,12 гектара.

Повторное бесплатное предоставление земельных участков для указанных целей не допускается, за исключением случая, указанного в пункте 4 статьи 94 настоящего Кодекса».

Таким образом, согласно норме бесплатное предоставление земельного участка может производиться единожды. Однако несколько по-разному происходит толкование статьи. Полагаем, что бесплатное предоставление земельного участка возможно один раз по каждому из перечисленных статьей оснований, то есть можно получить три земельных участка. Однако понимание статьи может быть следующим - бесплатное предоставление земельного участка предоставляется единожды по одной из целей, определенной статьей, то есть гражданин получает только один земельный участок.

Комментарии: «...просто некоторые МИО умудряются повторно выделять, на вопрос почему? говорят смотрите акт на ЗУ, ведь там написано что для садоводства, а второй раз он получает для дачного строительства...»¹

На основании редакции пункта 2 статьи 50 ЗК РК государственные органы дают следующие ответы на обращения граждан:

На интернет-ресурсе Управления земельных отношений Акмолинской области указано: «Согласно п. 2 ст. 50 Земельного кодекса РК граждане РК имеют право на получение земельного участка для индивидуального жилищного строительства на безвозмездной основе, площадью 0,10 га. Предоставление земельного участка для вышеуказанной цели на период освоения (2 года) производится на праве временного возмездного землепользования. При этом, повторное бесплатное предоставление земельных участков для указанной цели не допускается».²

В другом случае Управление земельных отношений СКО дало следующий ответ: «На Ваш вопрос по предоставлению земельного участка в черте г. Петропавловска для строительства жилого дома сообщаем, что статьей 50 Земельного кодекса Республики Казахстан определены нормы предоставления земельных участков, предоставляемых всем гражданам Республики Казахстан, независимо от статуса гражданина, бесплатно в частную собственность в следующих размерах:

для индивидуального жилищного строительства – 0,10 гектара;

для садоводства, а также дачного строительства – 0,12 гектара;

для ведения личного подсобного хозяйства (включая приусадебный и полевой наделы) в сельской местности – 0,25 гектара на неорошаемых и 0,15 гектара на орошаемых землях.

¹ Определение границ и площади земельного участка // Интернет ресурс Zakon/kz от 1.03.2007 // <http://forum.zakon.kz/topic/22780>

² Вкладка «Часто задаваемые вопросы» Интернет ресурс Управления земельных отношений Акмолинской области // <http://uzo.akmol.kz/faq/index/start-40>

Повторное бесплатное предоставление земельных участков не допускается».³

Возможно, ответ не требует конкретизации, однако обратим внимание, что Управление земельных отношений СКО говорит, что бесплатное предоставления земельного участка не допускается, не оговаривая при этом цель получения земельного участка (для жилищного строительства). В связи с этим можно предположить, что гражданин после получения участка под жилищное строительство не имеет право получить земельный участок для садоводства.

По вопросу предоставления права сервитута и залога

Пробел в правовом регулировании

2.6 Согласно пункту 2 статьи 69 ЗК РК право ограниченного пользования соседним или иным земельным участком (частный сервитут) может устанавливаться для обеспечения:

1) прохода и (или) проезда через соседний или иной земельный участок, если другой путь частного собственника или землепользователя к своему участку невозможен, крайне затруднен или требует несоразмерных расходов;

2) прокладки и (или) эксплуатации необходимых линий электропередачи, связи, обеспечения водоснабжения, водоотвода, теплоснабжения, газоснабжения, мелиорации и других нужд частного собственника или землепользователя, которые не могут быть обеспечены без установления сервитута на соседний или иной участок.

Согласно обобщению судебной практики: «Исходя из определенных законодателем целей установления сервитута, следует вывод, что сервитут предполагает определенные длительные отношения, не носят разовый единовременный характер, предполагает пользование земельным участком как самим собственником или землепользователем, так и лицом, в интересах которого установлен сервитут, так предоставление для прохода и проезда предполагает размещение дороги, прокладка и эксплуатация линий электропередач и прочих линий, предполагает размещение указанных линий электропередач и прочих линий на земельном участке. Соответственно, в судебной практике возникает вопрос: требуется ли установление сервитута для выполнения **строительно-монтажных, ремонтных работ объектов недвижимости**, когда проведение указанных работ невозможно без использования соседнего или иного земельного участка».⁴ Помимо этого в обобщении делается вывод о том, что при установлении сервитута важен вопрос о сроке его действия.

³ Вкладка «Ответы на вопросы граждан» Интернет ресурс Управления земельных отношений Северо-Казахстанской области // http://yzo.sko.gov.kz/page.php?lang=ru&page=otvety_na_obraschenija_grazhdan

⁴ Обобщение судебной практики по спорам, вытекающим из земельных правоотношений. Об установлении (прекращении сервитута). 20 октября 2015 года г.Кокшетау // <http://office.sud.kz/>

Так, Решением Семейского городского суда по иску об установлении сервитута для производства строительных работ установлено право ограниченного целевого пользования земельным участком сроком на 3 дня.

Однако, Решением суда Казыбекбийского района города Караганды по иску об установлении частного сервитута на земельный участок, для обслуживания и произведения ремонта наружной стены летней кухни удовлетворено без указания срока действия сервитута. При этом определением суда апелляционной инстанции от 25 июня 2015 года вышеуказанное решение суда отменено. Отказ в удовлетворении иска об установлении частного сервитута суд апелляционной инстанции мотивировал тем, что стена строения проходит непосредственно по границе участка ответчика, производство некоторых видов работ без нарушения его прав невозможно.

В этой связи полагаем необходимым рассмотреть вопрос по определению в ЗК РК требования об обязательном установлении срока действия сервитута в случае, если предполагается проведение каких-либо временных работ и действий. Кроме того имеется целесообразность в пункте 2 статьи 69 ЗК РК в качестве основания установления сервитута указать строительно-монтажные и ремонтные работы объектов недвижимости.

Коллизия нормативных правовых актов

2.7 По пункту 20 Нормативного постановления Верховного суда Республики Казахстан от 16 июля 2007 года № 6 «О некоторых вопросах применения судами земельного законодательства» собственник земельного участка или землепользователь обязаны предоставить заинтересованным физическим и юридическим лицам право ограниченного целевого пользования земельным участком, только в случаях предусмотренных Земельным кодексом и **иными законодательными актами** Республики Казахстан. Данный пункт соответствует пункту 1 статьи 67 ЗК РК.

Однако далее, при уточнении оснований предоставления права ограниченного пользования земельным участком пункт 20 Нормативного постановления Верховного суда указывает: «Таковыми основаниями являются: **решение суда**, которое выносится в случае требования об установлении сервитута со стороны заинтересованного лица; **нормативный правовой акт**, предусматривающий установление сервитута на основании договора заинтересованного лица с собственником или землепользователем».

В свою очередь пункту 2 статьи 67 ЗК РК предусматривает большее количество оснований предоставления сервитута: «Право ограниченного целевого пользования чужим земельным участком (сервитут) может возникать:

- 1) непосредственно из **нормативного правового акта**;
- 2) на основе договора заинтересованного лица с собственником или землепользователем;
- 3) на основе акта местного исполнительного органа;
- 4) на основании **решения суда**;

5) в иных случаях, предусмотренных **законодательством** Республики Казахстан».

Помимо этого обратим внимание, что по пункту 1 статьи 67 ЗК РК и пункту 20 Нормативного постановления Верховного суда случаи предоставления сервитута могут быть установлены законодательными актами. Однако в подпункте 5) пункта 2 статьи 67 ЗК РК указана ссылка на «законодательство», что предполагает возможность определения оснований установления сервитута и в подзаконных НПА.

2.8 Согласно пункту 3 статьи 37 ЗК РК негосударственные землепользователи, **выкупившие у государства право временного возмездного долгосрочного землепользования (аренды), вправе отчуждать и передавать принадлежащее им право временного землепользования в пределах срока договора аренды земельного участка, за исключением передачи земельного участка сельскохозяйственного назначения во вторичное землепользование (субаренду), без согласия собственника земельного участка при условии уведомления уполномоченного органа области, города республиканского значения, столицы, района, города областного значения по месту нахождения земельного участка, если иное не установлено настоящим Кодексом.**

Формулировка пункта 3 статьи 37 ЗК РК позволяет толковать норму, как запрещающую передавать земельный участок в залог без согласия собственника в случае, если право временного долгосрочного землепользования не выкуплено.

В свою очередь пункты 1, 3 и 4 статьи 79 ЗК РК, регламентирующей порядок залога земельных участков, не устанавливают требований по необходимости какого-либо согласования с уполномоченным органом:

«1. Залогодателями могут быть физические и негосударственные юридические лица, имеющие земельные участки на праве частной собственности или на праве временного возмездного долгосрочного землепользования. Государственные землепользователи вправе передавать в залог принадлежащее им право постоянного землепользования в порядке и на условиях, установленных настоящим Кодексом.

3. Залог неделимого земельного участка, находящегося в общей совместной собственности или в общем совместном землепользовании, допускается при наличии письменного согласия всех участников общей собственности или общего землепользования.

4. Лица, имеющие на праве общей собственности земельные участки, могут заложить земельные участки на основании решения общего собрания участников общей собственности.

Передача в залог земельных участков, выкупаемых у государства в частную собственность в рассрочку, допускается в порядке и на условиях, установленных статьей 49 настоящего Кодекса.

Передача в залог земельных участков, на которых расположены стратегические объекты, допускается по согласованию с Правительством

Республики Казахстан в порядке и на условиях, установленных законами Республики Казахстан».

Кроме того в пункте 5 статьи 79 ЗК РК в перечне документов, предоставляемых потенциальному залогодержателю, также отсутствует согласие арендодателя:

«5. Для залога земельного участка или права землепользования физические и юридические лица представляют потенциальному залогодержателю:

правоустанавливающий и идентификационный документы на земельный участок;

письменное согласие участников общей совместной собственности или общего совместного землепользования, удостоверенное в нотариальном порядке;

сведения правового кадастра о зарегистрированных правах (обременениях прав) на земельный участок.

При передаче в залог части земельного участка или права землепользования на него на общем плане земельного участка должна быть отражена та его часть, которая предусмотрена к передаче в залог.

При этом согласие собственника земельного участка, находящегося в государственной собственности, при залоге права землепользования не требуется, за исключением случая, предусмотренного частью третьей пункта 4 настоящей статьи.

Перечень документов и сведений, указанных в частях первой и второй настоящего пункта, является исчерпывающим».

В этой связи в целях исключения разночтений между статьей 37 ЗК РК и статьей 79 ЗК РК, считаем целесообразным, редакцию пункта 3 статьи 37 ЗК РК уточнить.

*По вопросу соотношения с Водным кодексом Республики Казахстан
(далее – ВК РК)*

Пробел в правовом регулировании

2.9 Пункт 1 статьи 42 ЗК РК гласит: «1. Право на земельный участок, если иное не установлено законодательными актами Республики Казахстан, распространяется на находящиеся в границах этого участка поверхностный почвенный слой, **замкнутые водоемы**, насаждения.

Использование собственником земельного участка или землепользователем недр земли, находящихся под почвенным слоем, осуществляется в соответствии с целевым назначением земельного участка и законодательными актами Республики Казахстан, регулирующими отношения в сфере недропользования. Предоставление права недропользования на добычу общераспространенных полезных ископаемых и подземных вод для собственных нужд производится одновременно с предоставлением земельного участка, под которым находятся

общераспространенные полезные ископаемые и подземные воды, в частную собственность или землепользование».

Считаем необходимым в статье 42 ЗК РК установить требование по признанию за земельными участками, содержащими замкнутый водоем статуса неделимого земельного участка. В качестве примера приведен пункт 2 статьи 99 ЗК РК, которая признает неделимыми земельные участки, связанные с единой схемой чередования (ротацией) культур и оросительной коллекторно-дренажной системой.

Кроме того, рекомендуем обратить внимание на опыт Российской Федерации в данной части. Так, пункт 4 статьи 8 Водного кодекса РФ от 3 июня 2006 № 74-ФЗ указывает: «Не допускается отчуждение таких водных объектов без отчуждения земельных участков, в границах которых они расположены. **Данные земельные участки разделу не подлежат, если в результате такого раздела требуется раздел пруда, обводненного карьера».**

Коллизия нормативных правовых актов

2.10 Согласно пункту 1 статьи 8 ВК РК водный фонд Республики Казахстан находится в исключительной государственной собственности. При этом к водным объектам относятся сосредоточения вод в рельефах поверхности суши и недрах земли, имеющие границы, объем и водный режим. Ими являются: моря, реки, приравненные к ним каналы, озера, ледники **и другие поверхностные водные объекты**, части недр, содержащие подземные воды (ст. 5 ВК РК).

При этом пункт 1 статьи 42 ЗК РК указывает: «Право на земельный участок, если иное не установлено законодательными актами Республики Казахстан, распространяется на находящиеся в границах этого участка поверхностный почвенный слой, **замкнутые водоемы**, насаждения».

Следовательно, распоряжение собственником земельным участком влечет и распоряжение замкнутым водоемом. С другой стороны, ВК РК запрещает оборот водных объектов и земель, занятых ими. Так, статья 21 ВК РК говорит: «Оборот водных объектов, земель водного фонда, за исключением земель, указанных в пункте 2 статьи 7 настоящего Кодекса, а также купля, продажа, залог и совершение других сделок, которые влекут или могут повлечь отчуждение водных объектов и земель, занятых ими, не допускаются».

Возникает соответственно некоторая несогласованность ЗК РК и ВК РК. В этой связи целесообразно законодательное закрепление понятия замкнутый водоем с целью конкретизации водного объекта, на который распространяется право земельного участка. В определении замкнутого водоема следует ответить на вопрос, относится ли замкнутый водоем к категории водных объектов или нет. Если замкнутый водоем будет являться водным объектом, то соответственно из-за правового статуса, определенного статьей 42 ЗК РК для замкнутого водоема, статья будет подлежать корректировке.

В случае же наделения замкнутого водоема специальным правовым статусом, который выведет его из общего режима водных объектов, необходимы будут соответствующие положения определить и в ВК РК, то есть уточнить права собственности, особенности оборота таких объектов и т.д.

Отмечаем, что ранее Водный кодекс РФ 1995 года относил обособленные водные объекты (замкнутые водоемы) - небольшие по площади и непроточные искусственные водоемы, не имеющие гидравлической связи с другими поверхностными водными объектами к недвижимому имуществу, в том числе и Гражданский кодекс включал такие объекты в перечень недвижимого имущества. В соответствии с этими нормами замкнутые водоемы подлежали регистрации. При этом земельный участок, на территории которого находились данные водные объекты, также является недвижимым имуществом и подлежит государственной регистрации.

В результате в правоприменительной практике замкнутый водоем приходилось регистрировать дважды - как самостоятельный объект недвижимости и в составе земельного участка - другого объекта недвижимости. Кроме того, не были четко установлены границы между замкнутым водоемом и остальным земельным участком. Вследствие чего один и тот же объект права рассматривался и как земельный участок, и как замкнутый водоем, что порождало определенные проблемы в правоприменительной практике.⁵

По вопросу изъятия земельных участков для государственных нужд Пробел в правовом регулировании

2.11 В соответствии с пунктом 6 статьи 84 ЗК РК принудительное отчуждение земельного участка для государственных нужд производится при соблюдении гласности процедуры отчуждения. Постановление Правительства Республики Казахстан или местного исполнительного органа о начале принудительного отчуждения земельного участка подлежит **опубликованию** соответственно в республиканских или местных средствах массовой информации в течение трех рабочих дней с момента его принятия.

В связи с тем, что в настоящее время населением достаточно широко используются информационно-коммуникационные технологии, рекомендуем установить в пункте 6 статьи 84 помимо республиканских или местных средств массовой информации в качестве места размещения постановлений официальные интернет-ресурсы Правительства и местных исполнительных органов.

Коллизия нормативных правовых актов

2.12 Пункт 6 Нормативного постановления Верховного суда Республики Казахстан от 16 июля 2007 года № 6 «О некоторых вопросах применения судами земельного законодательства» гласит: «Согласно статьям

⁵ Козлов Д.В. Замкнутый водоем // газета "Эж-Юрист" № 47, 2006

26, 29, 30, 33 Закона Республики Казахстан «О местном государственном управлении в Республике Казахстан» от 23 января 2001 года аким представляет интересы соответствующей административно-территориальной единицы во взаимоотношениях с гражданами, юридическими лицами и государственными органами. Следовательно, при оспаривании решений и действий по предоставлению или изъятию земельных участков **стороной по делу является аким соответствующей территориальной единицы**. Поэтому, когда второй стороной по делу выступает гражданин, осуществляющий предпринимательскую деятельность без образования юридического лица или юридическое лицо, такие заявления в соответствии со статьей 30 ГПК, подсудны специализированным межрайонным экономическим судам».

Между тем в ЗК РК изъятие, в том числе для государственных нужд, земельных участков относится к компетенции **местного исполнительного органа** (статьи 16, 17, 18 ЗК РК). Если обратить внимание на подпункт 2-3) пункта 1 статьи 31 Закона Республики Казахстан «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан», то изъятие, в том числе путем выкупа, земельных участков для государственных надобностей, осуществляет районный (города областного значения) акимат.

При этом по подпункту 2) статьи 19 ЗК РК акимы города районного значения, поселка, села, сельских округов в области регулирования земельных отношений в пределах границы (черты) города, поселка, сельского населенного пункта только вносят предложения в районный (городской) акимат по вопросу изъятия земельных участков, в том числе для государственных нужд.

Таким образом, если по ЗК РК изъятие земельных участков производится акиматом, коллегиальным исполнительным органом, возглавляемый акимом, то Нормативное постановление Верховного суда определяет уполномоченной стороной по делу акима. Отмечаем, что результаты анализа судебных дел показывают, что в отдельных случаях стороной по делу является аким или аппарат акима⁶, что конечно противоречит ЗК РК.

2.13 В соответствии со статьей 26 Конституции Республики Казахстан и пунктом 1 статьи 84 ЗК РК принудительное отчуждение имущества для государственных нужд в исключительных случаях, предусмотренных законом, может быть произведено при условии **равноценного его возмещения**.

Согласно пункту 13 Нормативного постановления Верховного суда Республики Казахстан от 25 декабря 2006 года № 8 «О некоторых вопросах применения судами законодательства о принудительном отчуждении земельных участков для государственных нужд» судами при разрешении

⁶ Дело № 2 – 1569 от 13 октября 2015 года, г. Шымкент, Дело №2-1479/15 от 29 июля 2015 года, г. Сатпаев

споров об определении размера денежной компенсации решаются все вопросы возмещения собственнику убытков, причиненных прекращением права собственности в связи с принудительным отчуждением земельного участка для государственных нужд, при этом **имущество оценивается исходя из его рыночной цены**, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 статьи 67 Закона о государственном имуществе.

Правовое регулирование процедуры определения стоимости за изъятый земельный участок для государственных нужд осуществляется Законом Республики Казахстан «О государственном имуществе». Так, по статье 67 Закона Республики Казахстан «О государственном имуществе»:

«1. Стоимость земельного участка, отчуждаемого для государственных нужд (без учета убытков), приобретенного собственником у государства, определяется **в размере суммы, уплаченной государству**, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи.

При неполной оплате суммы за земельный участок (без учета убытков), проданный государством в рассрочку, и изъятии его при принудительном отчуждении для государственных нужд цена отчуждаемого земельного участка определяется в размере выплаченной государству суммы.

2. Стоимость земельного участка, отчуждаемого для государственных нужд, предоставленного **под индивидуальное жилищное строительство, для ведения личного подсобного хозяйства** (кроме полевых наделов), на котором находится индивидуальный жилой дом, определяется **в размере стоимости земельного участка** и находящегося на нем недвижимого имущества в размере, **не превышающем их рыночную стоимость**.

Стоимость земельного участка, отчуждаемого для государственных нужд, перешедшего к собственнику по гражданско-правовой сделке или по решению суда, определяется **в размере стоимости, указанной в гражданско-правовом договоре** или в решении суда, **но не превышающей рыночную стоимость**. В случае, если в гражданско-правовом договоре цена за земельный участок не указана, стоимость земельного участка определяется **по его кадастровой (оценочной) стоимости...»**.

На основании пункта 2 статьи 67 Закона Республики Казахстан «О государственном имуществе» судом в отдельных случаях выносятся решения, по которым стоимость земельного участка определяется в размере суммы, указанной в договоре купли-продажи, несмотря на более высокую рыночную стоимость земельного участка. Так, например, в деле №2-83/15 от 09 января 2015 года рыночная стоимость земельного участка согласно отчету об оценке составила 3 604 878 тенге. Вместе с тем по договору купли-продажи земельный участок приобретен ответчиком за 100 000 тенге. Судебным решением стоимость земельного участка установлена в размере 100 000 тенге⁷.

При подобных судебных решениях, когда компенсационная стоимость за изъятый земельный участок намного ниже его рыночной стоимости не

⁷ Дело №2-83/15 от 09 января 2015 года, г.Талгар

соответствует требованию статьи 84 ЗК РК, так как невозможно говорить о равноценном возмещении отчуждения земельного участка. В целях исключения обхода требований пункта 1 статьи 84 ЗК РК, которая основана на конституционной норме, полагаем необходимым уточнить требования к определению стоимости земельного участка.

Следует отметить, что судебные решения г.Астаны определяют стоимость земельного участка, исходя из рыночной цены на участок, а не цены, указанной в договоре купли-продажи.⁸

На основании вышеизложенного рекомендуем рассмотреть вопрос по изменению редакции статьи 67 Закона Республики Казахстан «О государственном имуществе» в целях приведения ее в соответствие с положениями статьи 26 Конституции, статьи 84 ЗК РК и статьи 257 ГК РК, согласно которой при прекращении права собственности имущество оценивается исходя из его рыночной цены, если иное не установлено законами Республики Казахстан.

Отсутствие единой понятийно-терминологической системы в законе

2.14 В подпункте 7) статьи 12 ЗК РК под землей понимается территориальное пространство, в пределах которого устанавливается суверенитет Республики Казахстан, природный ресурс, все общее средство производства и территориальная основа любого процесса труда. Исходя из буквального смысла указанной нормы, земля выступает только в качестве объекта территориального пространства или природного ресурса, но не как объект недвижимости и объект права собственности.

Объектом же земельных правоотношений могут быть только земельные участки, как индивидуально определенные вещи - недвижимое имущество. В данном случае необходимо руководствоваться нормами гражданского законодательства и законодательством о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Чтобы земле «вступить» в земельные правоотношения необходимо ее оформление в земельный участок. Таким образом, объектом права собственности являются не все земли в целом, а конкретный земельный участок. Однако ЗК РК использует понятие «земля», как идентичное понятию «земельный участок».⁹

В этой связи обратим внимание на подпункты 8) и 11) статьи 12 ЗК РК:

«8) право распоряжения **землей** - юридически обеспеченное право государства определять юридическую судьбу земли на территории Республики Казахстан, а также право частного собственника совершать в отношении своего земельного участка сделки, не запрещенные законами Республики Казахстан;

⁸ Дело № 2-1518-15 от 18 мая 2015 года, г. Астана

⁹ Аналитический отчет ФНПИ «Правовое обеспечение отношений в области природопользования» Отдела фундаментальных исследований, анализа и разработки НПА в сфере земельного, экологического, природоресурсного и аграрного права. – Астана, 2010г.

11) право владения **землей** - юридически обеспеченная возможность осуществлять фактическое обладание землей».

Имущественным правом владения и распоряжения наделено не только государство, но и физические и юридические лица, которые могут иметь в собственности земельные участки, но не землю. Так, в соответствии с подпунктом 21) статьи 12 ЗК РК земельный участок - выделенная в замкнутых границах часть земли, закрепляемая в установленном настоящим Кодексом порядке за субъектами земельных отношений, а согласно подпункту 25) статьи 12 ЗК РК право частной собственности на земельный участок - право граждан и негосударственных юридических лиц **владеть, пользоваться и распоряжаться** принадлежащим им **земельным участком** на основаниях, условиях и в пределах, установленных настоящим Кодексом.

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на февраль месяц 2017 года.

Справка
по результатам анализа Закона Республики Казахстан
«О государственных закупках» от 4 декабря 2015 года № 434-V ЗРК

I. Общая информация

1.1 Цель закона:

Целью закона является правовое регулирование отношений, связанных с приобретением товаров, работ, услуг, необходимых для обеспечения функционирования, а также выполнения государственных функций либо уставной деятельности заказчика.

1.3 Предмет правового регулирования:

Государственные закупки.

1.4 Отрасль законодательства:

Законодательство о государственных закупках.

1.5 Соответствие стратегическим целям государства:

В Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» указано, что одним из ключевых вопросов является совершенствование сферы закупок.

II. Анализ Закона Республики Казахстан «О государственных закупках» (далее - Закон)

2.1 Наличие неэффективно реализуемых норм

Относительно реализации Послания Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность»

1. В Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана указана необходимость **кардинального пересмотра подходов по проведению закупок в квазигосударственном секторе, сфере естественных монополий и недропользования.**

Подпункт б) статьи 1 Закона, гласит: «Настоящий Закон применяется к отношениям, связанным с приобретением товаров, работ, услуг, необходимых для обеспечения функционирования, а также выполнения государственных функций либо уставной деятельности заказчика, **за исключением:** ...

товаров, работ, услуг, приобретаемых национальными управляющими холдингами, национальными холдингами, национальными управляющими компаниями, национальными компаниями и аффилированными с ними юридическими лицами, Национальным Банком Республики Казахстан, его ведомствами, организациями, входящими в структуру Национального Банка Республики Казахстан, и юридическими лицами, пятьдесят и более

процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат Национальному Банку Республики Казахстан или находятся в его доверительном управлении, и аффилированными с ними юридическими лицами;».

Так, закуп товаров, работ и услуг осуществляется:

- национальными управляющими холдингами и компаниями, национальными холдингами и компаниями и аффилированными с ними юридическими лицами на основе **типовых правил закупок** товаров, работ и услуг, утверждаемых Правительством РК (*постановление Правительства РК от 28 мая 2009 года № 787*);

- Фондом национального благосостояния в соответствии с **Правилами закупок товаров, работ и услуг АО «ФНБ «Самрук-Қазына»** и организациями пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия) которых прямо или косвенно принадлежат АО «ФНБ «Самрук-Қазына» на праве собственности или доверительного управления (*далее – Правила закупок ФНБ*)(*утверждены Решением Совета директоров АО «ФНБ» «Самрук-Қазына» от 28 января 2016 года*);

- государственными предприятиями, юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированными с ними юридическими лицами, за исключением вышеуказанных – **Законом**.

Таким образом, полагаем, что к деятельности субъектов квазигосударственного сектора прослеживается **неравный подход** путем **предоставления особых условий** Фонду национального благосостояния и организациям пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия) которых прямо или косвенно принадлежат данному Фонду на праве собственности или доверительного управления, а также национальным управляющим холдингам и компаниям, национальным холдингам и компаниям.

В связи с этим указанные субъекты квазигосударственного сектора, являющиеся **полноценными участниками предпринимательской деятельности**, обладают **более широкими привилегиями**, нежели иные субъекты, что не соответствует современным тенденциям развития бизнеса.

Вместе с тем необходимо отметить, что субъекты квазигосударственного сектора, в том числе и государственные предприятия, выступающие **государственным и юридическими лицами**, осуществляют деятельность как коммерческие организации и должны рассматриваться в качестве **равных участников гражданского оборота**, как и иные юридические лица.

Некоторые эксперты высказывают мнение относительно нецелесообразности исключения из сферы государственных закупок национальных холдингов, национальных управляющих компаний и т.д.

Так, директор Центра анализа общественных проблем (Public Policy Research Center) М. Маутхановна указывает в интервью Forbes Kazakhstan: «На мой взгляд, угрозой для экономики Казахстана является не сама система

государственных закупок, а **исключения из нее**. Главным вызовом представляется выведение ФНБ «Самрук-Казына» из системы госзакупок». ¹⁰

В этой связи необходимо пересмотреть действующий механизм проведения закупок данными субъектами права.

2. В Послании Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана Правительству дано поручение внедрить **единую систему государственных закупок по принципу централизованной службы**.

В этой связи актуальны предложения Генеральной прокуратуры относительно пересмотра роли единого организатора государственных закупок (далее - ЕОГЗ), определить понятие ЕОГЗ и его цели, установить четкие критерии осуществления государственных закупок, проводимых ЕОГЗ, а также обеспечить надлежащее выполнение возложенных функций местными ЕОГЗ и наделение Комитета государственных закупок Министерства финансов функцией по их координации и методическому руководству (*представление Генеральной прокуратуры от 12.11.2016 г. № 2-010711-16-79340*)

3. В Послании Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана указано, что многое в борьбе с коррупцией будет зависеть от активного участия всего общества. С **развитием социальных сетей и других медиаресурсов всеобщее неприятие должно стать мощным инструментом в противодействии коррупции**.

Статья 18 Закона посвящается контролю за соблюдением законодательства о государственных закупках, согласно которой контроль за соблюдением законодательства Республики Казахстан о государственных закупках осуществляется уполномоченным органом. Органы государственного аудита и финансового контроля осуществляют контроль за соблюдением законодательства Республики Казахстан о государственных закупках в пределах полномочий, установленных Законом Республики Казахстан «О государственном аудите и финансовом контроле».

Помимо контроля в Законе определен мониторинг государственных закупок, который осуществляет уполномоченный орган посредством веб-портала государственных закупок и на основе содержащейся в нем информации. Таким образом, обе процедуры и контроль и мониторинг возложены на государственные органы.

Между тем общественный контроль в сфере государственных закупок по законодательству Республики Казахстан отсутствует.

Наряду с этим в статье 102 Федерального закона о контрактной системе гражданам, общественным объединениям и объединениям юридических лиц дано право осуществлять общественный контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации и иных нормативных правовых

¹⁰ Как избавить систему госзакупок Казахстана от коррупции / Интервью Forbes Kazakhstan дала директор Центра анализа общественных проблем (Public Policy Research Center) М. Маутхановна от 9 июля 2015г./ Интернет-ресурс Forbes Kazakhstan: https://forbes.kz/finances/tenders/klub_pobedivshih_i_nahodchiviyih_1

актов о контрактной системе в сфере закупок. Среди перечня прав субъектов общественного мониторинга указано осуществление независимого мониторинга закупок и оценку эффективности закупок, в том числе оценку осуществления закупок и результатов исполнения контрактов в части их соответствия требованиям Федерального закона.

Необходимо отметить, что члены общественных объединений и объединений юридических лиц обязаны обеспечивать **конфиденциальность информации**, доступ к которой ограничен в соответствии с федеральными законами и которая стала им известна в ходе осуществления общественного контроля.

Так, в работах, посвященных контролю за государственными закупками, показана следующая статистика работы общественного контроля: «Обратимся к данным о практике обжалования закупок представителями общественности в части соблюдения законодательства об обязательном общественном обсуждении закупок за 2014 г. За период с июля по декабрь 2014 года представителями общественности были поданы в ФАС 216 жалоб. Все жалобы были рассмотрены, из них 118 признаны обоснованными, 98 – необоснованными»¹¹. Помимо этого автор указывает: «общественный контроль имеет существенный потенциал развития, ведь по результатам общественного контроля (согласно положениям Закона №44-ФЗ) предусматривается возможность внесения изменений в планы закупок, планы-графики, а также отмены закупок по результатам обязательного общественного обсуждения»¹².

Аналогично в работах украинских исследователей говорится о наличии общественного контроля за сферой государственных закупок: «Система законодательства Украины содержит ряд норм, которые предоставляют правовые условия для активного участия общественности в профилактике преступлений в сфере государственных закупок. Так, в ст. 9 Закона Украины «Об осуществлении государственных закупок» [Про здійснення державних закупівель: Закон України від 10.04.2014 № 1197-VII (редакция от 09.05.2014) [сайт]. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1197-18/conv> (дата обращения 25.06.2014)], выделено понятие «Общественный контроль в сфере государственных закупок», который обеспечивается через свободный доступ ко всей информации, касающейся государственных закупок, что подлежит обнародованию»¹³.

Общественный контроль в Казахстане имеет место в иных сферах общественных отношений. Например, согласно пункту 1 статьи 29 Закона

¹¹ Шумков И.В. Анализ действующей надзорной практики и контроля за государственными закупками в Российской Федерации /И.В. Шумков/ XXI век: итоги прошлого и проблемы настоящего плюс: Периодическое научное издание. – Пенза: Изд-во Пенз. гос. технол. ун-т, 2015. – № 06(28). – Т1. – 369с.

¹² Шумков И.В. Анализ действующей надзорной практики и контроля за государственными закупками в Российской Федерации /И.В. Шумков/ XXI век: итоги прошлого и проблемы настоящего плюс: Периодическое научное издание. – Пенза: Изд-во Пенз. гос. технол. ун-т, 2015. – № 06(28). – Т1. – 369с.

¹³ Дараган В.В. О перспективных направлениях нормативно-правового предупреждения коррупции в сфере управления государственными закупками в Украине/ В.В. Дараган// Вопросы управления. – 2015. – № 2(14). – С. 156-162.

Республики Казахстан «О государственных услугах» общественный мониторинг качества оказания государственных услуг проводится физическими лицами, некоммерческими организациями по собственной инициативе и за свой счет. Общественный мониторинг качества оказания государственных услуг также проводится по государственному социальному заказу уполномоченного органа по оценке и контролю за качеством оказания государственных услуг в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Полагаем необходимым в Законе также закрепить за гражданами и общественными организациями право проведения общественного контроля за процедурой государственных закупок.

Относительно реализации иных поручений и предложений государственных органов

4. Глава государства на расширенном заседании Правительства от 3 февраля 2017 года поручил создать единую IT-платформу по закупкам и производителям.

Вместе с тем важно при рассмотрении вопроса касательно создания единой IT-платформы по закупкам и производителям необходимо обеспечить беспрепятственный допуск для общественности в целях контроля процесса государственных закупок, а также закупок субъектов квазигосударственного сектора, естественной монополии и недропользователей, за исключением закупок для обеспечения нужд правопорядка и национальной безопасности, сведения о которых составляют государственные секреты в соответствии с законодательством Республики Казахстан о государственных секретах, и (или) содержат служебную информацию ограниченного распространения, определенную Правительством Республики Казахстан.

Это необходимо для способствования как решению собственно антикоррупционных задач, так и других социально значимых вопросов жизнедеятельности общества и государства. Также предлагаем установить пороговую сумму закупки для товара, работы и услуги, при которой обязательным требованием будет включение в конкурсную (аукционную) комиссию представителей Нур Отана.

5. В рамках Закона следует отразить механизм поддержки казахстанских производителей мебельной продукции и легкой промышленности с учетом требований международных организаций (*протокольное поручение Премьер-Министра от 29.12.2016 г. № 17-5/07-543*).

6. Обращаем внимание на письмо Комитета по международным отношениям, обороне и безопасности Сената Парламента, в котором указана необходимость внедрения контроля за движением бюджетных средств через банки второго уровня для противодействия коррупции (*письмо Комитета по*

международным отношениям, обороне и безопасности Сената Парламента от 1.02.2017 г. № 6-11-12).

Относительно ответственности участников государственных закупок

7. Закон в качестве одного из принципов осуществления государственных закупок предусматривает **ответственность участников государственных закупок.**

Также в соответствии со статьей 49 Закона и статьей 207 КоАП за нарушение законодательства о государственных закупках установлена только **административная ответственность.**

Необходимо отметить, что в Бюджетном кодексе закрепляется также **принцип ответственности,** означающий принятие необходимых административных и управленческих решений, направленных на достижение прямых и конечных результатов и обеспечение ответственности администраторов бюджетных программ и руководителей государственных учреждений и субъектов квазигосударственного сектора за принятие решений, не соответствующих законодательству.

В свою очередь в соответствии со статьей 12 Федеральный закон РФ от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (*далее – Федеральный закон о контрактной системе*) установлен **принцип ответственности** за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективность осуществления закупок.

Данный принцип означает, что государственные органы, органы управления государственными внебюджетными фондами, муниципальные органы, казенные учреждения, иные юридические лица в случаях, установленных Федеральным законом, при планировании и осуществлении закупок должны **исходить из необходимости достижения заданных результатов обеспечения государственных и муниципальных нужд.**

Кроме того, согласно данной статье **должностные лица заказчиков несут персональную ответственность** за соблюдение требований, установленных законодательством РФ о контрактной системе в сфере закупок и иными нормативными правовыми актами.

Кроме того, согласно статье 107 Федерального закона о контрактной системе лица, виновные в нарушении законодательства РФ и иных нормативных правовых актов о контрактной системе в сфере закупок, несут **дисциплинарную, гражданско-правовую, административную, уголовную ответственность** в соответствии с законодательством РФ.

Анализ ответственности в сфере закупок по законодательству РФ и РК показывает следующее.

1) так, Уголовный кодекс РФ в статьях 285.1 и 285.2 закрепляет **уголовную ответственность за нецелевое расходование** бюджетных средств, а также средств государственных внебюджетных фондов.

Между тем, в РК уголовная ответственность за нарушение законодательства о государственных закупках не предусмотрена. Имеется лишь квалифицирующий состав в статье о мошенничестве.

В этой связи полагаем целесообразным установить в РК уголовную ответственность за нарушения законодательства в сфере государственных закупок;

2) Кодексы об административных правонарушениях (*далее – КоАП*) как в РФ, так и в РК предусматривают ответственность за нарушение требований законодательства в сфере закупок (*статьи 7.29-7.32 КоАП РФ, статья 207 КоАП РК*).

В РФ такая ответственность установлена в виде административного штрафа **как для физических лиц, в том числе должностных лиц, так и для юридических лиц**, тогда как согласно КоАП РК штраф за вышеуказанные правонарушения налагается **только на должностных лиц и экспертов**.

При этом в РК установлено, что **должностные лица не подлежат** привлечению к административной ответственности в случае **самостоятельного устранения нарушений**, выявленных по результатам камерального контроля, в течение 10 рабочих дней со дня, следующего за днем вручения проверяемому лицу уведомления об устранении нарушений, выявленных по результатам камерального контроля.

При этом необходимо отметить, что некоторыми учеными в РФ (*например, И.Е. Кабанова*) выражается озабоченность опасностью привлечения к административной ответственности за неэффективность закупки только исключительно за нарушение формальных требований, установленных Федеральным Законом о контрактной системе, что, однако, не имеет место в РК.

Так, нарушение требований законодательства РК о государственных закупках, предусмотренных частями 1, 2, 3, 9, 11 статьи 207 КоАП, могут быть применены в процессе всего цикла проведения закупки, а не только по результатам осуществления заказа.

Полагаем, данный аспект отражает, не столько законодательный, сколько правоприменительный характер, что может выражаться в своевременности контроля со стороны государственных органов, рассматривающих данные административные дела, и своевременности привлечения соответствующих должностных лиц;

3) трудовое законодательство как РФ, так и РК предусматривает **дисциплинарную ответственность** за совершение работником дисциплинарного проступка, то есть неисполнение или ненадлежащее исполнение работником по его вине возложенных на него трудовых обязанностей (*статья 192 Трудового кодекса РФ, статья 64 Трудового кодекса РК*).

Между тем, необходимо отметить, что Трудовой кодекс РК, в отличие от Трудового кодекса РФ, предусматривает также в качестве дисциплинарного взыскания **строгий выговор**.

Также следует отметить, что Трудовой кодекс РФ, в отличие от Трудового кодекса РК, **допускает возможность установления** в положениях внутренних документов организации **иных видов дисциплинарных взысканий**.

Предложения Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан (далее – НПП):

8. На сегодняшний день закупки, осуществляемые субъектами квазигосударственного сектора, проводятся их структурными подразделениями, которые **подчиняются исполнительным органам** и не несут никакой **ответственности**.

Для решения данного вопроса НПП предлагается **создание** в национальных управляющих холдингах, национальных холдингах централизованных **служб внутреннего аудита (СВА)**, которые будут подчиняться и отчетываться непосредственно высшим советам директоров холдингов.

Для финансовой независимости СВА ее бюджет должен быть включен в бюджет совета директоров. При этом необходимо обеспечить прозрачность деятельности СВА.

СВА предполагается передать полномочия по проверке и контролю в сфере закупок по всей группе холдинга, в результате чего СВА должна инициировать вынесение на рассмотрение совета директоров нарушений по группе компаний с предоставлением отчета на основе предъявленных гражданских исков, заявлений о привлечении ответственных лиц к ответственности.

Данное предложение направлено на обеспечение надлежащего контроля процесса закупок, а также усиления внутрикорпоративных мер противодействия коррупции.

Поддерживая создание СВА, полагаем необходимым предусмотреть необходимость разработки положения о СВА, а также единых унифицированных правил осуществления контроля в сфере закупок.

Таким образом, считаем, что СВА как независимые органы контроля, не входящие в состав указанных холдингов, должны подчиняться **только членам советов директоров**, на которых, в свою очередь, необходимо возложить фидуциарную ответственность.

9. НПП предлагается **расширение круга субъектов** коррупционных правонарушений в части квазигосударственного сектора до заместителей руководителей организаций, руководителей структурных подразделений, бухгалтера, юристов и иных лиц, связанных с закупками и материально-финансовыми ресурсами.

Однако необходимо учитывать, что некоторые из указанных лиц могут осуществлять деятельность на **основании договора об оказании возмездных услуг (аутсорсинг)** и не являться непосредственными

работниками таких организаций, в связи с чем данное положение требует дополнительной проработки. Так, субъектами коррупционных правонарушений полагаем целесообразным определить **руководителей** структурных подразделений, связанных с закупками и материально-финансовыми ресурсами.

Кроме того, НПП предлагается введение дисциплинарной, уголовной и административной ответственности за коррупционные правонарушения.

10. Касательно уголовной ответственности за нарушения в сфере закупок квазигосударственного сектора полагаем, что Уголовный кодекс содержит ряд статей, предусматривающих ответственность за коррупционные нарушения (ст.366 («Получение взятки»), 367 («Дача взятки»), 368 («Посредничество во взяточничестве»), а также иные уголовные правонарушения против интересов государственной службы и государственного управления (ст.361 («Злоупотребление должностными полномочиями»), 365 («Воспрепятствование законной предпринимательской деятельности»), 369 («Служебный подлог»)).

Однако в соответствии со статьей 3 Уголовного кодекса, а также статьей 1 Закона РК «О противодействии коррупции» субъекты коррупционных правонарушений (*лицо, уполномоченное на выполнение государственных функций, либо приравненное к нему лицо, или лицо, занимающее ответственную государственную должность*) **не охватывают всех работников** субъектов квазигосударственного сектора.

Так, к **лицу, приравненному к лицам, уполномоченным на выполнение государственных функций**, относится **лицо, исполняющее управленческие функции в государственной организации или организации**, в уставном капитале которой доля государства составляет более 50%, в том числе в национальном управляющем холдинге, национальном холдинге, национальной компании, национальном институте развития, акционером которых является государство, их дочерней организации, более 50% голосующих акций (долей участия) которой принадлежат им, а также юридическом лице, более 50% голосующих акций (долей участия) которого принадлежит указанной дочерней организации (**субъекте квазигосударственного сектора**) (подпункт 28) статьи 3 УК РК, подпункт 4) статьи 1 Закона РК «О противодействии коррупции»).

В этой связи в части введения уголовной ответственности полагаем целесообразным ограничиться внесением изменений, предусматривающих **расширенный круг лиц, признаваемых в качестве субъектов коррупционных правонарушений**, в Уголовный кодекс, Законы РК «О противодействии коррупции», «О государственном имуществе», а также иные законодательные акты.

При этом к данным лицам предлагается отнести **руководителей** структурных подразделений, связанных с закупками и материально-финансовыми ресурсами.

11. КоАП предусматривает **ответственность должностных лиц за нарушение законодательства о государственных закупках** (статья 207).

Вместе с тем при закупках Законом РК «О государственных закупках» руководствуются, как было указано ранее, не все субъекты квазигосударственного сектора.

Кроме того, установленная в КоАП ответственность за нарушение законодательства о государственных закупках охватывает **не всех работников субъектов квазигосударственного сектора.**

Также необходимо отметить, что **не установлена** административная ответственность вышеуказанных лиц за коррупционные правонарушения.

В этой связи полагаем необходимым, во-первых, расширить круг лиц, подлежащих административной ответственности за нарушение законодательства о государственных закупках, во-вторых, рассмотреть возможность **введения административной ответственности должностных лиц и работников субъектов квазигосударственного сектора за коррупционные правонарушения.**

12. Следует отметить, что установленная в Уголовном кодексе ответственность (ст.ст. 361, 189, 365-369) включает также меру наказания в виде **лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.**

Учитывая данное положение, а также расширение круга субъектов уголовной ответственности за коррупционные правонарушения до руководителей структурных подразделений субъектов квазигосударственного сектора, связанных с закупками и материально-финансовыми ресурсами, представляется **нецелесообразным введение в Трудовой кодекс дисциплинарной ответственности за аналогичные правонарушения.**

При этом полагаем возможным предусмотреть дисциплинарную ответственность вышеуказанных лиц за **неисполнение обязательств** по декларированию расходов, аффилированности, конфликту интересов и др.

Однако необходимо учитывать, что согласно Трудовому кодексу дисциплинарное взыскание на работника налагается при ненадлежащем исполнении **обязательств, установленных нормативными правовыми актами Республики Казахстан**, а также соглашениями, трудовым, коллективным договорами, актами работодателя, учредительными документами.

В этой связи полагаем возможным предусмотреть вышеуказанные обязательства работников субъектов квазигосударственного сектора **в соответствующих специальных законах, а также внутренних документах организации.**

При этом, учитывая, что Законом РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам декларирования доходов и имущества физических лиц» с 1 января 2017 года предусмотрено введение всеобщего декларирования расходов,

данное обязательство работников субъектов квазигосударственного сектора полагаем целесообразным предусмотреть в их внутренних документах до введения в действие указанного положения.

13. НПП предлагается внедрение «мягких» (не карательных мер) путем разработки корпоративных стандартов и политик, в том числе по борьбе с коррупцией и в сфере осуществления закупок.

В качестве таких стандартов предлагается утвердить правила в области инициативного информирования, контроля аффилированности, защиты инсайдерской информации и др.

При этом соблюдение данных стандартов должно сопровождаться правилом *«complyorexplain»* (соблюдай или объясняй), предусматривающим необходимость публичного объяснения объективных причин несоблюдения данных стандартов.

Вместе с тем полагаем целесообразным четко разграничить положения указанных стандартов от должностных обязанностей работников субъектов квазигосударственного сектора.

2.2 Наличие противоречащих норм

Предложения Профессионального объединения аккредитованных экспертных организаций «Палата экспертных организаций»:

14. Статья 26 Закона о государственных закупках указывает: «При осуществлении государственных закупок способом конкурса **допускается представление демпинговой цены** при условии внесения потенциальным поставщиком дополнительно к обеспечению исполнения договора суммы в размере, равном сниженной сумме от минимальной допустимой цены, не признаваемой демпинговой».

Одновременно с этим в пункте 3 статьи 64-2 Закона Республики Казахстан «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан» обозначено, что по договорам, выполняемым в рамках государственных закупок, стоимость экспертных работ **не может быть ниже стоимости**, устанавливаемой в соответствии с правилами определения стоимости работ по проведению комплексной вневедомственной экспертизы проектов строительства объектов, утвержденными уполномоченным органом по делам архитектуры, градостроительства и строительства.

Отмечаем, что Правила определения стоимости работ по проведению комплексной вневедомственной экспертизы проектов строительства объектов, а также комплексной градостроительной экспертизы проектов градостроительного планирования территорий различного уровня, утверждены приказом и.о. Министра национальной экономики Республики Казахстан от 21 декабря 2015 года № 780, и предусматривает конкретный расчет стоимости экспертных работ.

Таким образом, при демпинговой цене стоимость экспертных работ будет несколько ниже, чем при расчете стоимости по формулам, установленными Правилами. В этой связи необходимо в Законе исключить возможность демпинга по государственным закупкам на экспертные работы.

Кроме того обратим внимание, что Правила осуществления государственных закупок, утвержденные приказом Министра финансов Республики Казахстан от 11 декабря 2015 года № 648, дополнены пунктом 175-1 в соответствии с приказом Министра финансов РК от 3 октября 2016 № 521, согласно которому: «Цена заявки на участие в конкурсе потенциального поставщика на работы по комплексной вневедомственной экспертизе проектов строительства объектов **не может быть ниже стоимости** устанавливаемой в соответствии с Правилами определения стоимости работ по проведению комплексной вневедомственной экспертизы проектов строительства объектов, а также комплексной градостроительной экспертизы проектов градостроительного планирования территорий различного уровня, утвержденными приказом исполняющего обязанности Министра национальной экономики Республики Казахстан от 21 декабря 2015 года № 780 (зарегистрирован в Реестре государственной регистрации нормативных правовых актов под № 12681)».

Запрет на установление цены заявки ниже определенного уровня противоречит статье 26 Закона, который допускает демпинг.

15. Согласно пункту 22 статьи 43 минимальный срок поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг по договору о государственных закупках не должен быть менее срока, затрачиваемого на поставку товара, в том числе его изготовление (производство), доставку, выполнение работы, оказание услуги, **но не менее пятнадцати календарных дней.**

В свою очередь проведение экспертизы на проекты строительных объектов может проводиться в срок менее пятнадцати календарных дней. Так, пункт 4 статьи 64-2 Закона Республики Казахстан «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан» при регламентировании порядка и продолжительности (сроков) проведения комплексной вневедомственной экспертизы технико-экономического обоснования строительства, а также проектно-сметной документации для строительства ссылается на Правила, определяемые приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 1 апреля 2015 года №299.

Пункт 32 данных Правил установил следующие **максимальные сроки** и продолжительность проведения комплексной вневедомственной экспертизы:

45 (сорок пять) рабочих дней по проектам строительства объектов, являющихся технологически или технически сложными объектами I и II уровней ответственности, потенциально опасных производственных объектов;

20 (двадцать) рабочих дней по проектам строительства объектов, одновременно являющихся технологически и технически не сложными объектами II уровня ответственности, не относящихся к категории потенциально опасных;

10 (десять) рабочих дней по проектам строительства объектов, одновременно являющихся технологически и технически не сложными объектами III уровня ответственности, не относящихся к категории потенциально опасных.

В целях проведения экспертизы на проекты строительных объектов в срок, установленный законодательством, целесообразно установить в пункте 22 статьи 43 Закона исключение, по которому станет возможно оказание работ и услуг по договору в иной срок, установленный законодательством.

2.3 Наличие пробелов норм права

Относительно субъектов государственных закупок

16. Согласно Закону, наряду с юридическими лицами, **физическое лицо** может быть потенциальным поставщиком только в случае **осуществления предпринимательской деятельности или обладания на праве частной собственности жилищем, приобретаемым заказчиком.**

Федеральный закон о контрактной системе устанавливает, что контрактная система в сфере закупок направлена на создание **равных условий для обеспечения конкуренции** между участниками закупок. **Любое заинтересованное лицо** имеет возможность в соответствии с законодательством РФ стать поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

В этой связи полагаем необходимым устранить ограничения для участия в государственных закупках потенциальных поставщиков - физических лиц.

17. В статье 31 Федерального закона о контрактной системе установлены **требования к участникам закупок.** Аналогичные требования установлены для потенциальных поставщиков в Законе.

Между тем, в некоторых случаях данные требования отличаются.

Так, согласно Федеральному закону о контрактной системе предусмотрены требования, которые **не закреплены в Законе:**

- **отсутствие** у участника закупки (*физического лица либо у руководителя, членов коллегиального исполнительного органа или главного бухгалтера юридического лица - участника закупки*) **судимости за преступления в сфере экономики** (за исключением лиц, у которых такая судимость погашена или снята), а также **неприменение** наказания в виде лишения права занимать **определённые должности или заниматься определённой деятельностью** (которые связаны с поставкой товара, выполнением работы, оказанием услуги, являющихся объектом осуществляемой закупки) и **административного наказания в виде дисквалификации;**

- **обладание** участником закупки **исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности**, если в связи с исполнением контракта заказчик приобретает права на такие результаты *(за исключением случаев заключения контрактов на создание произведений литературы или искусства, исполнения, на финансирование проката или показа национального фильма)*;

- участник закупки **не является офшорной компанией**.

Полагаем необходимым предусмотреть аналогичные требования в Законе.

Кроме того, Федеральный закон о контрактной системе также содержит **более облегченные требования** к участникам, нежели Закон.

Так, в Казахстане в качестве квалификационного требования закреплено **отсутствие у поставщика налоговой задолженности**.

В свою очередь, в России у участника закупки **не должно быть недоимки** по налогам, сборам, **задолженности** по иным обязательным платежам за прошедший календарный год, **размер которых превышает 25% балансовой стоимости активов участника закупки** *(по данным бухгалтерской отчетности за последний отчетный период)*.

При этом в России участник закупки также считается **соответствующим** данному требованию в случае, если им **подано заявление об обжаловании указанных недоимки, задолженности** и решение по такому заявлению на дату рассмотрения заявки не принято. Необходимо также отметить, что такие **недоимка и задолженность не охватывает** следующие суммы:

- на которые предоставлены **отсрочка, рассрочка, инвестиционный налоговый кредит** в соответствии с законодательством РФ о налогах и сборах;

- которые **реструктурированы** в соответствии с законодательством РФ;

- по которым имеется вступившее в законную силу решение суда о **признании обязанности заявителя по уплате** этих сумм исполненной;

- которые **признаны безнадежными** к взысканию в соответствии с российским законодательством о налогах и сборах.

Кроме того, Закон жестко регламентирует **ограничения, связанные с участием в государственных закупках**, устанавливая более широкий перечень случаев, когда потенциальный поставщик **не вправе участвовать в закупках** *(статья 6)*.

В целях исключения излишних административных барьеров для участия в государственных закупках полагаем целесообразным рассмотреть возможность закрепления в Казахстане **более облегченных требований** к потенциальным поставщикам, в том числе в части **налоговой задолженности**.

**Относительно реестра недобросовестных участников
государственных закупок**

18. Пункт 6 статьи 12 Закона гласит: «Поставщики, включенные в реестр недобросовестных участников государственных закупок по основаниям, предусмотренным подпунктами 1) и 3) части первой пункта 4 настоящей статьи, **не допускаются к участию в государственных закупках в течение двадцати четырех месяцев** со дня вступления в законную силу решения суда о признании их недобросовестными участниками государственных закупок.

Потенциальные поставщики, включенные в реестр недобросовестных участников государственных закупок по основанию, предусмотренному подпунктом 2) части первой пункта 4 настоящей статьи, **не допускаются к участию в государственных закупках в течение двадцати четырех месяцев** со дня принятия решения уполномоченным органом о признании их недобросовестными участниками государственных закупок.

Сведения, содержащиеся в реестре недобросовестных участников государственных закупок, исключаются из указанного реестра не позднее одного рабочего дня со дня окончания срока, установленного частями первой и второй настоящего пункта».

В Обобщении судебной практики по делам о государственных закупках указывается, что некоторые юридические лица и индивидуальные предприниматели неоднократно признаются судом недобросовестными участниками государственных закупок: «Однако никакой повышенной ответственности за подобный «рецидив» нарушений законодательством не установлено. Более того, в законодательстве отсутствует и механизм исчисления сроков для отлучения таких неоднократных недобросовестных поставщиков от государственных закупок. К сожалению, отсутствует и какая-либо **дифференциация ответственности** по степени значимости услуг,купаемых государственными учреждениями. Поэтому следовало установить, что повторное признание субъекта недобросовестным участником государственных закупок влечет за собой невозможность его участия в таковых сроком на 5 лет, а признание его в третий раз – невозможность участия в государственных закупках вообще. ...

... К сожалению, отсутствует и какая-либо **дифференциация ответственности по степени значимости услуг**,купаемых государственными учреждениями.»¹⁴

19. Пункт 4 статьи 12 Закона определяет: «Реестр недобросовестных участников государственных закупок представляет собой перечень:

¹⁴ Обобщение судебной практики по делам о государственных закупках за 2014 год в судах Республики Казахстан на основании судебных актов вложенных в Классификатор категории дел по строке 92 «Споры, связанные с нарушением законодательства в сфере государственных закупок» Базы данных ЕАИАС СО РК // 10 апреля 2015 года г. Костанай // Костанайский областной суд // Источник: <http://office.sud.kz>

1) поставщиков, с которыми заказчики в одностороннем порядке расторгли договоры о государственных закупках, в ходе исполнения которых установлено, что поставщик **не соответствует квалификационным требованиям и требованиям конкурсной документации** (аукционной документации) или предоставил недостоверную информацию о своем соответствии таким требованиям, **что позволило ему стать победителем конкурса (аукциона), по результатам которой заключен такой договор;**

2) потенциальных поставщиков, определенных победителями (потенциальных поставщиков, занявших второе место), уклонившихся от заключения договора о государственных закупках;

3) поставщиков, не исполнивших либо ненадлежащим образом исполнивших свои обязательства по заключенным с ними договорам о государственных закупках.

В случаях, указанных в подпунктах 1) и 3) части первой настоящего пункта, заказчик обязан не позднее тридцати календарных дней со дня, когда ему стало известно о факте нарушения поставщиком законодательства Республики Казахстан о государственных закупках, обратиться с иском в суд о признании такого потенциального поставщика или поставщика недобросовестным участником государственных закупок».

Как видим по подпункту 1) пункта 4 статьи 12 в Реестр включены поставщики, недостоверная информация которых позволила заключить договор. Однако считаем целесообразным, рассмотреть вопрос по распространению негативных последствий в качестве включения в Реестр не только на лиц, с которыми договор заключен, но и иными потенциальными поставщиками, которые участвовали в конкурсе, но не выиграли. Отмечаем, что на этапе рассмотрения заявок конкурсная комиссия выявляет недостоверную информацию в отношении «непобедителей».

Согласно статье 28 Закона протокол об итогах государственных закупок способом конкурса должен содержать следующую информацию о потенциальных поставщиках, заявки на участие в конкурсе которых были отклонены, с подробным описанием причин их отклонения, в том числе с указанием сведений и документов, подтверждающих их несоответствие квалификационным требованиям и требованиям конкурсной документации.

Таким образом, потенциальный поставщик предупреждается о том, что при заключении с ним договора, он будет включен в Реестр. Вместе с тем, считаем, что если потенциальный поставщик решается на предоставление недостоверной информации и введения заказчика в заблуждение он должен быть включен в Реестр.

Относительно вопроса о конкурсной комиссии

20. Согласно пункту 1 статьи 27 Закона рассмотрение заявок на участие в конкурсе осуществляется конкурсной комиссией в целях **определения потенциальных поставщиков, которые соответствуют**

квалификационным требованиям и требованиям конкурсной документации.

При этом по подпункту 1) пункта 4 статьи 12 Закона реестр недобросовестных участников государственных закупок представляет собой перечень поставщиков, с которыми заказчики в одностороннем порядке расторгли договоры о государственных закупках, в ходе исполнения которых установлено, что поставщик **не соответствует квалификационным требованиям и требованиям конкурсной документации** (аукционной документации) или предоставил недостоверную информацию о своем соответствии таким требованиям, что позволило ему стать победителем конкурса (аукциона), по результатам которой заключен такой договор.

Следовательно, выявление не соответствий, когда договор уже заключен и возможно осуществляется его исполнение, означает невыполнение требований пункта 1 статьи 27 Закона, то есть конкурсная комиссия не смогла выполнить поставленную перед ней задачу по разграничению потенциальных поставщиков на соответствующих квалификационным требованиям и не соответствующих им.

В этой связи целесообразно ни сколько включение потенциального поставщика в Реестр, а привлечение ответственных лиц заказчика административной ответственности.

Административная ответственность за нарушение законодательства о государственных закупках установлена статьей 207 КоАП. Однако в части 8 статья 207 предусмотрен штраф за признание потенциального поставщика и (или) привлекаемых им субподрядчиков (соисполнителей) работ либо услуг несоответствующими квалификационным требованиям и (или) требованиям конкурсной документации (аукционной документации) по основаниям, не предусмотренным законодательством Республики Казахстан о государственных закупках.

Между тем санкция за безосновательное признание потенциального поставщика, соответствующим квалификационным требованиям, в статье 207 КоАП отсутствует.

21. Считаем, что каждый сотрудник, ответственный за проведение закупок, должен проходить не только своевременное повышение квалификации (до вступления в силу новых норм законодательства), но и быть аттестованным по знанию правовой и технической базы прежде чем занять соответствующую должность. Данные мероприятия станут профилактическими мерами по нарушению законодательства о государственных закупках.

В интервью эксперты указывают: «Недавно знакомясь с документами одного госоргана по обучению сотрудников, включая проведение тендера на повышение квалификации. Меня заинтересовала техническая спецификация, в которой было требование к поставщику – обучение одновременно **не менее 500** и тестирование **не менее 2000**

человек, и это притом, что в самом ведомстве работает **43 человека**. О чем это говорит? Тендер подогнан под конкретного поставщика, который соответствует данным условиям. То есть через техническую спецификацию можно отсеять нежелательных участников: поставить такие требования, под которые будет подходить только тот поставщик, который нужен». ¹⁵

Обратим внимание и на следующее интервью: «Капитал.kz» провел опрос среди поставщиков и заказчиков, участвовавших в госзакупках. Позвольте, я ознакомлю вас с самыми распространенными жалобами. Заказчики не указывают конкретную техническую спецификацию, либо меняют ее в процессе конкурса, в угоду определенным фирмам. В тендере участвуют фирмы-однодневки, которые просто сбивают цену или поддерживают так называемую систему «из одного источника». В разных конкурсах участвуют одни и те же ТОО. У поставщиков требуют редкие документы, например, чтобы системотехник обладал дипломом не существующего вуза. Порой технические характеристики, которые указаны в тендерной документации, не соответствуют фактическому товару, взяты ГОСТЫ, СНИПы, по которым уже никто не работает. Ну и самое главное – это откаты.

Ответ Байканова Д.: «Большую часть проблем я все-таки связываю с некомпетентностью участников процесса закупок, а не какой-то порочной системой». ¹⁶

В научных публикациях посвященных вопросу профессионализма уполномоченных по проведению процедур закупок отмечено:

«... можно выделить следующие основные особенности данного принципа, которые в полной мере должны быть применены и в сфере закупок:

1) наличие необходимого уровня квалификации, специальных знаний, навыков, опыта работы в соответствующей сфере;

2) осуществление деятельности на профессиональной основе, т.е. по основному месту работы; данный вид деятельность должен быть основной трудовой функцией работника, должен быть предусмотрен трудовым договором;

3) постоянное профессиональное повышение квалификации работников соответствующих служб;

4) качественное выполнение работником трудовой функции;

5) ответственность работников за неисполнение (ненадлежащее исполнение) своих трудовых обязанностей» ¹⁷,

¹⁵ Как избавить систему госзакупок Казахстана от коррупции / Интервью Forbes Kazakhstan дала директор Центра анализа общественных проблем (Public Policy Research Center) М. Маутхановна от 9 июля 2015г./ Интернет-ресурс Forbes Kazakhstan: https://forbes.kz/finances/tenders/klub_pobedivshih_i_nahodchiviyih_1

¹⁶ Злейший враг госзакупок – некомпетентность/ Интервью Капитал.kz дает руководитель центра электронных госзакупок «АЛБА-ГРУПП» Дилара Байканова/ Интернет-ресурс Капитал.kz: <https://kapital.kz/expert/26346/zlejshij-vrag-goszakupok-nekompetentnost.html>

¹⁷ Гапанович А.В. Профессионализм заказчика как принцип контрактной системы в сфере закупок /А.В.Гапанович// Юрист. – 2014. – № 12. – С.16-20

«Актуальной является проблема профессионализма тех, кто реализует процедуры закупок. Так, ФЗ-44 допускается включение в состав комиссий по закупкам лиц (до 50%), не прошедших профессиональную переподготовку и повышение квалификации в сфере закупок, а также лиц, не обладающих специальными знаниями, относящимися к объекту закупки. Это негативно сказывается на эффективности работы комиссий, на обоснованности, законности и адекватности принятых ими решений»¹⁸.

В этой связи интересна статья 9 Федерального закона о контрактной системе, которая раскрывает принцип профессионализма заказчика. Так согласно пункту 1 данной статьи контрактная система в сфере закупок предусматривает осуществление деятельности заказчика, специализированной организации и контрольного органа в сфере закупок на профессиональной основе с привлечением квалифицированных специалистов, обладающих теоретическими знаниями и навыками в сфере закупок. При этом пункт 2 статьи обязывает заказчиков и специализированные организации принимать меры по поддержанию и повышению уровня квалификации и профессионального образования должностных лиц, занятых в сфере закупок, в том числе путем повышения квалификации или профессиональной переподготовки в сфере закупок в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В свою очередь в Законе Республики Казахстан принцип профессионализма заказчика отсутствует, также обязанности и требования к заказчикам как к субъектам закупок. Тогда как требования к потенциальным поставщикам имеют место в качестве ограничений поставщика, связанные с участием в государственных закупках в статье 6, и квалификационных требований, предъявляемых к потенциальному поставщику в статье 9.

Считаем, что определенным требованиям должен соответствовать как поставщик, так и заказчик. На основании этого полагаем целесообразным в Законе установить принцип профессионализма заказчика, а также поддержать этот принцип соответствующими гарантиями и требованиями к заказчику, как минимум обязательством повышения квалификации сотрудников, уполномоченных на проведение закупок и заключение договоров.

Относительно вопроса по конкурсным процедурам

22. Пункты 1 и 2 статьи 9, посвященные квалификационным требованиям, предъявляемых к потенциальному поставщику, определяют: «1. К потенциальным поставщикам предъявляются следующие квалификационные требования:

1) обладать правоспособностью (для юридических лиц), гражданской дееспособностью (для физических лиц);

¹⁸ Медведева Н.Г. Проблемы правового обеспечения сферы управления государственными и муниципальными закупками /Н.Г. Медведева// Международный научный журнал «Инновационная наука». – 2015. – № 5. – С. 115-119.

- 2) являться платежеспособным, не иметь налоговой задолженности;
- 3) не подлежать процедуре банкротства либо ликвидации;
- 4) обладать соответствующими материальными и трудовыми ресурсами, достаточными для исполнения обязательств по договору о государственных закупках товаров, работ, услуг;
- 5) наличие опыта работы.

Требование подпункта 5) настоящего пункта устанавливается в соответствии с критериями, определяемыми правилами осуществления государственных закупок.

2. Не допускается установление квалификационных требований, указанных в подпункте 4) пункта 1 настоящей статьи, которые:

1) ограничивают и необоснованно усложняют участие потенциальных поставщиков в государственных закупках;

2) непосредственно не вытекают из необходимости выполнения обязательств по договору о государственных закупках товаров, работ, услуг.».

Согласно Обобщению судебной практики по небольшим суммам закупа участие в тендере должны принимать поставщики услуг в рамках одного региона. Пример: Акимат одного из районов Костанайской области проводил тендер на закупку открыток на сумму 40.000 тенге. Выиграл поставщик из Астаны, однако не выполнил условия договора. В настоящее время заказчик вынужден обращаться в СМЭС г.Астаны, что приведет к новым неоправданным расходам.¹⁹

23. Пункт 4 статьи 37 Закона гласит: «**Не допускается** осуществление государственных закупок способом запроса ценовых предложений товаров, работ, услуг, поставка (выполнение, оказание) которых **требует получения разрешения** или направления уведомления в соответствии с законодательством Республики Казахстан о разрешениях и уведомлениях.».

Данная норма отсутствовала в Законе Республики Казахстан от 21 июля 2007 года. Вполне ожидаемо, что по причине недостаточной информированности правоприменителей, были в нарушение пункта 4 статьи 37, объявлены закупки способом ценовых предложений, с требованиями к поставщикам иметь те или иные виды разрешений. Соответственно заключались договора, которые исполнялись, прежде чем были расторгнуты.

В этой связи помимо мониторинга проведенных конкурсов на соответствие законодательству следует определить этап, на котором в процессе досудебного разбирательства поставщикам, будут компенсироваться понесенные им расходы, связанные с исполнением договора.

¹⁹ Обобщение судебной практики по делам о государственных закупках за 2014 год в судах Республики Казахстан на основании судебных актов вложенных в Классификатор категории дел по строке 92 «Споры, связанные с нарушением законодательства в сфере государственных закупок» Базы данных ЕАИАС СО РК // 10 апреля 2015 года г. Костанай // Костанайский областной суд // Источник: <http://office.sud.kz>

Отметим, что заказчик может в любое время в одностороннем порядке отказаться от исполнения условий договора, если поставщик становится банкротом или неплатежеспособным, а также в силу нецелесообразности дальнейшего выполнения договора. Когда договор аннулируется в силу вышеуказанных обстоятельств, поставщик имеет право требовать оплату только за фактические затраты, связанные с расторжением по договору, на день расторжения.

Аналогичная позиция целесообразна и при расторжении договора на основании установления факта заключения договора, в нарушение пункта 4 статьи 37 Закона. Конечно, в этом случае к поставщику не должно быть нареканий в части надлежащего исполнения им обязательств.

В свою очередь поставщики, с которыми расторгли договор на основании проведения конкурса в нарушении требований пункта 4 статьи 37, не могут в досудебном порядке требовать компенсацию фактических затрат.

24. Согласно пункту 1 статьи 38 Закона организатор государственных закупок не позднее пяти рабочих дней до окончания срока представления ценовых предложений обязан разместить на веб-портале государственных закупок на казахском и русском языках следующую информацию:

1) о количестве товара, объемах выполняемых работ, оказываемых услуг, являющихся предметом проводимых государственных закупок, с указанием сумм, выделенных для государственных закупок;

2) краткое описание закупаемых товаров, работ, услуг. При этом краткое описание закупаемых товаров, работ, услуг не должно противоречить требованиям, установленным законодательством Республики Казахстан в области технического регулирования;

3) место поставки товара, выполнения работ, оказания услуг;

4) требуемые сроки поставки товара, выполнения работ, оказания услуг;

5) о сроке начала и окончания представления потенциальными поставщиками ценовых предложений;

6) проект договора о государственных закупках с указанием технической спецификации.

Несмотря на прописанное законом требование в отдельных случаях объявление может быть опубликовано, например, без указания объема услуги. При этом в отличие от открытого конкурса запрос ценовых предложений не имеет этапа «Предварительное обсуждение проекта конкурсной документации», где поставщики могли бы задать свои вопросы и предложить внести изменения и уточнения в конкурсную документацию. В связи с чем, потенциальный поставщик просто не имеет возможности определиться с ценовым предложением. Рекомендуем рассмотреть вопрос включения в конкурс ценовых предложений этапа по разъяснению конкурсной документации.

Отмечаем, что согласно пункту 6 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 14 декабря 2012 года № 5 «О применении судами законодательства о государственных закупках» несоответствие в описании характеристик закупаемых товаров (работ, услуг), указанных в информации, размещенной на веб-портале государственных закупок в соответствии с пунктом 1 статьи 31 Закона, фактическим условиям договора, представленного заказчиком к заключению, может толковаться в пользу потенциального поставщика в случае предъявления в суде требований о признании его недобросовестным поставщиком за уклонение от заключения договора.

2.4 Наличие иных недостатков

Относительно договоров государственных закупок

25. В соответствии с подпунктом 2) пункта 4 статьи 18 Закона, уполномоченный орган при выявлении в результате проведения контрольных мероприятий, в том числе камерального контроля, нарушения объектом контроля законодательства Республики Казахстан о государственных закупках обращается в суд с иском **о признании недействительными вступивших в силу договоров о государственных закупках**, заключенных с нарушением законодательства Республики Казахстан о государственных закупках, за исключением договоров о государственных закупках, по которым обязательства **исполнены надлежащим образом**.

В данном случае можно толковать норму как исполнение надлежащим образом всех обязательств, предусмотренных договором. С другой стороны формулировку «исполнены надлежащим образом» можно отнести только к тем обязательствам, которые были поставлены на момент выявления нарушения законодательства. При одновременно наличии иных обязательств, исполнение которых предполагается в будущем. В целях исключения различного понимания и толкования нормы рекомендуем ее уточнить.

26. По подпункту 50) пункта 3 статьи 39 Закона государственные закупки способом из одного источника путем прямого заключения договора о государственных закупках применяются в случае отказа поставщика на продление действия договора о государственных закупках, заключенного в предыдущем году.

Одновременно с этим пункт 18 статьи 43 Закона определяет в целях обеспечения бесперебойной деятельности заказчика последний **вправе** продлить на период до подведения итогов государственных закупок способом конкурса либо аукциона и вступления в силу договора о государственных закупках действие договора о государственных закупках товаров, работ, услуг ежедневной или еженедельной потребности по перечню, утвержденному уполномоченным органом.

Перечень товаров, работ, услуг ежедневной и (или) еженедельной потребности на период до подведения итогов государственных закупок способом конкурса либо аукциона и вступления в силу договора о государственных закупках, утвержден приказом Министра финансов Республики Казахстан от 23 декабря 2015 года № 677.

Продление первоначального договора, снимает проблему перерыва сроков между двумя договорами. Между тем полномочие по заключению договора с последним поставщиком выражено в Законе правом, а не обязанностью. Данное обстоятельство позволит заказчику не пролонгировать договор. При этом Законом не определены конкретные основания принятия того или иного решения. Помимо этого возникает вопрос, на каких условиях будет перезаключаться договор, можно ли будет внести изменения в существенные условия договора, например, такие как стоимость товара, работы и услуги. В этой связи необходимо обязать заказчика вносить предложения по продлению действия основных договоров и указать случаи, когда пролонгация не осуществляется.

Помимо вышеперечисленного обращаем внимание на то, что существующая система государственных закупок позволяет заключать договор с поставщиками, предложившим низкую цену, что позволяет эффективно расходовать бюджетные средства. Однако данное обстоятельство порождает низкое качество товаров, работ и услуг, так как поставщики могут снижать цену исключительно на привлекаемых ресурсах.

Многочисленные судебные разбирательства, имеющие негативный общественный резонанс, связаны с нарушениями в области государственных закупок, показывают, что только на замене дорогих качественных материалов более дешевыми, уклонением от уплаты налогов, завышением стоимости произведенных работ, оказанных услуг либо просто воровством государственных денежных средств, путем предоставления фиктивных актов выполненных (скрытых) работ, оказанных услуг, поставленных товаров.²⁰

В интервью Forbes Kazakhstan директор Центра анализа общественных проблем (Public Policy Research Center) М. Маутхановна отвечает, что до сих пор система госзакупок не обеспечивает доступ более квалифицированных подрядчиков и не повышает доверия к процедурам закупок.²¹

Согласно нижеследующему зарубежному опыту принципом государственных закупок должна являться не просто низкая цена покупаемых товаров, работ и услуг, а справедливое соотношение их стоимости и качества. Немаловажным также является проявление принципа

²⁰ Обобщение судебной практики по делам о государственных закупках за 2014 год в судах Республики Казахстан на основании судебных актов вложенных в Классификатор категории дел по строке 92 «Споры, связанные с нарушением законодательства в сфере государственных закупок» Базы данных ЕАИАС СО РК // 10 апреля 2015 года г. Костанай // Костанайский областной суд // Источник: <http://office.sud.kz>

²¹ Как избавить систему госзакупок Казахстана от коррупции / Интервью Forbes Kazakhstan дала директор Центра анализа общественных проблем (Public Policy Research Center) М. Маутхановна от 9 июля 2015г./ Интернет-ресурс Forbes Kazakhstan: https://forbes.kz/finances/tenders/klub_pobedivshih_i_nahodchiviyih_1

справедливости между интересами государственных заказчиков и поставщиком.

Зарубежный опыт проведения государственных закупок.

Общую координацию деятельности в области госзакупок США осуществляет Управление федеральной закупочной политики, которое было создано в 1974 году в качестве консультативного органа при Министерстве управления и бюджета, а в 1988 году превратилось в самостоятельный постоянно действующий орган государственной власти. Все закупки, проводимые федеральными закупочными агентствами, регламентируются Сводом правил государственных закупок (Federal Acquisition Regulation), разработанным в 1984 году и описывающим все этапы проведения закупок, начиная с планирования и заканчивая вопросами управления заключенными государственными контрактами (вплоть до их завершения). Декларируемая цель FAR – соблюдение всеми агентствами, проводящими закупки для федеральных государственных нужд, единой закупочной политики и использование единых закупочных правил. Миссией FAR является предоставление всем госзаказчикам продукции с **наилучшим соотношением цена/качество** (цена/затраты) с учетом ограниченного времени на проведение закупок.²²

В ЕС, многих других странах существуют специальные **омбудсмены**. К числу лучших систем можно отнести те же европейские государства, Чили, Австралию, Сингапур, Гонконг и другие. Например, система госзакупок Сербии была признана лучшей, не оставляющей лазеек для коррупции. В этой стране создана комиссия, которая гарантирует соблюдение прав как поставщика, так и организации, проводящей тендер.²³

Существуют общие для всех стран принципы организации отбора поставщиков. В рекомендациях органам местного самоуправления **Великобритании** содержатся следующие требования к организации закупок, которые в определенной степени отражают преобладающие в мировой практике подходы к государственным закупкам:

Должен соблюдаться **баланс между интересами государственного заказчика и поставщика**. В процессе закупок государственный заказчик или уполномоченная организация должны собрать достаточную для оценки возможного поставщика информацию, но она не должна быть избыточной.

Потенциальные поставщики с самого начала должны знать, какая информация от них потребуется, и каким требованиям им надо соответствовать. Вся информация о процессе закупок должна быть точной, необходимой и предоставляться вовремя.

²² Смагулова А.Б., Амирова М.А. Государственные закупки в Республике Казахстан и в зарубежных странах/ Интернет-ресурс G-GLOBAL от 31 марта 2016г.: <http://group-global.org/ru/publication/31338-gosudarstvennye-zakupki-v-respublike-kazahstan-i-v-zarubezhnyh-stranah>

²³ Как избежать систему госзакупок Казахстана от коррупции / Интервью Forbes Kazakhstan дала директор Центра анализа общественных проблем (Public Policy Research Center) М. Маутхановна от 9 июля 2015г./ Интернет-ресурс Forbes Kazakhstan: https://forbes.kz/finances/tenders/klub_pobedivshih_i_nahodchiviyih_1

Требования ко всем поставщикам, в том числе к поставкам, осуществляемым собственными силами заказчика, должны быть одинаковыми.

Необходимо смотреть на будущую поставку и варианты ее осуществления как можно шире, чтобы не отвергнуть **альтернативные варианты и поставщиков**.

Для того чтобы продемонстрировать прозрачность и честность процесса закупок, все его стадии должны проходить в соответствии с утвержденными положениями администрации и подвергаться аудиту (контролю, проверке).²⁴

В соответствии с Федеральным законом о контрактной системе конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении принципа добросовестной **ценовой и неценовой конкуренции** между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг.

При этом полагаем, неценовая конкуренция означает возможность определения поставщика на основе **лучших показателей по квалификационным требованиям**.

В свою очередь, по законодательству РК поставщик определяется **только на основе наименьшей условной цены**, в связи с чем считаем целесообразным рассмотреть **возможность внедрения в РК неценовой конкуренции для некоторых способов** осуществления закупок, где первостепенное значение имеет **качество** приобретаемых товаров, работ и услуг.

Кроме того, Федеральный закон о контрактной системе запрещает совершение в ходе проведения закупок любых действий, которые приводят к ограничению конкуренции, в частности **к необоснованному ограничению числа участников закупок** (статья 8), что прямо не указывается в Законе.

III. Анализ смежного законодательства

В Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана указано, что одним из ключевых вопросов является совершенствование сферы закупок. Однако вопрос правового регулирования процесса государственных закупок тесно связан с механизмом регламентации создания и деятельности субъектов квазигосударственного сектора и аффилированных с ними лиц. В этой связи проведен соответствующий анализ, который показал следующие проблемы:

Касательно правового регулирования дочерних организаций

1. На сегодняшний день в Казахстане **отсутствует** единое определение дочерней организации.

²⁴ Бегеева М.К. Актуальные проблемы государственных закупок // <https://library.wksu.kz/dmdocuments/pdf>

Данное понятие более полно раскрывается в Гражданском кодексе, где закрепляются **способы оказания влияния** на дочернюю организацию.

В иных случаях она трактуется через **аффилированность**.

Так, Законы РК «Об акционерных обществах» (*подпункт 7) статьи 1*) и «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (*пункт 1 статьи 12-1*) устанавливают, что аффилированные лица – это физические или юридические лица (за исключением государственных органов, осуществляющих контрольные и надзорные функции в рамках предоставленных им полномочий), **имеющие возможность прямо и (или) косвенно определять решения и (или) оказывать влияние на принимаемые друг другом (одним из лиц) решения**, в том числе в силу заключенной сделки.

Земельный кодекс РК определяет аффилированное лицо как **организацию, являющуюся дочерней по отношению к негосударственному юридическому лицу** или признающуюся зависимым акционерным обществом (*подпункт 3) статьи 12*).

Вместе с тем необходимо учитывать, что дочерней организацией является юридическое лицо, в котором решения, принимаемые его органами, определяются другим юридическим лицом на основании наличия преобладающей доли участия в уставном капитале либо заключенного между ними договора, либо иным образом.

В свою очередь, в отличие от дочерней организации, аффилированные лица могут прямо или косвенно оказывать взаимное влияние **на принимаемые друг другом решения**.

Встречаются случаи, когда статус дочерних организаций **сужаются до контроля** со стороны основной организации. К примеру, согласно Закону РК «О страховой деятельности» дочерняя организация – это юридическое лицо, по отношению к которому другое юридическое лицо (родительская организация) **имеет контроль**.

Аналогичное определение содержится также в Законе РК «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан».

Опыт зарубежных стран **четко** закрепляет участие основной в дочерних компаниях путем:

- 1) формирования управляющих органов;
- 2) контролирования их деятельности 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 отдельно отметить, что дочерние организации могут создавать свои дочерние организации, которые на практике называются **внучатыми и правнучатыми организациями**.

К примеру, АО «НУХ «КазАгро» имеет семь дочерних организаций, в число которых входит АО «Фонд финансовой поддержки сельского

хозяйства», создавший свою дочернюю организацию – ТОО «Центр поддержки микрокредитных организаций»²⁵.

Также группа Фонда «Самрук-Казына» включает сам Фонд, компании, их дочерние организации, а также юридические лица, более пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия) которых принадлежит **указанным дочерним организациям компаний** (Закон РК «О Фонде национального благосостояния»).

Вместе с тем прямое законодательное определение указанных организаций отсутствует, и лишь трактуется через **косвенную принадлежность** к юридическим лицам (Предпринимательский кодекс РК, Закон РК «О государственных закупках»), которая означает принадлежность каждому последующему аффилированному лицу пятидесяти и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) иного юридического лица.

Также имеется **запрет** на их создание **нерезидентами** РК в сферах:

1) страховой (перестраховочной) деятельности (статья 32 Закона РК «О страховой деятельности»);

2) банковской деятельности (пункты 2,3 статьи 11-1 Закона РК «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан»).

Особый интерес здесь представляет опыт некоторых стран, где **внучатые компании признаются дочерними** (Великобритания, Республика Армения), что исключает создание нескольких уровней дочерних организаций, по сути, контролируемых одним юридическим лицом.

Дополнительно к вышеуказанному следует заметить, что отсутствуют ограничения **по организационно-правовой форме** юридических лиц, которые вправе создавать дочерние организации.

Между тем, необходимо учитывать специфику **государственных предприятий**, осуществляющих деятельность на праве хозяйственного ведения и оперативного управления, а также производственных **кооперативов**, основанных на личном трудовом участии их членов.

В этой связи создание указанными юридическими лицами дочерних организаций **полагаем нецелесообразным**.

Данное положение также соответствует опыту некоторых государств-участников СНГ, где понятие дочерних компаний предусматривается только в отношении хозяйственных товариществ и обществ (Российская Федерация, Республика Армения, Азербайджанская Республика).

Учитывая **вышеуказанное**, полагаем необходимым понятие дочерней организации в Казахстане **привести к единообразию**.

При этом предлагаем указать, что **хозяйственное товарищество или акционерное общество** является дочерней организацией, если ее основная организация имеет **такую преобладающую долю** в ее уставном капитале **либо** полномочия, **установленные договором**, **либо косвенную**

²⁵ Годовой отчет АО «Фонд финансовой поддержки сельского хозяйства» за 2014 год // <http://www.kase.kz>

принадлежность к ней, которые позволяют ей **определять решения органов** дочерней организации.

Более того дочерней организацией также должна являться организация, созданная дочерней организацией основной организации.

2. В Казахстане существует тенденция предоставления **привилегий банкам**. Дело в том, что созданные ими организации **не квалифицируются как дочерние**.

В частности, к дочерним организациям банка не относятся следующие аффилированные юридические лица:

1) акции или доли участия в уставном капитале которых переходят в собственность банка в случае принятия их в качестве залога;

2) в уставном капитале которых участие банка осуществляется через владение (наличие возможности голосовать, определять решения и (или) оказывать влияние на принимаемые решения в силу договора или иным образом) сомнительных и безнадежных активов;

3) акции или доли участия в уставном капитале которых приобретены исламским банком при осуществлении банковской операции (*часть третья пункта 2 статьи 11-1 Закона РК «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан»*).

Однако такое владение всегда подразумевает **влияние на принимаемые решения** организации.

В этой связи указанные привилегии банков необходимо исключить.

Это обеспечит **единый подход** в определении дочерних организаций всех юридических лиц в Казахстане.

3. Общеизвестно, что на сегодняшний день в нашей стране большое количество дочерних, внучатых и правнучатых организаций. К примеру, в АО «Самрук-Казына» (далее – Фонд) такие организаций достигают **девяти уровней**.

По мнению Фонда, данные организации создаются для того, чтобы денежные средства, выделяемые из государственного бюджета в целях выполнения определенных проектов, **не подлежали налогообложению** (*статья 84 Налогового кодекса РК*).

Так, на практике бюджетные средства передаются Фонду для выполнения целевых проектов, которые **перенаправляются в его дочерние**, внучатые и правнучатые организации путем пополнения их уставного капитала.

Это связано с тем, что безвозмездная передача государственного имущества напрямую в дочернюю организацию Фонда **облагается 20% корпоративного подоходного налога** (*статья 96 Налогового кодекса РК*).

Вместе с тем данные субъекты несут **административную ответственность** только за недостижение субъектами квазигосударственного сектора результатов бюджетных инвестиций.

В последнее время депутаты и государственные органы неоднократно обсуждали вопросы о расширении административной ответственности **руководителей бюджетных программ, первых руководителей национальных холдингов, национальных управляющих холдингов** за неосвоение бюджетных средств, недостижение результатов бюджетной программы и др.

В свою очередь, административная ответственность является **неэффективной мерой реагирования** за нарушение норм бюджетного законодательства и не принесет ожидаемых результатов.

Данное обстоятельство связано с тем, что миллиардные денежные средства, выделяемые из государственного бюджета, **невозможно восстановить** за счет административных штрафов.

Также следует отметить, что в некоторых странах (*например, США, Испания*) введен **унитарный принцип в налогообложении** основной и дочерней компаний, в соответствии с которым их доходы облагаются **одинаковыми налогами**.

В связи с этим необходимо предусмотреть:

1) **исключение** от налогообложения доходов организаций, получивших имущество на безвозмездной основе от государства согласно бюджетным программам;

2) введение **унитарного принципа** налогообложения в Республике Казахстан. Подобный подход позволит обеспечить достоверный учет финансового положения основных и дочерних организаций;

3) привлечение руководителей дочерних, внучатых и правнучатых организаций к имущественной ответственности по гражданскому законодательству путем **введения их полной материальной ответственности**.

4. На сегодняшний день законодательством не запрещено одним и тем же лицам создавать финансовые организации. Однако это **не способствует стабильности** их деятельности, и в случае банкротства могут наступить непоправимые **последствия** как для них, так и для населения в целом.

Это связано с **неограниченной возможностью участия** в уставном капитале юридических лиц в Казахстане, поскольку для создания и приобретения банками, страховыми (перестраховочными) организациями, а также банковскими и страховыми холдингами **дочерних организаций**, а также на приобретение **значительного участия в капитале других юридических лиц** необходимо только получение разрешения и согласия **уполномоченного органа в лице Национального банка РК** (*статьи 10 и 11 Закона РК «О государственном регулировании, контроле и надзоре финансового рынка и финансовых организаций»*).

Между тем, в ряде зарубежных стран необходимая стабильность финансово-кредитных учреждений достигается путем **ограничения участия другой организации** в их уставных капиталах, которое не должно превышать 10-20% (*например, Германия*).

5. В Казахстане основная организация за деятельность дочерней несет только **дополнительную (субсидиарную) ответственность** в следующих случаях:

- 1) доведения ее своими действиями до банкротства;
- 2) по сделкам, заключенным дочерней организацией во исполнение указаний основной (статья 94 Гражданского кодекса РК).

Между тем, в целях повышения качества и обоснованности таких указаний, предлагаем предусмотреть **солидарную ответственность** основной организации за деятельность дочерней организаций.

Изложенное положение соответствует опыту зарубежных стран в данной сфере (к примеру, страны СНГ).

Касательно правового регулирования субъектов квазигосударственного сектора

6. На сегодняшний день государство участвует в рыночных отношениях через юридические лица, которые принадлежат ему полностью либо частично.

При этом одни и те же **юридические лица с участием государства** определяются **пятью различными дефинициями**:

1) субъекты квазигосударственного сектора (статья 3 Бюджетного кодекса РК, статьи 1 Законов РК «О государственном аудите и финансовом контроле», «Об энергосбережении и повышении энергоэффективности»);

2) государственные юридические лица (статья 1 Закона РК «О государственном имуществе»);

3) государственные организации (Трудовой, уголовный, лесной кодексы РК, Законы РК «О государственном аудите и финансовом контроле», «О противодействии коррупции», «О науке» и др.);

4) организации, приравненные к государственным (статья 8 Закона РК «О науке»);

5) государственные предприятия и организации, **более 50%** долей участия в уставных капиталах либо размещенных акций которых принадлежат государству (статья 17 Закона РК «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан», статья 2 Закона РК «О государственных закупках»). При этом не учитываются организации, где участие государства не превышает 50% (статьи 1 Законов РК «О концессиях», «О государственно-частном партнерстве»).

Отдельно необходимо отметить, что Гражданский кодекс РК предусматривает только государственные предприятия, АО и ТОО, то есть рассматривает все АО и ТОО как субъекты частного предпринимательства независимо от формы собственности.

Кроме того, государственные предприятия в одном и том же законе **обозначаются двумя понятиями**: государственные организации и субъекты квазигосударственного сектора (статьи 1, 8, 10 Закона РК «О противодействии коррупции»).

Аналогичным образом **юридические лица с участием государства** включены одновременно в число субъектов квазигосударственного сектора и доминантов или монополистов (*статья 6 Закона РК «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств»*).

Также в интересах юридических лиц с участием государства в отраслевых законах они исключены из круга лиц, к деятельности которых предъявляются жесткие требования.

Так, в Законе РК «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности» данные лица относятся к организациям публичного интереса и **исключаются из числа субъектов крупного предпринимательства** (*статьи 1, 2*), несмотря на то, что фактически являются таковыми (*пункт 6 статьи 24 Предпринимательского кодекса РК*).

В связи с этим полагаем необходимым провести ревизию законодательных актов на предмет исключения различной трактовки вышеуказанных организаций и приведения понятийного аппарата в единообразии в соответствии с их правовой природой.

При этом предлагается рассматривать деятельность субъектов квазигосударственного сектора в зависимости от собственников их имущества как:

- государственное предпринимательство, осуществляемое государственным предприятием;
- частное предпринимательство, осуществляемое юридическими лицами с прямым или косвенным участием государства, поскольку собственником их имущества являются сами юридические лица.

7. На сегодняшний день участие государства в предпринимательской деятельности частично ограничено (*пункт 1 статьи 192 Предпринимательского кодекса РК, статья 133 Закона РК «О государственном имуществе»*), однако такие случаи относятся не ко всем субъектам квазигосударственного сектора.

Также необходимо отметить, что принятый 22 апреля 2015 г. закон, направленный **на ограничение участия** государства в предпринимательской деятельности, не дал ожидаемых результатов.

Исчерпывающего перечня юридических лиц с участием государства по видам деятельности **не установлено**.

Те же, что имеются, применяются только в отношении АО и ТОО, более 50% акций (долей) которых принадлежат государству (*постановление Правительства РК от 28 декабря 2015 года № 1095 «Об утверждении перечня видов деятельности, осуществляемых юридическими лицами, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированными с ними лицами»*).

Данное обстоятельство негативно влияет на развитие конкуренции и создание благоприятных условий для субъектов частного предпринимательства в целом.

Вместе с тем зарубежный опыт показывает, что участие государства в предпринимательской деятельности не превышает 10%, или оно практически не принимает участия в нем (США и др.).

В этой связи полагаем целесообразным законодательно закрепить **2 списка по видам деятельности**, предусматривающие участие государства в предпринимательстве:

1 список - допускающий создание юридических лиц с **более 50% участия государства только** при отсутствии на соответствующем товарном рынке субъекта (субъектов) частного предпринимательства;

2 список – узкий, жесткий и допускающий создание юридических лиц с **менее 50% участия государства** при наличии на соответствующем товарном рынке субъекта (субъектов) частного предпринимательства.

8. На сегодняшний день отсутствует ответственность **членов совета директоров и исполнительного органа ТОО и АО** с участием государства при причинении ими вреда, повлекшего убытки предприятий.

Вместе с тем такая ответственность предусмотрена в отношении членов наблюдательного совета и руководителя исполнительного органа **государственного предприятия** (статьи 139, 148 Закона «О государственном имуществе»).

Данное обстоятельство приводит к тому, что указанные должностные лица принимают **необоснованные и неэффективные решения**, которые в свою очередь, влекут утрату государственных активов.

Передовой зарубежный опыт (Сингапур, Новая Зеландия, США, Великобритания и др.) решает изложенные вопросы путем привлечения к **персональной и коллективной ответственности** членов совета директоров и исполнительных органов.

В целях эффективного управления государственным имуществом полагаем необходимым внедрить **полную материальную ответственность** органов управления ТОО и АО с участием государства перед самим АО, ТОО и их участниками.

9. Действующие подходы по правовому регулированию АО и ТОО с участием государства отличаются от опыта зарубежных стран.

Так, в Казахстане деятельность таких юридических лиц регламентирована:

- Законом «О государственном имуществе», где предусмотрены определенные **преимущества для них**;

- Законами «Об АО» и «О ТОО и ТДО», которые распространяются на все АО и ТОО, **независимо от формы собственности с учетом особенностей**, предусмотренных Законом «О государственном имуществе».

В свою очередь, в зарубежных странах государство при участии в предпринимательской деятельности обязано **руководствоваться общим законодательством**, которое касается всех компаний.

В целях приведения к **единому подходу** регулирования всех субъектов предпринимательской деятельности, создаваемых в форме АО и ТОО, полагаем необходимым применение Законов «Об АО» и «О ТОО и ТДО» к ним, **без каких-либо исключений**.

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на февраль месяц 2017 года.

Справка

по результатам анализа Закона Республики Казахстан от 21 июля 2011 года № 469-IV «О специальных экономических зонах в Республике Казахстан»

РАЗДЕЛ I. СВЕДЕНИЯ О МОНИТОРИНГЕ ЗАКОНА

Показатель 1. Данные из паспорта по оценке социально-экономических последствий действия принимаемого закона

1. Общая информация:

1.1 Название закона: Закон Республики Казахстан от 21 июля 2011 года № 469-IV «О специальных экономических зонах в Республике Казахстан» (*далее - Закон*)

1.2 Цель закона: правовое регулирование общественных отношений, возникающих при создании, функционировании и упразднении специальных экономических зон на территории Республики Казахстан.

Согласно информации Единого координационного центра благодаря Государственной программе индустриально-инновационного развития Республики Казахстан за период реализации первой пятилетки в инфраструктуру СЭЗ было вложено в 2 раза больше государственных инвестиций, чем за предыдущие 9 лет – 148,3 миллиарда тенге. Это положительно сказалось на активности инвесторов: в проекты привлечено 375,5 млрд. тенге, что в 7,5 раз больше, чем за предыдущие 9 лет, объем производства вырос в 5,5 раз и составил 816 млрд. тенге, а количество рабочих мест – в 4,5 раз, обеспечив 9000 человек занятостью.²⁶

1.3 Предмет правового регулирования: специальные экономические зоны.

Нормы анализируемого Закона действуют на всей территории Республики Казахстан и распространяются на всех субъектов специальных экономических зон (*далее – СЭЗ*), включая органы управления СЭЗ, управляющие компании, Единый координационный центр (АО «Национальное агентство по экспорту и инвестициям «KAZNEX INVEST»), уполномоченный орган (Министерство по инвестициям и развитию Республики Казахстан), а также участников СЭЗ, потенциальных участников СЭЗ, лиц, осуществляющих вспомогательные виды деятельности.

Законом устанавливается компетенция Правительства Республики Казахстан, уполномоченного органа, местных исполнительных органов области, города республиканского значения, столицы в сфере создания, функционирования и упразднения СЭЗ.

Законом предусмотрен порядок создания СЭЗ, изменения границ и (или) площади территории СЭЗ, условия функционирования СЭЗ, прописаны

²⁶ Официальный сайт АО «Национальное агентство по экспорту и инвестициям «KAZNEX INVEST»: <http://www.kaznexinvest.kz> на 20 июня 2016г., время 12:53

требования к заявителям и лицам, претендующие на осуществление вспомогательных видов деятельности, установлен перечень необходимых документов для получения заявителем статуса участника СЭЗ и лиц к осуществлению вспомогательных видов деятельности, указана процедура рассмотрения заявки заявителя. Также определена процедура лишения статуса участника СЭЗ. Кроме этого Законом урегулирован вопрос создания, финансирования и упразднения органов управления СЭЗ, полномочия органов управления, правовое положение и полномочия единого координационного центра, права и обязанности участников СЭЗ, правовой режим СЭЗ.

1.4 Отрасль законодательства:

Законодательство о государственном регулировании хозяйственной деятельности.

1.5 Соответствие стратегическим целям государства:

В Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» указана необходимость создания новой модели экономического роста, которая обеспечит глобальную конкурентоспособность страны. Первый приоритет такой модели заключается в ускоренной технологической модернизации экономики, в задачи которого входят развитие таких перспективных отраслей, как 3D-принтинг, онлайн-торговля, мобильный банкинг, цифровые сервисы, в том числе в здравоохранении и образовании, и другие, а также придание импульса развитию традиционных базовых отраслей.

Отмечаем, что во всех посланиях Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана немаловажное значение отводится экономике. Так, Послание Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 30 ноября 2015 года «Казахстан в новой глобальной реальности: рост, реформы, развитие» указывается необходимость восстановить такие темпы роста экономики, которые обеспечат вхождение Казахстана в тридцатку наиболее развитых стран мира: «Мы должны найти новые внутренние источники роста через раскрытие частной инициативы».

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции Закон соответствует пункту 3 статьи 61 Конституции о праве Парламента издавать законы, которые регулируют важнейшие общественные отношения, устанавливают основополагающие принципы и нормы. В Законе не обнаружено норм, противоречащих Конституции, а также норм, содержащих необоснованные ограничения прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц, каких-либо искажений смысла норм и положений Конституции Республики Казахстан.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

Закон соответствует международным обязательствам Республики Казахстан.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

Расхождений или противоречий между нормами Закона и нормами Конституционных законов не обнаружено.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан.

Проведенный анализ Закон показал отсутствие несоответствий с кодексами Республики Казахстан (см. Приложение).

Показатель 4. Наличие коллизий между нормами закона и нормами иных законов

Пункт 8 статьи 11. Процедура рассмотрения заявки на осуществление деятельности в качестве участника специальной экономической зоны:

«Орган управления специальной экономической зоны уведомляет органы государственных доходов о прекращении действия договора об осуществлении деятельности не позднее пяти рабочих дней со дня прекращения действия договора об осуществлении деятельности».

Между тем пункт 2 статьи 11-1 указывает:

«В течение двух рабочих дней со дня расторжения договора об осуществлении деятельности в одностороннем порядке орган управления специальной экономической зоны уведомляет об этом участника специальной экономической зоны, органы государственных доходов, уполномоченный орган, а также местные исполнительные органы области, города республиканского значения, столицы».

Необходимо сроки уведомления согласовать в целях единообразной практики применения Закона.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

В содержании Закона устаревшие нормы не обнаружены.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

Как и во многих иных сферах общественных отношений, деятельность СЭЗ регламентируется не только Законом, но и подзаконным НПА. Сопутствующими НПА к Закону стали 9 Указов Президента Республики Казахстан, 4 постановления Правительства Республики Казахстан, 14 приказов Министра и 1 постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан (см. Приложение).

Вместе с тем, осуществляя правовое регулирование, подзаконные НПА могут содержать недостатки, не позволяющие эффективно реализовать

задачи, поставленные перед Законом. Так, например в одном обращении, опубликованном на интернет-ресурсе «Электронное Правительство», указано:

«...Однако сырье, импортируемое нами и в дальнейшем используемое для изготовления конечной продукции такое как: 1. Ткань (Верхняя часть и накладка) код ТН ВЭД – 6406109000 2. Полиуретан (необходим для изготовления подошвы) код ТН ВЭД – 3815909000 3. Конечный продукт компании код ТН ВЭД – 6404199000 Не подпадает под исчерпывающий перечень товаров имеющих налоговые и таможенные преференции на территории специальной экономической зоны «ОНТУСТИК», что в свою очередь существенно удорожает их себестоимость. В связи с этим, производство данной продукции становится экономически не выгодным для нашего товарищества ...».

Из ответа государственного органа:

«...вопрос о включении указанных в обращении кодов ТН ВЭД будет рассмотрен при очередном внесении изменений в Постановление Правительства Республики Казахстан от 14 сентября 2012 года №1197»²⁷.

Из ответа государственного органа на другое обращение:

«Указом Президента Республики Казахстан от 7 июля 2015 года № 52 «О внесении изменений в Указ Президента Республики Казахстан от 29 ноября 2011 года № 187 «О создании специальной экономической зоны «Хоргос - Восточные ворота» МЦПС «Хоргос» выведен из состава специальной экономической зоны (далее - СЭЗ), в связи с возникновением правовых коллизий в рамках земельного, налогового, таможенного законодательства, препятствующих инвестиционной активности предпринимателей и затрудняющих обеспечение надлежащего функционирования МЦПС «Хоргос».²⁸

Отмечаем, что деятельность СЭЗ имеет определенные проблемы, на решение которых эксперты дают следующие рекомендации:

«Чтобы избежать минусов и вывести свободные экономические зоны в Казахстане на максимальную прибыль, специалисты предлагают несколько шагов:

внедрить практику долгосрочных заказов (госзаказ, технологические контракты с национальными компаниями, сквозные заказы между СЭЗ и участниками одной СЭЗ; консолидация заказов в разных СЭЗ на одну отрасль: например, оптом — на всю нефтехимическую область);

четкое управление поставками (например, «Сары-Арка» не может обеспечить металлопрокатом своих участников из-за сырьевого экспорта отраслевыми монополистами);

²⁷ Номер обращения 439102 Бектасов Т. от 20.05.2016 / Интернет-ресурс «Электронное Правительство – Открытое Правительство», вкладка «Открытый диалог» <https://dialog.egov.kz/blogs/all-questions/439102>

²⁸ Номер обращения 447674 Нурпеисов Е. от 25.10.2016 / Интернет-ресурс «Электронное Правительство – Открытое Правительство», вкладка «Открытый диалог» <https://dialog.egov.kz/blogs/all-questions/447674>

регулирование господдержки (создание карты роста участников СЭЗ, раздача преференций от государства по стадиям, в соответствии с уровнем прибыли и развития)»²⁹.

Другие выделяют следующие факторы успешного функционирования СЭЗ:

1. Минимальное количество вовлеченных органов: Многоуровневая система в получении разрешительных документов в процессе регистрации участника СЭЗ, оттягивает время начала строительства и реализация проекта в целом. Поэтому, для того, чтобы своевременно и быстро завершить регистрацию участника необходимо минимальное количество вовлеченных сторон в процесс получения согласований и утверждений.

2. Минимальное время, затраченное на получение согласований и утверждений, повышает привлекательность СЭЗ: Своевременное завершение всего процесса подтверждения с минимальными задержками на каждой стадии являются ключевыми факторами успеха для СЭЗ.

3. Гарантии долгосрочных инвестиций: Наличие государственной гарантии на долгосрочные инвестиции инвесторов.

4. Эффективный менеджмент: Наличие управленческой структуры (функции, методика) позволяющий оценивать проекты СЭЗ на привлекательность и соответствие со стратегией развития и дальнейшее управление этапами проектов.

5. Квалифицированный персонал: Наличие обученного персонала и центров повышение компетенций (технических, управленческих).

6. Месторасположение и инфраструктура СЭЗ: Наличие хорошей инфраструктуры как внутри, так и вне СЭЗ.³⁰

Необходимость долгосрочных заказов обозначена и в иных публикациях, например, на портале «Эксперт Казахстан»: «Не надо искать инвесторов, нужно реализовать механизм долгосрочного заказа в каждой СЭЗ. Инвесторы на реальные заказы придут сами, налоговые и таможенные преференции для них станут только дополнительными стимулами»³¹.

Помимо этого в статьях на тему развития СЭЗ проводится параллель между СЭЗ и индустриальными зонами: «Разделение целевого функционала между СЭЗ и ИЗ (*индустриальные зоны*), закрепленное в законодательстве, вроде бы очевидно. Однако на деле грань между ними истончается с каждым днем. Анализ систем управления 10 отечественных СЭЗ демонстрирует приоритет коммунального подхода — что для специальных, что для индустриальных зон. По сути, наши СЭЗ ничем не отличаются от стандартных индустриальных парков, находящихся в ведении акиматов. ... Местами ИЗ вообще «конкурируют» с СЭЗ. Так, акимат Алматы ведет малопонятную

²⁹ Бизнес без налогов: обзор специальных экономических зон Казахстана / Брэндон Ритц/ Интернет-ресурс «Заграница» <https://zagranitsa.com/> .

³⁰ Алгиев С. Развитие эффективной модели управления для специальных экономических зон Казахстана // Ежеквартальный научно-информационный журнал «Экономика и статистика» №3, 2014. – С. 4-14

³¹ Почему буксуют СЭЗ в Казахстане? / Турсынкан А. / Интернет-ресурс «Эксперт Казахстан» <http://expertonline.kz> от 20.05.2015

политику переманивания участников СЭЗ «Парк инновационных технологий» в новую индустриальную зону, созданную за Северным кольцом южной столицы. И несколько лет тянет со строительством инфраструктуры для второй очереди СЭЗ — и это при выделенных республиканским бюджетом средствах в достаточном объеме».³²

В литературных источниках также СЭЗ рассматриваются в рамках Таможенного союза, в связи с чем предложено: «шире использовать механизм СЭЗ для развития интеграционных процессов в рамках ТС. Это сотрудничество, в частности, может предусматривать создание постоянно действующего инвестиционного форума стран Таможенного союза и ЕАЭС для участия в реализации государственных программ в области развития СЭЗ стран-членов ТС, налаживания конструктивного диалога между предпринимателями и государственными структурами и представление интересов участников СЭЗ в каждой из стран ТС и за его пределами и для информационных целей».³³

Помимо этого, со ссылкой на председателя Ассоциации предпринимателей экономических зон, Э. Шаймарденову, отмечается проблема правовой базы: «само законодательство меняется слишком часто, что не позволяет бизнесменам просчитать свои затраты и прибыль на прогнозируемое будущее. Например, НДС – самый запутанный налог для участников СЭЗ, потому что нулевая ставка действует только при покупке участником необходимых товаров. При продаже НДС платит покупатель. Если использовать схемы, указанные в Налоговом кодексе, возникает разница между двумя видами НДС – зачетным и начисленным, которую предприятие платит государству».³⁴

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Дублирующие нормы в рамках Закона отсутствуют.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. Подпункт 15) статьи 1 Основные понятия, используемые в настоящем Законе:

*«В настоящем Законе используются следующие основные понятия:
экспертный совет – межведомственный консультативно-совещательный орган, создаваемый уполномоченным органом для*

³² Почему буксуют СЭЗ в Казахстане? / Турсынкан А. / Интернет-ресурс «Эксперт Казахстан» <http://expertonline.kz> от 20.05.2015

³³ Рапиев А.А., Кравчук В.И. СЭЗ в Казахстане как фактор развития интеграционных процессов в ТС // Электронный научный журнал «Управление экономическими системами» / журнал включен в перечень ВАК / публикация от 23.07.15

³⁴ Токсанова, А Умурзакова С. СЭЗ «Астана – новый город»: преимущества и недостатки // Интернет-ресурс g-global от 20.02.2015 <http://group-global.org> со ссылкой на официальный сайт газеты Караван <http://www.caravan.kz>

*рассмотрения вопроса целесообразности создания или упразднения специальной экономической зоны».*³⁵

Учитывая роль и значение работы экспертного совета, полагаем целесообразным наличие в Законе **требований к членам экспертного совета**. В настоящий момент Закон не определяет минимальные требования, которым должен соответствовать эксперт. Единственная оговорка по составу экспертного совета содержится в пункте 2 статьи 7 Закона «состав экспертного совета утверждается с учетом особенности вида деятельности создаваемой специальной экономической зоны».

Справочно:

Согласно статье 11 Закона «О правовой основе и механизмах создания, управления и координации специальных экономических зон Филиппин» Генеральный директор ведомства по управлению экономическими зонами должен быть не менее сорока (40) лет, доказанной честной и добросовестной службы, а также обладателем степени в любой из следующих областей: экономика, бизнес, государственное управление, право, менеджмент или их эквивалент, и, по меньшей мере, десять (10) лет соответствующего опыта работы, предпочтительно в области менеджмента или государственного управления.

2. Статья 3. Цели создания специальной экономической зоны:

«Специальная экономическая зона создается в целях ускоренного развития современных высокопроизводительных, конкурентоспособных производств, привлечения инвестиций, новых технологий в отрасли экономики и регионы, а также повышения занятости населения».

Однако создание СЭЗ может ставить своей целью формирование туристско-рекреационной базы. Задача СЭЗ в этом случае - развитие и оказание услуг в сфере туризма, в частности туристской деятельности, лечебно-оздоровительных санаториев, деятельности по организации лечения и профилактике заболеваний.

В этой связи следует упомянуть создание СЭЗ «Бурабай». Указом Президента Республики Казахстан от 15 января 2008 года № 512 была создана СЭЗ «Бурабай» на период до 1 декабря 2017 года.

Указом Президента определены следующие цели:

1) развитие высокоэффективной, конкурентоспособной туристской инфраструктуры, способной обеспечить и удовлетворить потребности прибывающих казахстанских и зарубежных туристов; создания базы для использования экологически чистого транспорта, в том числе малой авиации, с целью обеспечения доступа ко всем объектам отдыха; создания единой информационной базы для обслуживания туристов;

2) создание благоприятного инвестиционного климата, привлечения отечественных и зарубежных инвестиций для реализации инвестиционных проектов, а также решения социальных проблем.

³⁵ пп.9) ст.1 ЗРК «Об информатизации», пп.12-3) ст. 3 ЗРК «О естественных монополиях и регулируемых рынках», п.1 ст. 64 ПК РК, ст.33 ЭК РК содержат определения понятия «экспертный совет».

Так как создание туристско-рекреационных зон может производиться через создание СЭЗ, полагаем целесообразным в статье 3 Закона определить в качестве цели создания СЭЗ развитие туризма.

Вместе с этим важность определения целей СЭЗ указывается в научных источниках: «Необходимо, чтобы при создании свободных экономических зон цели были четко обозначены, так как они определяют выбор системы льгот, предоставляемых субъектам хозяйственной деятельности».³⁶

Справочно:

*Согласно статье 3 Федерального закона от 22.07.2005 N 116-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» особые экономические зоны создаются в целях развития обрабатывающих отраслей экономики, высокотехнологичных отраслей экономики, **развития туризма**, санаторно-курортной сферы, портовой и транспортной инфраструктур, разработки технологий и коммерциализации их результатов, производства новых видов продукции.*

3. Пункт 6 статьи 7. Порядок создания специальной экономической зоны, изменения границ и (или) площади территории специальной экономической зоны:

«Уполномоченный орган направляет технико-экономическое обоснование создаваемой специальной экономической зоны в заинтересованные государственные органы для проведения соответствующих экспертиз в соответствии с законодательством Республики Казахстан. Инвесторы могут проводить независимые экспертизы технико-экономического обоснования».

Для возможности проведения независимой экспертизы ТЭО, а также ознакомления с ТЭО любым заинтересованным лицом считаем целесообразным, в Законе установить обязанность уполномоченного органа **публиковать ТЭО** на своем интернет-ресурсе с указанием сроков предоставления результатов независимой экспертизы и других комментариев. Размещение всей подготовительной информации по созданию СЭЗ сделает процесс более открытым.

Эксперты отмечают: «Доступ к ТЭО и градостроительным проектам имеется у узкого круга разношерстных консультантов, но никак не у участников СЭЗ, кровно заинтересованных в этой информации»³⁷.

В целом можно сказать, что в качестве проблемы определена низкая информационная прозрачность бизнес-среды: «Это, прежде всего, недостаток информации о новых технологиях и возможных рынках сбыта принципиально нового продукта, а также сведений для частных инвесторов и кредитных организаций об объектах вложения капитала с потенциально высокой доходностью».³⁸

³⁶ Рапиев А.А., Кравчук В.И. СЭЗ в Казахстане как фактор развития интеграционных процессов в ТС // Электронный научный журнал «Управление экономическими системами» / журнал включен в перечень ВАК / публикация от 23.07.15

³⁷ Почему буксуют СЭЗ в Казахстане? / Турсынкан А. / Интернет-ресурс «Эксперт Казахстан» <http://expertonline.kz> от 20.05.2015

³⁸ Невматулина К.А. Приоритеты развития специальных экономических зон Республики Казахстан // Сетевой научно-практический журнал «Научный результат» №3. – 2015. – С. 58-65

Также из обращения участника СЭЗ «... Согласно Закону Республики Казахстан «О республиканском бюджете на 2017-2019 годы» по указанной бюджетной программе выделены бюджетные средства. Однако, не указано по каким проектам. В связи с чем, просим Вас предоставить информацию: 1. предусмотрено ли в 2017 году финансирование проекта «Первая очередь строительства инфраструктуры специальной экономической зоны Павлодар» (1 этап). Очистное сооружение хозяйственно-бытовых стоков?»; 2. и если предусмотрено, то на какую сумму?». ³⁹

4. Пункт 1 статьи 11. Процедура рассмотрения заявки на осуществление деятельности в качестве участника специальной экономической зоны:

«1. При представлении заявителем заявки орган управления специальной экономической зоны:

1) регистрирует заявку в журнале регистрации заявок в день ее подачи;

2) проверяет полноту пакета представленных документов;».

Одновременно пункт 2 статьи 11 Закона определяет основания отказа в заключении договора: *«2. Орган управления специальной экономической зоны отказывает заявителю в заключении договора об осуществлении деятельности в случаях несоответствия заявленного вида деятельности приоритетным видам деятельности, критериям отбора проектов заявителей и (или) представленных документов требованиям, установленным пунктами 2 и 3 статьи 10 настоящего Закона».*

В свою очередь полагаем, возможна ситуация, при которой заявитель предоставит неполный перечень документов для заключения договора (Статья 10 Закона перечисляет одиннадцать видов документов, которые должны быть представлены с заявкой). В этом случае при проверке полноты документов специалист органа управления должен отказать заявителю в приеме документов. При этом **отказ должен быть мотивированным и выдаваться немедленно**, вместе с возвращенной заявкой и прилагаемыми к ней материалами.

Справочно:

Согласно пункту 7 статьи 13 Федерального закона от 22.07.2005 N 116-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» отказ в рассмотрении заявки на заключение соглашения об осуществлении деятельности допускается только в случае:

1) непредставления лицом документов, указанных в частях 1 и 2 статьи;

2) отсутствия в границах особой экономической зоны государственного и (или) муниципального имущества, которое может быть передано во владение и (или) в пользование заявителю и которое соответствует условиям такой заявки;

3) отсутствия в границах особой экономической зоны свободного земельного участка, соответствующего условиям, указанным в такой заявке;

³⁹ Номер обращения 451438 Байдуллаев Н. от 27.12.2016/ Интернет-ресурс «Электронное Правительство – Открытое Правительство», вкладка «Открытый диалог» <https://dialog.egov.kz/blogs/all-questions/451438>

4) несоответствия предполагаемой деятельности заявителя видам деятельности, осуществление которых разрешено в особой экономической зоне;

5) несоответствия предполагаемого объема капитальных вложений требованиям, установленным частями 3 и 4 статьи 12 Федерального закона.

Учитывая основания отказа, определенные Федеральным законом, можно сделать вывод о том, что пункт 2 статьи 11 Закона содержит неполный перечень оснований отказа.

5. Пункт 7 статьи 11. Процедура рассмотрения заявки на осуществление деятельности в качестве участника специальной экономической зоны:

«7. На основании заключенного договора об осуществлении деятельности участник специальной экономической зоны прекращает деятельность своих обособленных структурных подразделений за пределами специальной экономической зоны».

Прекращение деятельности структурных подразделений юридического лица возможно через снятие их с учетной регистрации. В свою очередь открытие и закрытие филиалов и представительств может быть трудоемким процессом.

В этой связи в целях упрощения процедуры выполнения участниками СЭЗ требований Закона предлагаем рассмотреть вопрос по исключению обязательного требования по закрытию участниками СЭЗ структурных подразделений, находящихся вне СЭЗ, с заменой на приостановление их работы на время деятельности компании на территории СЭЗ.

В этой связи обратим внимание на следующие оценки специалистов:

Выводом данного анализа и отзывов, полученных при встречах с участниками и потенциальными инвесторами, можно сказать, что каждый шаг в процессе регистрации занимает много времени. Примерное время для заключения инвестиционного соглашения и предоставления земли для участника составляет около 1-2 месяцев.⁴⁰

Кроме того, при предоставлении земельных участков во временное возмездное землепользование (аренда) отмечается долговременность процедуры их оформления, что, в свою очередь, сдерживает бесперебойную реализацию производственных проектов. По данным Управления земельных отношений по состоянию на 1 полугодие 2015 года из 55 объектов, получивших положительное решение Координационного совета на аренду земельных участков, 17 находятся на стадии оформления.⁴¹

В системе функционирования отечественных СЭЗ остаются такие проблемы, как долгие сроки выделения земельных участков (до года), незавершенность объектов базовой инфраструктуры, механизмы применения

⁴⁰ Алгиев С. Развитие эффективной модели управления для специальных экономических зон Казахстана // Ежеквартальный научно-информационный журнал «Экономика и статистика» №3. - 2014. – С. 4-14

⁴¹ Байдаулетова А. Оценка эффективности привлеченных инвестиций на территорию специальной экономической зоны «Астана – новый город» // журнал «Мемлекеттік аудит - Государственный аудит» № 3 (28). – 2015 со ссылкой на данные Управления земельных отношений города Астана

льгот, сопровождаемые излишней бюрократией и административными барьерами, недобросовестные участники. Возможно, назрела необходимость расширить специализацию СЭЗ, так как невозможно предугадать все тренды на ближайшие 25 лет.⁴²

Необходимо улучшить бизнес-процессы, устранить барьеры для инвесторов. Они вкладывают много средств в свои проекты, но взамен им необходима гарантия, защита инвестиций и поддержка. Несмотря на то, что в Казахстане совершенствуют законодательство, тем не менее до сих пор остаются моменты, которые создают проблемы.⁴³

Из обращений граждан: «Филиал АО «Сембол Улусларарасы Ятырым Тарым Туризм Пейзаж Иншаат Санайи ве Тиджарет Аноним Ширкети» в г. Астана, является одним из лидеров в области застройки и благоустройства на территории СЭЗ «Астана - новый город». В списке объектов построенных на территории СЭЗ «Астана - новый город» такие как: Дворец Мира и Согласия (Пирамида), Дворец Независимости (Новый Конгресс Холл), Университет Н. Назарбаева, новый стадион на 30000 мест, конькобежный стадион «Алау», ТРЦ «Хан-Шатыр», Президент Отель «Риксос», и практически все объекты открывались нашим президентом Н.А. Назарбаевым! Текущие проекты Телерадиокомплекс (Медиа Центр), Мечеть Хазрет Султан на 5 тысяч мест, капитальное строительство 5 учебных корпусов Национального Университета Оборона, Национальная Библиотека! А теперь у нас такая ситуация: нас и подрядные организации НЕ включили в список участников СЭЗ??? И теперь мы не можем завозить, вывозить ТМЦ, и соответственно работать в нормальном режиме на наших объектах. Не знаю, чья эта вина?! Высылаю Вам ссылку на список участников СЭЗ, к глубокому сожалению нашей компании в этом списке не оказалось».

Из ответа государственного органа: «Филиал не может осуществлять свою деятельность на территории СЭЗ «Астана - новый город», в том числе вспомогательные виды деятельности. Кроме того, в соответствии с пунктом 7 статьи 11 вышеуказанного Закона, участник СЭЗ на основании заключенного договора об осуществлении деятельности, прекращает деятельность своих обособленных структурных подразделений за пределами СЭЗ. В связи с чем, участник СЭЗ не может осуществлять свою деятельность за пределами специальной экономической зоны».⁴⁴

Другое обращение участника СЭЗ:

«В соответствии с пунктом 3) выше следует, что участник СЭЗ вправе осуществлять иные виды деятельности, помимо приоритетных, если доля совокупного годового дохода от такой деятельности не превышает 10

⁴² Горбунов С., Кульмагамбетов Р., Муканова А., Тё М., Рыжкова Н., Калымов А., Турысбекова А. Специальные экономические зоны в режиме «перезагрузки» / Интернет-ресурс Kazpravda / <http://www.kazpravda.kz>. - публикация от 25.01.2017

⁴³ СЭЗ не достигнут успеха за один день /Уилфред Буун Хиан Лоо/Интернет- ресурс Export.gov.kz <http://export.gov.kz>. – опубликовано 27.04.2015

⁴⁴ Номер обращения 124828 Бахытгали от 10.02.2012 / Интернет-ресурс «Электронное Правительство – Открытое Правительство», вкладка «Открытый диалог» <https://dialog.egov.kz/blogs/all-questions/75665>

процентов. Вместе с тем, законодательство РК не содержит требований о том, что иные виды деятельности должны осуществляться участником СЭЗ исключительно на территории СЭЗ. В этой связи, просим Вас дать разъяснение, разрешено ли осуществление участником СЭЗ иных видов деятельности вне территории СЭЗ при соблюдении требований, указанных в статье 150 НК РК.»

Ответ государственного органа: «Кроме того, согласно пункту 7 статьи 11 Закона на основании заключенного договора об осуществлении деятельности участник СЭЗ прекращает деятельность своих обособленных структурных подразделений за пределами СЭЗ.

Таким образом, участник СЭЗ не может иметь обособленные структурные подразделения вне территории СЭЗ и соответственно осуществлять приоритетные виды деятельности вне территории СЭЗ».⁴⁵

6. Пункт 3 статьи 14. Основание и процедура допуска лиц к осуществлению вспомогательного вида деятельности:

«3. В случае несоответствия представленных документов перечню документов, утвержденному уполномоченным органом, орган управления специальной экономической зоны возвращает заявку в течение трех рабочих дней со дня регистрации заявки. Возвращение заявки не лишает лицо права обратиться с повторной заявкой после устранения допущенных недостатков».

Рекомендуем определить за органом управления СЭЗ обязанность по предоставлению **мотивированного и обоснованного ответа в бумажном/электронном виде**. Не должно возникать ситуации, когда отказ производится в устном порядке.

7. Признавая существующие недостатки, нужно сказать, что предусмотреть все случаи допустимого и необходимого правового регулирования только лишь законодательно (в рамках закона) в нынешних условиях не представляется возможным в силу многообразия общественных отношений, их стремительного видоизменения.⁴⁶

Между тем в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858, указывается необходимость расширения практики принятия законов прямого действия в рамках круга вопросов, по которым в соответствии с Конституцией могут приниматься законодательные акты.

В этой связи полагаем целесообразным проработать вопрос по включению в содержание Закона отдельных положений, которые регулируются в настоящий момент на подзаконном уровне. В частности, по

⁴⁵ Ответ Министра по инвестициям и развитию РК от 23 сентября 2015 года на вопрос от 15 сентября 2015 года № 300762 (e.gov.kz) Обращение Базылбекова Р. от 15 сентября 2015 №300762 // Источник ИПС Параграф http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32507366&#pos=1;-125

⁴⁶ Злобин, А.В. Подзаконные нормативные правовые акты как форма современного российского законодательства (вопросы теории): автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. - Саратов, 2013. - 26 с.

подпункту 8) статьи 5 Закона к компетенции уполномоченного органа относится утверждение требований к технико-экономическому обоснованию создаваемой специальной экономической зоны. После утверждения требований к ТЭО приказом и.о. Министра индустрии и новых технологий Республики Казахстан от 16 сентября 2011 года № 326, изменения в требования не вносились.

В работах, посвященных деятельности СЭЗ, указана проблема отсылочных норм Закона: «Не остались в стороне и независимые эксперты. Они, в свою очередь, выделили неопределенные формулировки и отсылочные нормы нового закона. Например, фраза «устанавливается настоящим Законом и иными законами РК», какими статьями, почему инвестор должен изучать казахское национальное законодательство. Кроме того внес сумятицу и Таможенный Кодекс Таможенного Союза, к которому также отправляют разработчики обновленного закона. Хотя все специалисты сходятся в одном мнении - правила должны быть просты, доступны и ясны каждому участнику процесса»⁴⁷.

8. По пункту 5 приказа и.о. Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 31 декабря 2015 года № 1293 «Об утверждении правил и критериев отбора проектов» соответствие основным критериям является необходимым условием заключения договора об осуществлении деятельности. Также по пункту 6 при соответствии заявленного вида деятельности приоритетным видам деятельности, Критериям отбора проектов заявителей орган управления СЭЗ в течение десяти рабочих дней заключает договор об осуществлении деятельности.

Таким образом, заключение договора в полной мере зависит от соответствия деятельности участника СЭЗ приоритетным видам деятельности, а значит, изменение деятельности лица должно повлечь пересмотр договора.

Положения об изменениях и дополнениях в договор установлены в пункте 43 типовых договоров:

«Изменения и (или) дополнения в настоящий Договор вносятся в любое время по взаимному письменному согласию Сторон и оформляются письменно, в виде дополнительного соглашения, который является неотъемлемой частью настоящего Договора.»

Об изменениях и (или) дополнениях в настоящий Договор, связанных с ведением реестра участников СЭЗ, Орган управления информирует уполномоченный орган в течение 2 (двух) рабочих дней со дня внесения изменений и дополнений».

Между тем пункт 43 не обязывает участника СЭЗ инициировать внесение изменений в договор и не определяет основания инициирования изменений. В этой связи полагаем целесообразным установить в

⁴⁷ Казахстан: свободная экономическая зона «Актау»// Журнал Евразийского Экономического Союза «Партнер ЕАЭС» <http://eurasmedia.ru>. - публикация от 30.12.2015

законодательстве основания внесения предложений по изменению договора участником СЭЗ.

Обратим внимание на ответ уполномоченного органа на обращение участника СЭЗ: «...Вместе с тем, необходимо заключение дополнительного соглашения к Договору об осуществлении деятельности в качестве участника специальной экономической зоны между управляющей компанией и участником специальной экономической зоны от 31 декабря 2011 года, предусматривающего отнесение производства обуви к приоритетным видам деятельности ТОО «Qazaq Standart Service».⁴⁸

Справочно:

Обратим внимание на положения пункта 1 статьи 18 Федерального закона от 22.07.2005 N 116-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» статья 18, которого регламентирует процедуру изменений условий соглашения об осуществлении деятельности, который гласит:

*«1. В случае, если резидент особой экономической зоны намерен изменить условия соглашения об осуществлении деятельности, связанные с **изменением бизнес-плана**, он представляет в уполномоченный Правительством Российской Федерации федеральный орган исполнительной власти либо орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации в случае передачи ему полномочий, предусмотренных пунктом 5.1 части 1 статьи 8 настоящего Федерального закона, заявление, а также бизнес-план, "форма" которого устанавливается уполномоченным Правительством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти».*

9. Подпункт 2) пункта 46 типовых договоров об осуществлении деятельности в качестве участника СЭЗ, утвержденных приказом Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 27 февраля 2015 года № 223 (далее - типовые договора):

«Орган управления в одностороннем порядке расторгает с участником СЭЗ действие настоящего Договора в следующих случаях:

при передаче участником СЭЗ прав и обязательств по договору иным лицам, без разрешения Органа управления».

Данный пункт договора предполагает возможность передачи участником СЭЗ прав и обязанностей по договору.

При этом п. 12 типовых договоров, посвященные передачи прав и обязанностей, имеет следующую редакцию:

«30. Участник СЭЗ распоряжается принадлежащим ему имуществом и бизнесом на территории СЭЗ по своему усмотрению.

31. При передаче Участником СЭЗ прав владения, пользования и (или) распоряжения товарами, помещенными под таможенную процедуру свободной таможенной зоны, другому юридическому лицу действие таможенной процедуры свободной таможенной зоны должно быть завершено в порядке и на условиях, установленных таможенным законодательством Таможенного союза и Республики Казахстан.

32. В случаях предусмотренных законодательством Республики Казахстан, государство имеет приоритетное право выкупа по рыночной

⁴⁸ Номер обращения 439102 Бектасова Т. от 20.05.2016 / Интернет-ресурс «Электронное Правительство – Открытое Правительство», вкладка «Открытый диалог» <https://dialog.egov.kz/blogs/all-questions/439102>

цене в государственную собственность отчуждаемые активы Участника СЭЗ.».

Следовательно, ни законом, ни типовыми договорами не предусмотрены порядок, сроки и основания получения разрешения на передачу участником своих прав и обязанностей.

10. Согласно пункту 1 статьи 45 Гражданского кодекса Республики Казахстан *реорганизация юридического лица (слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование) производится по решению собственника его имущества или уполномоченного собственником органа, учредителей (участников), а также органа, уполномоченного учредительными документами юридического лица, либо по решению судебных органов в случаях, предусмотренных законодательными актами Республики Казахстан. Законодательством Республики Казахстан могут быть предусмотрены и другие формы реорганизации.*

Между тем Закон не раскрывает вопросы правоприметства участников СЭЗ при их реорганизации.

Справочно:

Статья 21 Закона Республики Беларусь «О свободных экономических зонах» от 7 декабря 1998 г. № 213-З указывает:

*«Сохранение или переход статуса резидента свободной экономической зоны при реорганизации юридического лица, зарегистрированного в качестве резидента свободной экономической зоны, допускаются при его реорганизации лишь в форме **присоединения** к нему, либо **выделения** из его состава одного или нескольких юридических лиц, либо его **преобразования**.*

При реорганизации юридического лица, зарегистрированного в качестве резидента свободной экономической зоны, в форме присоединения к нему либо выделения из его состава одного или нескольких юридических лиц статус резидента свободной экономической зоны сохраняется за реорганизованным юридическим лицом.

При реорганизации юридического лица, зарегистрированного в качестве резидента свободной экономической зоны, в форме преобразования статус резидента свободной экономической зоны переходит к вновь возникшему юридическому лицу с момента государственной регистрации вновь возникшего юридического лица».

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Были выявлены следующие отсылочные нормы: пункт 1 статьи 2, подпункт 9) статьи 4, подпункт 4) пункта 1 статьи 6, подпункт 5) пункта 1 статьи 6, пункты 1, 2, 5, 9 статьи 7, пункты 2, 3 и 4 статьи 8, пункт 2 статьи 9, пункт 3 статьи 16, пункты 2 и 6 статьи 17, статья 18, статья 18-1, пункт 1 статьи 20, пункты 1 и 3 статьи 22, пункты 1 и 2 статьи 23, статья 24, статья 25, пункты 2 и 4 статьи 26, статья 27, пункты 1, 2, 3 статьи 29, статья 29-1, статья 30. Также в Законе встречаются бланкетные нормы: пункт 7 статьи 8, пункт 3 статьи 10, пункт 2 статьи 11, пункт 1 статьи 19, статья 21, пункт 6 статьи 32.

Закон содержит допустимое число отсылочных и бланкетных норм. Применение отсылочных и бланкетных норм является оправданным и не

противоречит статье 62 Конституции Республики Казахстан и требованиям Закона Республики Казахстан «О правовых актах».

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

По пункту 1 статьи 11-1 Закона орган управления специальной экономической зоны *вправе расторгнуть* в одностороннем порядке договор об осуществлении деятельности в случае неисполнения участником специальной экономической зоны обязательств, определенных договором об осуществлении деятельности. При выявлении неисполнения участником специальной экономической зоны обязательств составляются соответствующие акты, устанавливаемые уполномоченным органом.

Определение компетенции уполномоченного лица через категорию «вправе» позволяет правоприменителю толковать норму как возможность использовать свое право по расторжению договора, а не обязанность. То есть даже в случае, когда участником СЭЗ не исполняются условия договора, орган управления может и не использовать свое право на расторжение договора с участником.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона

Подпункт 10) статьи 18. Функции органа управления специальной экономической зоны:

«К функциям органа управления специальной экономической зоны относятся:

10) мониторинг выполнения условий договоров об осуществлении деятельности;».

Подпункт 4) статьи 18-2. Полномочия единого координационного центра:

«К полномочиям единого координационного центра относятся: мониторинг выполнения условий договоров об осуществлении деятельности;».

Подпункт 4-2) пункта 1 статьи 6. Компетенция местных исполнительных органов области, города республиканского значения, столицы:

«1. К компетенции местных исполнительных органов области, города республиканского значения, столицы относятся:

4-2) осуществление мониторинга за выполнением условий договоров об осуществлении деятельности, а также анализ данных мониторинга;».

Таким образом, одна функция по мониторингу установлена одновременно за несколькими субъектами. Вместе с тем считаем, что ни дублирование функций органов по мониторингу повышает эффективность работы СЭЗ, а четкий регламентированный порядок его осуществления. Вместе с тем в Законе не определен порядок проведения мониторинга, уведомления участников о проведении мониторинга, а также сроки, периодичность проведения мониторинга. Кроме того должен проводиться

открытый анализ данных мониторинга. В свою очередь, в Законе отсутствует обязанность по публикации результатов мониторинга на интернет-ресурсах и т.д. Полагаем, что целесообразно осуществлять не только анализ деятельности участников СЭЗ, но и качество выполнения функций органами управления СЭЗ.

В данном случае обратим внимание на интервью, опубликованном на интернет-портале Капитал, где эксперт указывает: «Одна из важных задач – способствовать созданию простых и понятных правил игры для инвесторов, желающих работать в СЭЗ. Важно понимать, что Единый корпоративный центр будет способствовать развитию органов управления СЭЗ и никоим образом не дублировать контролирующие функции государственных органов».⁴⁹

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на февраль месяц 2017 года.

⁴⁹ СЭЗ не достигнут успеха за один день / О факторах, сдерживающих развитие казахстанских СЭЗ, рассказал Уилфред Буун Хиан Лоо/ Интервью Куатовой Д. / Интернет-ресурс Центр деловой информации «Капитал» <https://kapital.kz> - дата публикации 26.09.2014

**Дополнение к Справке по результатам анализа Закона
Республики Казахстан от 21 июля 2011 года № 469-IV «О специальных
экономических зонах в Республике Казахстан»**

В рамках дополнительного правового мониторинга Закона «О специальных экономических зонах в Республике Казахстан» (далее – Закон) были выявлены следующие недостатки и предложены рекомендации по их устранению:

1. В настоящий момент решение о создании специальной экономической зоны (далее – СЭЗ) **принимается Президентом** Республики Казахстан (пункт 8 статьи 7 Закона). Помимо этого Положение о СЭЗ и целевые индикаторы ее функционирования также **утверждаются Президентом**. Например, СЭЗ «Бурабай» создана Указом Президента Республики Казахстан от 15 января 2008 года № 512, СЭЗ «Павлодар» - Указом Президента Республики Казахстан от 29 ноября 2011 года № 186, СЭЗ «Морпорт Актау» - Указом Президента Республики Казахстан от 26 апреля 2002 года № 853 и т.д.

Вместе с тем полномочием по разработке основных направлений **социально-экономической политики государства** наделено Правительство (статья 66 Конституции). Кроме того последняя конституционная реформа расширила полномочия Правительства в социально-экономической сфере. В этой связи полагаем целесообразным функции по созданию СЭЗ и утверждению положений о СЭЗ возложить на Правительство.

Данное предложение подтверждается зарубежным опытом. Так, обратим внимание на законодательство Российской Федерации и Республикой Узбекистан.

Справочно:

На территории данных государств созданы экономические зоны, которые по версии авторитетного издания fDi Intelligence входят в рейтинг лучших ОЭЗ мира⁵⁰: ОЭЗ «Липецк» (Липецкая область), ОЭЗ «Алабуга» (Республика Татарстан), СИЭЗ «Навои» (Республика Узбекистан).

Отмечаем, что если по статье 3 Закона Республики Узбекистан «О свободных экономических зонах» (далее – Закон Республики Узбекистан) СЭЗ создается решением Президента, то ее границы определяются **Кабинетом Министров**. Кроме того программа развития СЭЗ **утверждается Кабинетом Министров** (статья 10).

Аналогично по статье 6 Федерального закона от 22.07.2005 № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон) решение о создании особой экономической зоны (далее - ОЭЗ) принимается **Правительством**.

На основе изложенного предлагаем полномочие по созданию СЭЗ и утверждению ее Положения возложить на Правительство Республики Казахстан.

⁵⁰ 13 октября 2016 г. журнал группы The Financial Times опубликовал ежегодный рейтинг лучших ОЭЗ мира

2. Закон наделяет компетенцией в сфере госрегулирования функционирования СЭЗ **Правительство, уполномоченный орган**, а также **местные исполнительные органы**. При этом вопросы взаимодействия с госорганами осуществляет Единый координационный центр (*статья 18-2 Закона*).

Следовательно, координация и взаимодействие в сфере деятельности СЭЗ имеют ведомственную направленность. Такая система управления СЭЗ исключает возможность полноценного привлечения к координации СЭЗ негосударственного сектора.

При этом зарубежное законодательство предусматривает наличие коллегиальных органов. Например, административный совет СИЭЗ «Навои» является **коллегиальным органом**⁵¹. В Российской Федерации действует **наблюдательный совет ОЭЗ**, который проводит мероприятия по координации контроля, утверждения перспективных планов развития ОЭЗ и решает другие немаловажные вопросы.⁵²

Учитывая данный зарубежный опыт, рекомендуем в рамках Закона предусмотреть создание коллегиального органа по вопросам развития СЭЗ. В состав такого органа должны входить не только должностные лица госорганов, но и представители Национальной палаты предпринимателей, заинтересованных общественных организаций, эксперты и т.п.

3. Большая часть функций, направленных на развитие СЭЗ и взаимодействие с участниками СЭЗ, закреплена за органами управления СЭЗ (*19 функций*). Среди данных функций, такие как привлечение инвестиций, строительство объектов инфраструктуры, разработка плана развития и маркетинговой стратегии СЭЗ. Кроме того органы управления ответственны за обеспечение информационного сопровождения потенциальных участников СЭЗ (*статья 18 Закона*).

При этом орган управления СЭЗ может быть представлен управляющей компанией в форме АО, государственным учреждением местного исполнительного органа столицы или автономным кластерным фондом (*подпункт 2) статьи 1 Закона*).

Например, постановлением Правительства от 4 декабря 2012 года № 1531 создано АО «Управляющая компания СЭЗ «Парк инновационных технологий» со стопроцентным участием государства в его уставном капитале. В то же время органом управления СЭЗ «Астана-новый город» является акимат города Астаны. Можно отметить, что большая часть акции управляющих компаний находится в государственной собственности.

Следует указать, что наиболее привлекаемыми факторами, влияющими на решение принятия резидентства СЭЗ, являются не сколько налоговые и

⁵¹ Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан «О мерах по организации деятельности свободной индустриально-экономической зоны «Навои» (Собрание законодательства Республики Узбекистан, 2009 г., № 5, ст. 40)

⁵² Пункт 4 статьи 7 Федерального закона от 22.07.2005 № 116-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «Об особых экономических зонах в Российской Федерации»

таможенные преференции, а готовая и удобная инфраструктура. Вторым фактором привлекательности СЭЗ - «дружеское» и заинтересованное в совместной работе администрирование.

Полагаем, что привлечение частного сектора к управлению СЭЗ обеспечит высокую результативность данных задач. Так как основным фактором, непосредственно влияющим на эффективность, является зависимость прибыли компании от результатов ее работы, направленной на развитие и доходность СЭЗ. Следует отметить, что в Послании Главы государства «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» (31 января 2017 г.) указано: «Все, что может осуществляться частным сектором, нужно передать бизнесу».⁵³

В этой связи рекомендуем рассмотреть вопрос о возможности участия частного сектора в управлении СЭЗ.

4. В мировой практике сложились два подхода создания СЭЗ: территориальный и функциональный. Первый подход реализован в Казахстане. Так, СЭЗ представляет собой часть территории с **точно обозначенными границами, на которой действует специальный правовой режим СЭЗ** для осуществления приоритетных видов деятельности (статья 1 Закона).

Согласно территориальному подходу льготным режимом пользуются предприятия, расположенные на обособленной территории. В соответствии со вторым, функциональным подходом, преференции применяются к определенным видам предпринимательской деятельности вне зависимости от места их размещения. Территориальный подход в большей мере применим при решении проблемы развития какого-либо региона, а функциональный — при крупной перестройке структуры экономики. Функциональный подход более гибок, так как дает возможность создать так называемые «точечные зоны», представленные отдельными предприятиями. В силу этого он более удобен для инвесторов, так как не ограничивает их местоположением.⁵⁴

30 января 2017 года в своем заявлении Глава государства отметил, что одним из ключевых приоритетов Третьей модернизации станет ускоренное технологическое обновление экономики⁵⁵. В связи с чем в Послании Президента народу Казахстана поставлена задача культивировать новые индустрии с приданием импульса развитию традиционных базовых отраслей.⁵⁶

⁵³ http://www.akorda.kz/ru/speeches/internal_political_affairs/in_statements_and_congratulations/zayavlenie-glavy-gosudarstva-po-ezhegodnomu-poslaniyu-narodu-kazahstana

⁵⁴ Интернет-портал Центр управления финансами <http://center-yf.ru/data/economy/Specialnye-ekonomicheskie-zony-v-Rossii.php>

⁵⁵ http://www.akorda.kz/ru/speeches/internal_political_affairs/in_statements_and_congratulations/zayavlenie-glavy-gosudarstva-po-ezhegodnomu-poslaniyu-narodu-kazahstana

⁵⁶ Послание Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» (31 января 2017г.) http://www.akorda.kz/ru/speeches/internal_political_affairs/in_statements_and_congratulations/zayavlenie-glavy-gosudarstva-po-ezhegodnomu-poslaniyu-narodu-kazahstana

С учетом поставленных в Послании задач, предлагаем рассмотреть вопрос перехода на функциональный подход создания СЭЗ. Полагаем, что использование функционального подхода предполагает разработку долгосрочной государственной стратегии развития зон, которая должна взаимоувязывать развитие СЭЗ с развитием экономики регионов страны.

5. Потенциальный участник СЭЗ должен обладать финансовым обеспечением в размере, соответствующем технико-экономическому обоснованию (Статья 9 Закона).

Вместе с тем зарубежный опыт показывает наличие в законодательстве обязательств по вложению участниками СЭЗ определенного количества финансовых средств в производство. Так, чтобы стать резидентом ОЭЗ «Алабуга», компания должна **инвестировать** в свои производственные фонды, расположенные в ОЭЗ, не менее 10 млн евро, в том числе в первый год развития не менее 1 млн. евро.⁵⁷

Предприниматели, действующие на территории ОЭЗ Польши, пользуются налоговыми льготами при условии превышения **минимального порога инвестиций** (от 350 тыс. до 2 млн. евро) или минимального уровня занятости (от 40 до 100 человек). Так, освобождение от налогов ОЭЗ «Катовицкая»⁵⁸ возможно при инвестициях свыше 2 000 тыс. евро, или при обеспечении занятости свыше 100 человек.⁵⁹

Налоговые льготы в СИЭЗ «Навои» предоставляются **при объеме внесенных прямых инвестиций:**

- от 3 млн. евро до 10 млн. евро – сроком на 7 лет;
- от 10 млн. евро до 30 млн. евро – сроком на 10 лет;
- свыше 30 млн. евро – сроком на 15 лет.⁶⁰

Таким образом, предоставление преференций неодинаково для всех участников экономических зон. Дифференциация льготного режима зависит от срока и объемов инвестиций, а также приоритетности осуществляемого хозяйствующим субъектом проекта для экономики. Основываясь на зарубежном опыте, предлагаем рассмотреть вопрос о предоставлении преференций в зависимости от суммы инвестирования участников СЭЗ.

Справочно:

Другим подходом к предоставлению налоговых и таможенных преференций является кластерный подход (*предоставление льгот взаимосвязанных друг с другом предприятий одной линией производства*). В данном случае предоставляются наибольшие

⁵⁷ <http://www.rosez.ru/rosez/oez-alabuga-respublika-tatarstan/investoru-oez-alabuga/123-registraciya-rezidentov-v-oez-alabuga.html>

⁵⁸ ОЭЗ по данным журнала группы The Financial Times от 13 октября 2016 г. входит в рейтинг лучших ОЭЗ мира

⁵⁹ Портал развития межрегионального и международного делового сотрудничества http://www.poland.allbusiness.ru/content/document_r_F9F131C0-1116-4C30-A995-BDA33C4D4756.html

⁶⁰ Интернет-ресурс Агентства по информационному обеспечению и содействию иностранным инвестициям «Узинфоинвест» http://www.uzinfoinvest.uz/rus/investiionniy_putevoditel/biznes_rasxodi/nalogi_obyazatelnie_plateji/svobodnaya_industrialno_ekonomicheskaya_zona_navoi/

льготы предприятиям, входящие в один кластер. При этом финансирование создания инфраструктуры кластерного производства стимулирует добровольную самоорганизацию кластера. Мировой опыт показывает положительные результаты применения кластерного подхода: «Развитие СЭЗ в виде нескольких кластерных образований внутри зоны просматривается как новый экономический механизм развития на основе взаимовыгодного сотрудничества участников».⁶¹

6. Производственная деятельность участников СЭЗ предполагает необходимость получения различных лицензий и разрешений. Так, лицензированию подлежат отдельные виды деятельности в промышленности, экспорте и импорте, сельском хозяйстве, транспорте, обслуживании физических и юридических лиц и т.д. (*статья 28 Закона «О разрешениях и уведомлениях»*).

В целях повышения привлекательности СЭЗ предлагаем установить **упрощенный порядок лицензирования** и получения разрешений для участников СЭЗ. В данном случае органы управления СЭЗ должны быть наделены полномочием не только сопровождать участника, но и подтверждать соответствие заявителя квалификационным требованиям. При наличии письменного ходатайства органа управления СЭЗ разрешительные документы могут выдаваться в более короткие сроки и с требованием меньшего количества подтверждающих документов.

7. Обращаем внимание на тот факт, что зарубежное законодательство освобождает участников СЭЗ не только от уплаты земельных и таможенных налогов, налога на прибыль, но и транспортных налогов. Так, в отношении резидентов СИЭЗ «Навои» действует режим освобождения от уплаты **обязательных отчислений в Республиканский дорожный фонд**.⁶² Также для хозяйствующих субъектов ОЭЗ «Алабуга» действует **налог на транспорт в 0%**.⁶³ На территории ОЭЗ «Липецк» - **транспортный налог составляет 0 руб** на срок 10 лет с момента регистрации транспортного средства.⁶⁴ В этой связи предлагаем рассмотреть вопрос по освобождению участников СЭЗ от уплаты транспортного налога.

8. В случае неисполнения участником СЭЗ обязательств орган управления СЭЗ **вправе расторгнуть в одностороннем порядке договор** об осуществлении деятельности (*статья 11-1 Закона*).

В свою очередь считаем, что расторжение договора с участником СЭЗ целесообразно производить в судебном порядке. Судебный порядок

⁶¹ Баженова Юлия Викторовна. Мировой опыт применения кластерного подхода в развитии свободных экономических зон и российские перспективы : диссертация ... кандидата экономических наук : 08.00.14 [Место защиты: Дипломат. акад. МИД РФ].- Москва, 2009.- 156 с. // <http://www.dslib.net/economika-mira/mirovoj-opyt-primenenija-klaster-nogo-podhoda-v-razvitii-svobodnyh-jekonomicheskikh.html>

⁶² Интернет-ресурс Агентства по информационному обеспечению и содействию иностранным инвестициям «Узинфоинвест» http://www.uzinfoinvest.uz/rus/investiionniy-putevoditel/biznes_rasxodi/nalogi_obyazatelnie_plateji/svobodnaya_i-ndustrialno_ekonomicheskaya_zona_navoi/

⁶³ <http://alabuga.ru/ru/investors/>

⁶⁴ <http://admlip.ru/economy/>

дополнительно гарантирует хозяйствующим организациям их правовую защиту. Прекращение деятельности резидентов СЭЗ посредством обращения органа управления в суд предусмотрено в российском законодательстве. Так, в соответствии с пунктом 8 статьи 9 Федерального закона лишение лица статуса резидента ОЭЗ **допускается только в судебном порядке**. Аналогично статья 25 Закона Республики Узбекистан указывает право дирекции СЭЗ **обращаться в суд** о прекращении деятельности юридического или физического лица.

В этой связи целесообразно рассмотреть вопрос по исключению права органа управления в одностороннем порядке расторгать договор с участником СЭЗ, предусмотрев судебный порядок.

Справка
по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан
от 24 ноября 2015 года № 418-V «Об информатизации»

РАЗДЕЛ. СВЕДЕНИЯ О МОНИТОРИНГЕ ЗАКОНА

Показатель 1. Данные из паспорта по оценке социально-экономических последствий действия принимаемого закона

1. Общая информация:

1.2. Название закона: Закон РК «Об информатизации»

1.3. Цель закона: формирование и обеспечение развития информационно-коммуникационной инфраструктуры, создание условий для развития местного содержания в производстве товаров, работ и услуг в отрасли информационно-коммуникационных технологий для информационного обеспечения социального и экономического развития и конкурентоспособности Республики Казахстан.

1.4. Предмет правового регулирования: общественные отношения в сфере информатизации, возникающие на территории Республики Казахстан между государственными органами, физическими и юридическими лицами при создании, развитии, сопровождении, эксплуатации объектов информатизации, а также при государственной поддержке развития отрасли информационно-коммуникационных технологий.

При этом действие Закона не распространяется на:

1) содержание и способы распространения информации;
2) отношения, возникающие при осуществлении Национальным Банком РК и организациями, входящими в его структуру, работ по созданию или развитию интернет-ресурсов, информационных систем, не интегрируемых с объектами информационно-коммуникационной инфраструктуры «электронного правительства», а также при проведении закупок товаров, работ и услуг в сфере информатизации.

1.5. Отрасль законодательства: законодательство о государственном регулировании хозяйственной деятельности: 120.010.000 Связь, 120.014.000 Иное законодательство в области государственного регулирования хозяйственной деятельности (*постановление Правительства РК от 26 декабря 2002 года N 1378 «О Классификации отраслей законодательства Республики Казахстан»*).

2. Соответствие закона стратегическим целям государства:

В ежегодных посланиях Президента РК Н.А. Назарбаева народу Казахстана, а также иных программных документах неоднократно указывается о целесообразности развития информационных технологий, в том числе информатизации в республике.

Так, в Послании народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» в качестве основного приоритета в устойчивом продвижении Казахстана в число 30 передовых стран указана *ускоренная технологическая модернизация*

экономики. Глава государства отметил необходимость *культивировать новые индустрии, которые создаются с применением цифровых технологий, важность обеспечения развития коммуникаций, повсеместного доступа к оптоволоконной инфраструктуре*. В связи с этим Правительству было поручено разработать и принять отдельную программу «Цифровой Казахстан».

В Плане нации – 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ Главы государства указано о необходимости *внедрения «Открытого правительства»*, а также разработки закона о доступе к информации, который позволит сделать доступной любую информацию, находящуюся в распоряжении государственных органов, за исключением отнесенной к государственной тайне и иной информации, охраняемой законодательством.

Необходимо отметить, что 16 ноября 2015 года был принят Закон РК «О доступе к информации», регулирующий общественные отношения, возникающие в результате реализации конституционного права каждого свободно получать и распространять информацию любым не запрещенным законом способом.

Кроме того, в Плане нации предусмотрено обеспечение *онлайн-доступности статистических баз данных центральных государственных органов* путем публикации всей бюджетной и консолидированной финансовой отчетности, результатов внешнего финансового аудита, итогов оценки эффективности государственной политики, результатов общественной оценки качества государственных услуг, отчета об исполнении республиканского и местного бюджетов.

В Послании народу Казахстана от 14 декабря 2012 года «Стратегия «Казахстан-2050»: новый политический курс состоявшегося государства» указано, что *«государство должно стимулировать развитие транзитного потенциала в сфере информационных технологий. К 2030 году мы должны пропускать через Казахстан не менее 2-3% мировых информационных потоков»*.

В Послании народу Казахстана от 27 января 2012 года «Социально-экономическая модернизация – главный вектор развития Казахстана» отмечена необходимость *«развивать Электронное правительство. До конца 2012 года 60 процентов социально - значимых государственных услуг, в том числе все виды лицензий, должны предоставляться только в электронной форме. Начиная с 2013 года, все разрешительные документы от государства казахстанцы должны получать также в электронной форме или через Центры обслуживания населения»*.

Президент РК также указал на необходимость повышения компьютерной грамотности населения, в том числе за счёт различных стимулирующих программ.

Указом Президента Республики Казахстан от 8 января 2013 года №464 утверждена Государственная программа «Информационный Казахстан

– 2020», целью которой является создание условий для перехода к информационному обществу.

При этом ключевые задачи программы:

- обеспечение эффективности системы государственного управления;
- обеспечение доступности информационно-коммуникационной инфраструктуры;
- создание информационной среды для социально-экономического и культурного развития общества;
- развитие отечественного информационного пространства.

Кроме того, постановлением Правительства РК от 29 июля 1998 г. № 715 одобрена Концепция единого информационного пространства РК и мерах по ее реализации, согласно которой *интересы социально-экономического развития страны требует формирования и развития единого информационного пространства РК.*

Таким образом, анализируемый Закон соответствует стратегическим целям государства.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Статья 20 Конституции РК устанавливает право каждого на свободное получение и распространение информации любым, не запрещенным законом способом.

Кроме того, в соответствии с пунктом 3 статьи 18 Конституции РК государственные органы, общественные объединения, должностные лица и средства массовой информации обязаны обеспечить каждому гражданину возможность ознакомиться с затрагивающими его права и интересы документами, решениями и источниками информации.

Вместе с тем статья 16 Закона предусматривает право собственника объектов информатизации устанавливать режим и правила защиты и доступа к электронным информационным ресурсам, определять условия распоряжения электронными информационными ресурсами при их хранении, копировании и распространении, владения и пользования объектами информационно-коммуникационной инфраструктуры и др., что не корреспондируется с вышеуказанными конституционными нормами.

В этой связи полагаем, что Закон не соответствует вышеуказанным нормам Конституции РК.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

В сфере информационно-коммуникационных технологий Казахстан присоединился к следующим международным, в том числе двусторонним договорам:

1) Соглашение между правительствами государств-членов Шанхайской организации сотрудничества о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности (*ратифицировано Законом РК от 1 июня 2010 года № 286-IV*);

2) О международных договорах в области обеспечения функционирования Интегрированной информационной системы внешней и взаимной торговли таможенного союза (*Решение Комиссии таможенного союза от 18 июня 2010 года № 307*);

3) О подписании Соглашения между Агентством Республики Казахстан по информатизации и связи и Министерством информации и коммуникаций Республики Корея о сотрудничестве в области связи и информатизации (*постановление Правительства РК от 17 сентября 2004 года N 971*);

4) О Концепции взаимодействия государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступностью (*Решение Совета глав государств СНГ от 2.04.1999 г.*);

5) Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Организацией Объединенных Наций о целевом фонде технического сотрудничества (*ратифицировано Законом РК от 15 октября 2014 года № 242-V*) и др.

Также в 2014 году между Правительством Республики Казахстан и Департаментом по экономическим и социальным вопросам ООН было заключено соглашение, направленное на содействие усилению стратегий электронного правительства, принципов и действий государств-членов посредством обмена опытом и передовыми методиками в ходе Глобального форума «электронного правительства» ООН 2014.

Анализ положений данных международных актов свидетельствует о соответствии Закона международным обязательствам РК.

Необходимо отметить, что согласно официальным статистическим данным уполномоченного органа в сфере информатизации международными экспертами Организации Объединенных Наций, Международного союза электросвязи и Всемирного экономического форума (ВЭФ) отмечаются высокие темпы развития информационно-коммуникационных технологий в Казахстане.

Так, в отчете ООН по индексу развития «электронного правительства», опубликованном в начале июля 2014 года Казахстан занимает 28 место среди 193 стран мира. В отчете МСЭ «Измерение информационного общества» 2015 года по индексу развития ИКТ Казахстан занимает 58 место среди 167 стран мира. В глобальном отчете ВЭФ 2016 года по индексу сетевой готовности Казахстан занимает 39 место из 139 стран мира, в частности, по показателям «абоненты сотовой связи» – 6 место, «тарифы фиксированного широкополосного доступа к сети Интернет» – 20 место, «абоненты мобильного Интернета» – 46 место, по числу абонентов ШПД к сети Интернет – 59 место.

В глобальном отчете ВЭФ 2016 года по показателю «Развитие законодательства в области ИКТ» Казахстан занял 38 место, что на 10 позиций выше уровня 2015 года (48 место)⁶⁵.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

В целях выявления соответствия Закона нормам Конституционных законов РК были проанализированы следующие законодательные акты:

1) Конституционный закон РК от 26 декабря 1995 года N 2733 «О Президенте Республики Казахстан»;

2) Конституционный закон РК от 18 декабря 1995 г. N 2688 «О Правительстве Республики Казахстан».

Анализ данных актов свидетельствует о соответствии Закона РК «Об информатизации» нормам Конституционных законов РК.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан.

В целях выявления соответствия Закона нормам кодексов РК были проанализированы следующие законодательные акты:

1) Гражданский кодекс РК (Общая часть);

2) Уголовный кодекс РК;

3) Уголовно-процессуальный кодекс РК;

4) Гражданский кодекс РК (Особенная часть);

5) Гражданский процессуальный кодекс РК;

6) Кодекс РК об административных правонарушениях;

7) Бюджетный кодекс РК.

На основе проведенного анализа отмечаем следующее.

1. Согласно пункту 2 статьи 16 Закона РК «Об информатизации» собственник объектов информатизации обязан:

1) принимать меры по защите объектов информатизации;

2) распространять, предоставлять, ограничивать или запрещать доступ к электронным информационным ресурсам и объектам информационно-коммуникационной инфраструктуры в соответствии с Законом и иными законодательными актами РК;

3) осуществлять иные обязанности в соответствии с законами РК.

Между тем, пунктом 1 статьи 33 данного Закона предусмотрено, что основания возникновения, изменения и прекращения права собственности и иных имущественных прав на электронные информационные ресурсы устанавливаются гражданским законодательством РК.

В свою очередь, в соответствии с пунктом 3 статьи 188 Гражданского кодекса РК установлено право собственника по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, в том числе отчуждать это имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, свои полномочия по владению,

⁶⁵Интернет-ресурс: <http://mic.gov.kz/ru/pages/mezhdunarodnoe-sotrudnichestvo-2>

пользованию и распоряжению имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом.

Таким образом, полагаем, что положения Закона о праве собственности на объекты информатизации не согласуются с правилами о праве собственности, закрепленными в гражданском законодательстве.

Кроме того, остается неясным вопрос разграничения права собственности на электронные информационные ресурсы и электронные носители, которые являются материальными носителями, предназначенными для хранения информации в электронной форме, а также записи или ее воспроизведения с помощью технических средств.

В связи с вышеизложенным считаем необходимым пересмотреть положения Закона о праве собственности на объекты информатизации.

К аналогичному выводу приходят и некоторые ученые, которые полагают, что юридическая модель электронных информационных ресурсов как объекта права собственности является не вполне удачным концептуальным решением⁶⁶.

Показатель 4. Наличие коллизий между нормами закона и нормами иных законов

В целях выявления коллизий между нормами Закона и иных законов были проанализированы следующие законодательные акты РК:

- 1) Закон от 16 ноября 2015 года «О доступе к информации»;
- 2) Закон от 7 января 2003 года «Об электронном документе и электронной цифровой подписи»;
- 3) Закон от 12 января 2007 года «О национальных реестрах идентификационных номеров»;
- 4) Закон от 31 августа 1995 года «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан»;
- 5) Закон от 10 июня 1996 года «Об авторском праве и смежных правах»;
- 6) Закон от 23 июля 1999 года «О средствах массовой информации»;
- 7) Закон от 26 июля 1999 года «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»;
- 8) Закон от 27 ноября 2000 года «Об административных процедурах»;
- 9) Закон от 5 июля 2004 года «О связи»;
- 10) Закон от 9 ноября 2004 года «О техническом регулировании»;
- 11) Закон от 21 июля 2007 года «О государственных закупках»;
- 12) Закон от 6 января 2012 года «О национальной безопасности Республики Казахстан»;
- 13) Закон от 9 января 2012 года «О государственной поддержке индустриально-инновационной деятельности»;
- 14) Закон от 15 марта 1999 года «О государственных секретах»;

⁶⁶ Ястребов О.А., Шмелева С.В. Правовые основы информатизации в Республике Казахстан // Теория и практика общественного развития, 2015, № 13, с. 82-87

15) Закон от 15 апреля 2013 года «О государственных услугах»;

16) Закон от 19 октября 2000 года «Об охранной деятельности».

В результате проведенного анализа считаем необходимым отметить следующее.

1. Так, в соответствии со статьей 28 Закона «О государственных услугах» утверждение методики и организационные работы по проведению оценки качества оказания государственных услуг в электронной форме закреплены за уполномоченным органом в сфере информатизации.

Вместе с тем согласно подпункту 12) статьи 12 анализируемого Закона оценку качества оказания государственных услуг в электронной форме проводит сервисный интегратор «электронного правительства».

В этой связи в целях исключения указанного противоречия считаем необходимым скорректировать нормы Закона с положениями Закона «О государственных услугах».

2. Подпункт 23) статьи 1 анализируемого Закона закрепляет определение понятия «информационно-коммуникационная инфраструктура» как совокупности объектов информационно-коммуникационной инфраструктуры, предназначенных для обеспечения функционирования технологической среды в целях формирования электронных информационных ресурсов и предоставления доступа к ним.

При этом объекты информационно-коммуникационной инфраструктуры определяются как информационные системы, технологические платформы, аппаратно-программные комплексы, сети телекоммуникаций, а также системы обеспечения бесперебойного функционирования технических средств и информационной безопасности.

Вместе с тем согласно подпункту 1) статьи 1 Закона РК «О национальной безопасности Республики Казахстан» устанавливает определение информационной инфраструктуры как совокупности технических средств и систем формирования, создания, преобразования, обработки, передачи, использования и хранения информации.

В этой связи в целях приведения к норм данным законодательных актов единообразию полагаем необходимым скорректировать определения вышеуказанных понятий.

3. Анализируемый Закон направлен на реализацию централизованного подхода в информатизации государственных органов, при предоставлении ими государственных услуг в электронной форме. При этом необходимо отметить, что Администрация Президента, Канцелярия Премьер-Министра и Управление Делами Президента (*далее – УДП*) не оказывают государственные услуги в электронной форме.

В соответствии с Законом «Об охранной деятельности» здания «Ак Орда», «Үкімет үйі» «Дом министерств» и «Министерство финансов» относятся к особо важным государственным объектам категории «С», вход в которые осуществляется посредством системы контроля и управления доступом.

На основании вышеизложенного предлагается, по аналогии с Национальным Банком РК, не распространять действие Закона «Об информатизации» на отношения, возникающие при осуществлении УДП и организациями, входящими в его структуру, работ по созданию или развитию интернет-ресурсов, информационных систем, не интегрируемых с объектами информационно-коммуникационной инфраструктуры «электронного правительства», а также при проведении закупок товаров, работ и услуг в сфере информатизации.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Не выявлено

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

В целях выявления неэффективно реализуемых норм Закона были проанализированы обращения граждан и юридических лиц, обзоры правоприменительной практики, в том числе социологические исследования по вопросам практики, научные публикации, материалы научно-практических конференций, семинаров, информация, содержащаяся в СМИ и на интернет-ресурсах.

Проведенный анализ показал наличие некоторых проблемных вопросов в сфере информатизации, возникших по причине неэффективности некоторых норм Закона.

1. Так, согласно подпункту 2) пункта 1 статьи 21 Закона одной из целей функционирования «электронного правительства» является повышение гласности в деятельности государственных органов, обеспечение доступности информации, общественного контроля и участия населения в решении вопросов государственного управления на всех уровнях.

Между тем, по мнению Организации экономического сотрудничества и развития, вовлечение гражданского общества в процессы принятия решений еще не находится на должном уровне⁶⁷. Казахстану необходимо приложить дополнительные усилия для повышения доверия населения к правительству и вовлечения гражданского общества в процессы разработки, реализации и оценки политики⁶⁸.

Также в научном и профессиональном сообществах отмечается проблема низкой прозрачности расходов по информатизации⁶⁹.

В этой связи в целях повышения доверия и участия граждан в решении вопросов государственного управления полагаем необходимым принятие

⁶⁷ Интернет-журнал Власть // Интернет-ресурсы <https://vlast.kz/obshestvo/21919-50-ottenkov-otkrytogo-pravitelstva-v-kazahstane.html>;

⁶⁸ «Открытое Правительство: глобальный контекст и путь вперед» // OpenGovernment. The Global Context and the Way Forward http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/open-government_9789264268104-en#page1

⁶⁹ Материалы конференции для руководителей и ИТ-директоров госсектора «Информационные технологии в государственном секторе. Диалог с бизнесом», 27-30 сентября 2016 года, Алматы. <http://profitday.kz/government/2016#section-agenda>

законодательных и организационных мер по усилению гласности, подотчетности и прозрачности в сфере информатизации, а также привлечению общественности к деятельности правительства.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Не выявлено

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

В целях выявления пробелов в Законе были проанализированы обращения граждан и юридических лиц, обзоры правоприменительной практики, в том числе социологические исследования по вопросам практики, научные публикации, материалы научно-практических конференций, семинаров, информация, содержащаяся в СМИ и на интернет-ресурсах.

Проведенный анализ показал наличие некоторых проблемных вопросов в сфере информатизации, возникающих по причине наличия пробелов в анализируемом Законе.

1. Так, не урегулирован вопрос ценовой политики юридических лиц, обслуживающих Контакт-центры, поскольку данные лица не придерживаются единых тарифов за предоставляемые услуги. К примеру, компания ТОО «Rating» заключила договор с ГУ «Управление внутренней политики ВКО» по предоставлению услуг Контакт-центра. Контакт-центр УВП ВКО предназначен для единого сбора обращений граждан, жителей ВКО, по острым социально-экономическим вопросам. В связи с этим УВП ВКО был получен короткий номер 1331 для упрощения подачи гражданами обращений в Контакт-центр. Для того, чтобы звонки в Контакт-центр по короткому номеру были для граждан бесплатными наша компания запросила ценовые предложения от оператора сотовых сетей АО «Kcell». Поскольку короткий номер 1331 является «зеркальным», АО «Kcell» включило его в категорию «золотых» номеров, и цены за обслуживание такого номера значительно превышают цены за обслуживание обычных номеров⁷⁰.

В этой связи возникает вопрос, насколько правомочна такая ценовая политика АО «Kcell», с учетом социальной значимости организации подобного Контакт-центра.

На основе вышеизложенного в целях недопущения завышения тарифов за предоставляемые услуги полагаем предусмотреть в Законе принцип единой политики ценообразования в сфере информатизации.

2. Согласно обращениям потребителей информационных услуг на практике существуют проблемы деятельности информационных посредников, в частности, интернет-провайдеров и организаций, обслуживающих электронные торговые системы.

Так, анализируемый Закон не регламентирует статус таких информационных посредников, а также не закрепляет положения об их ответственности.

⁷⁰ Интернет-ресурс: <https://dialog.egov.kz/blogs/all-questions/457552>

Зарубежный опыт показывает о наличии двух основных подхода к ответственности информационных посредников при использовании их информационных систем для совершения противоправных действий.

В Китае и странах Ближнего Востока провайдеры обязаны знать, каким образом пользователь задействует его оборудование, и соответственно должен нести ответственность вместе с пользователем, совершившим правонарушение.

В США, Европе и других экономически развитых странах применяется ограничение ответственности провайдеров, связанное с тем, что по общепризнанным международным нормам о праве на неприкосновенность частной жизни провайдер не вправе следить за содержанием информации, передаваемой пользователем. Однако когда провайдер получает уведомление от третьего лица о неправомерности передачи информации, предоставляемой пользователем, он обязан принять меры к прекращению передачи такой информации.

В связи с вышеизложенным полагаем необходимым предусмотреть в Законе нормы о правовом положении и ответственности информационных посредников.

3. На практике часто встречаются обращения граждан касательно использования их электронно-цифровой подписи (*далее – ЭЦП*) другими лицами и получения ими, тем самым, сведений на портале ЕГОВ без разрешения владельца такой подписи⁷¹.

К примеру, на данном электронном портале есть возможность получения информации без ЭЦП (*применив функцию временной регистрации или одноразовый пароль*).

Таким образом, возникают ситуации, когда любое лицо, имея данные удостоверения личности другого лица, может получить персональные данные последнего, что влечет нарушение прав и свобод человека.

Согласно статье 18 Конституции РК каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и достоинства.

Учитывая вышеизложенную тенденцию увеличения случаев утраты ЭЦП их законными владельцами и увеличения количества противоправных действий с ЭЦП, необходимо усиление защиты ЭЦП и повышение информационной безопасности путем принятия правовых, организационных и технических мер, направленных на сохранность ЭЦП, предотвращение неправомерного и (или) непреднамеренного доступа и (или) воздействия на них.

4. Анализ обращений граждан показывает, что на практике возникают сложности с определением понятия «база данных» и отнесения ее определенным объектам информатизации, таким как информационная система, электронный информационный ресурс, аппаратно-программный

⁷¹ Интернет-ресурс: <http://forum.zakon.kz/topic>

комплекс или программное обеспечение, поскольку в анализируемом Законе указанное понятие отсутствует⁷².

Необходимо отметить, что согласно подпункту 9) статьи 2 Закона РК «Об авторском праве и смежных правах» под базой данных понимается совокупность данных (статей, расчетов, фактов и других), представляющих по подбору и (или) расположению материалов результат творческого труда, систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и обработаны с помощью электронно-вычислительной машины.

Однако понятие базы данных не распространяется на программу для ЭВМ, с помощью которой может осуществляться электронный доступ к материалам базы данных.

В этой связи полагаем целесообразным закрепить в Законе определение понятия базы данных.

5. В Законе не регламентированы положения о трансграничной передаче определенных объектов информатизации, в том числе содержащих сведения о физических и юридических лицах РК. К примеру, имели место случаи, когда казахстанскую компанию, имеющую базу данных на своих клиентов, которым периодически рассылаются СМС-сообщения, покупает иностранная компания. При этом оставался неясным вопрос необходимости предоставить иностранному покупателю эту базу данных клиентов⁷³.

Так, в Законе лишь указано, что собственник или владелец электронных информационных ресурсов, содержащих персональные данные, при передаче электронных информационных ресурсов, содержащих персональные данные, собственнику или владельцу информационной системы обязан получить согласие субъекта персональных данных или его законного представителя на сбор и обработку персональных данных с использованием информационных систем, за исключением случаев, предусмотренных Законом РК «О персональных данных и их защите».

В свою очередь, в статье 16 Закона РК «О персональных данных и их защите» закрепляются нормы о трансграничной передаче персональных данных на территорию иностранных государств, которая осуществляется только в случае обеспечения этими государствами защиты персональных данных.

Трансграничная передача персональных данных на территорию иностранных государств, не обеспечивающих защиту персональных данных, может осуществляться в случаях:

- 1) наличия согласия субъекта или его законного представителя на трансграничную передачу его персональных данных;
- 2) предусмотренных международными договорами, ратифицированными РК;

⁷² Интернет-ресурс: <http://forum.zakon.kz/topic>

⁷³ Там же

3) предусмотренных законами РК, если это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека и гражданина, здоровья и нравственности населения;

4) защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина, если получение согласия субъекта или его законного представителя невозможно.

При этом трансграничная передача персональных данных на территорию иностранных государств может быть запрещена или ограничена законами РК.

Следует отметить, что странами Совета Европы 28.01.1981 года в г.Страсбурге была заключена Конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных, цель которой состоит в обеспечении на территории каждой Стороны для каждого физического лица, независимо от его гражданства или местожительства, уважения его прав и основных свобод, и в частности его права на неприкосновенность частной жизни, в отношении автоматизированной обработки касающихся его персональных данных («защита данных»).

В свою очередь, Казахстан является участником Соглашения о сотрудничестве в создании государственных информационных систем паспортно-визовых документов нового поколения и дальнейшем их развитии и использовании в государствах-участниках СНГ (*утверждено постановлением Правительства РК от 30 марта 2009 года № 430*), целью которого является гармонизация процессов создания государственных информационных систем паспортно-визовых документов нового поколения, обеспечивающих защиту прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных.

Между тем, Закон РК «О персональных данных и их защите» закрепляет **более широкое понятие персональных данных**, согласно которому эти данные означают сведения, относящиеся к определенному или определяемому на их основании субъекту персональных данных, зафиксированные на электронном, бумажном и (или) ином материальном носителе.

Учитывая вышеизложенное, предлагаем закрепить в анализируемом Законе положения о трансграничной передаче объектов информатизации в виде электронных информационных ресурсов.

6. В юридической литературе существует мнение, согласно которому к правовым проблемам в сфере информатизации относится недостаточная законодательная регламентация функций и ответственности местных и центральных исполнительных органов при формировании и обмене объектами информатизации, в частности, электронными информационными ресурсами⁷⁴.

⁷⁴ Симонян Д.Ф. Основные проблемы и направления информатизации муниципального управления // Журнал «Актуальные вопросы экономических наук», Выпуск № 15-1 / 2010, с. 186-193

Так, в анализируемом Законе закреплено понятие «электронного акимата», означающее систему информационного взаимодействия местных исполнительных органов с государственными органами, физическими и юридическими лицами, основанная на автоматизации и оптимизации государственных функций, а также предназначенная для оказания услуг в электронной форме, являющаяся частью «электронного правительства» (пункт 58 статьи 1).

Между тем, полагаем необходимым раскрыть в Законе положения о функционировании «электронного акимата», а также закрепить нормы о функциях и ответственности местных и центральных исполнительных органов при информационном взаимодействии и оказании услуг в электронной форме.

7. В научном и профессиональном сообществах в настоящее время обсуждаются вопросы функционирования **облачных информационных систем**, а также их особенностей и преимуществ⁷⁵.

Так, облачная информационная система в литературе определяется как информационная система, построенная с использованием технологий «облачных вычислений», предназначенная для реализации облачных услуг⁷⁶.

При этом облачные вычисления – это концепция предоставления по запросу (заявке) сетевого доступа к распределяемым компьютерным ресурсам (*вычислительным сетям, серверам, хранилищам данных, программному обеспечению, сетевым сервисам и др.*), выделяемым вне зависимости от времени суток, канала доступа в вычислительную сеть.

Справочно:

Облачные услуги должны удовлетворять следующим требованиям:

- *самообслуживание по запросу потребителей. Потребитель в одностороннем порядке может изменять объем предоставляемых ему услуг в автоматическом режиме без вмешательства сотрудников провайдера;*

- *широкополосный доступ в вычислительную сеть. Доступ к облачным ресурсам представляются потребителям через вычислительную сеть с помощью стандартных механизмов «тонкого» или «толстого» клиентов;*

- *объединение облачных ресурсов в единый общий пул. Облачные ресурсы провайдера объединяются в единый общий пул для обслуживания множества потребителей в многозадачном режиме – различные физические и виртуальные облачные ресурсы динамически выделяются и перераспределяются в соответствии с заявками потребителей;*

- *оперативная реакция. Объем предоставляемых потребителю облачных ресурсов может быстро и гибко изменяться (в некоторых случаях – автоматически) – увеличиваться или уменьшаться. Для конечного потребителя облачные ресурсы провайдера представляются бесконечными и могут быть приобретены в любом количестве в любое время;*

- *измеримость. Облачная система автоматически контролирует и оптимизирует ресурсы, измеряя объем облачных ресурсов на некоторых уровнях абстракции в соответствии с типом предоставляемых услуг (например, хранилище данных,*

⁷⁵Материалы конференции для руководителей и ИТ-директоров госсектора «Информационные технологии в государственном секторе. Диалог с бизнесом», 27-30 сентября 2016 года, Алматы.
<http://profitday.kz/government/2016#section-agenda>

⁷⁶Интернет-ресурс: <http://pro-spo.ru/cloud-technology/3950-terminologiya-oblachnyx-technologij>

вычисления, пропускная способность канала связи и учетные записи пользователей). Кроме того, использование облачных ресурсов может контролироваться и учитываться прозрачно для провайдера и потребителя⁷⁷.

В связи с вышеизложенным полагаем необходимым закрепить в Законе положения об облачных информационных системах.

8. Подпункт 60) статьи 1 Закона закрепляет понятие **электронного носителя как материального носителя**, предназначенного для хранения информации в электронной форме, а также записи или ее воспроизведения с помощью технических средств.

Между тем, Закон **не предусматривает понятия и определения нематериального носителя**, который также предназначен для хранения информации в электронной форме, но в электронном информационном ресурсе (*Outlook, ИПГО, Dropbox, Файлы mail.ru и т.д.*), в связи с чем полагаем целесообразным закрепить в Законе указанное понятие.

9. На сегодняшний день имеются информационные системы, создаваемые государственными предприятиями, которые в свою очередь автоматизируют процессы, как деятельности государственных органов, так и их функций.

Однако в действующем Законе имеется правовой пробел в части описания процессов проектирования, создания и экспертизы государственных информационных систем.

В этой связи полагаем необходимым внесение изменения в Закон в части регламентирования процессов проектирования, создания и экспертизы государственных информационных систем

10. Согласно подпункту 11) пункта 1 статьи 39 Закона при создании или развитии информационной системы государственного органа проводится его опытная эксплуатация, осуществляемая в соответствии с едиными требованиями в области информационно-коммуникационных технологий и обеспечения информационной безопасности, которая включает в себя **испытание на соответствие требованиям информационной безопасности**.

При этом ввод в промышленную эксплуатацию информационной системы государственного органа осуществляется в соответствии с требованиями технической документации при условии положительного завершения опытной эксплуатации информационной системы, наличия акта с положительным результатом испытаний на соответствие требованиям информационной безопасности.

Между тем, в Законе **не предусмотрен механизм проведения** таких испытаний, не определен субъект, утверждающий соответствующие правила.

В этой связи в целях обеспечения информационной безопасности информационной системы государственного органа представляется целесообразным установить в Законе вышеуказанные положения.

⁷⁷Интернет-ресурс: <http://pro-spo.ru/cloud-technology/3950-terminologiya-oblachnyx-texnologij>

11. Законом не регламентированы вопросы по интеграции лицензионного программного продукта с информационной системой государственного органа, а также не урегулирован порядок создания и развития интернет-ресурса государственного органа.

В этой связи требуется разработать и принять требования по интеграции лицензионного программного продукта с информационной системой государственного органа и порядок создания и развития интернет-ресурса государственного органа.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере информатизации, Закон содержит допустимое число отсылочных и бланкетных норм.

Применение отсылочных и бланкетных норм является оправданным и не противоречит статье 62 Конституции Республики Казахстан и требованиям Закона Республики Казахстан «О правовых актах».

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

В соответствии с подпунктом 7) статьи 14 Закона «Об информатизации» государственная техническая служба (РГП «Государственная техническая служба Министерства информатизации и коммуникаций Республики Казахстан») проводит испытания сервисного программного продукта, информационно-коммуникационной платформы «электронного правительства», интернет-ресурса и информационной системы государственного органа, информационной системы, отнесенной к критически важным объектам информационно-коммуникационной инфраструктуры, негосударственной информационной системы, интегрируемой с информационной системой государственного органа или предназначенной для формирования государственных электронных информационных ресурсов, на соответствие требованиям информационной безопасности.

Вышеприведенные услуги, отнесенные к государственной монополии, оказываются на платной основе, однако ценообразование услуг не регламентировано.

Таким образом, РГП «Государственная техническая служба Министерства информатизации и коммуникаций Республики Казахстан» на свое усмотрение устанавливает цены на услуги, которые отнесены к государственной монополии, что в свою очередь можно отнести к коррупционным факторам.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона.

Согласно статье 23 Закона «Об информатизации» архитектура государственного органа для центральных исполнительных органов и

государственных органов, непосредственно подчиненных и подотчетных Президенту Республики Казахстан, разрабатывается в соответствии с правилами разработки, сопровождения реализации и развития архитектуры государственных органов, требованиями по развитию архитектуры «электронного правительства», а также на основании целей и задач государственного органа. Внесение изменений в архитектуру государственного органа осуществляется в соответствии с правилами разработки, сопровождения реализации и развития архитектуры государственных органов.

Принятые во исполнение Закона «Об информатизации» правила разработки, сопровождения реализации и развития архитектуры государственных органов содержат в себе коррупционные риски, так как процедуры внесения изменений, согласование и прочие виды работ по архитектуре государственных органов носит долгий, затяжной и трудоемкий характер, также требующий дополнительных финансовых затрат. Что в некоторых случаях приводит к снижению оперативности исполнения поставленных задач перед государственными органами.

Например, закуп необходимого программного обеспечения в течение года, не предусмотренного утвержденной ранее архитектурой государственного органа, влечет за собой отказ экспертным советом в удовлетворении бюджетной заявки на требуемое программное обеспечение.

Также необходимо отметить, что на сегодняшний день некоторые виды программных средств обновляются буквально каждую неделю, что, в свою очередь, затрудняет планирование бюджета и потребности в информатизации какого-либо государственного органа.

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на февраль месяц 2017 года.

Справка
по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан
от 22 декабря 1998 года № 326-1 «О Национальном архивном
фонде и архивах»

Показатель 1. Общая информация о Законе:

Национальный архивный фонд Республики Казахстан (далее - Национальный архивный фонд) является неотъемлемой частью историко-культурного наследия народа Казахстана и охраняется государством в качестве национального достояния Республики Казахстан.

К Национальному архивному фонду относятся также архивные документы, хранящиеся за пределами Республики Казахстан и в соответствии с международными соглашениями подлежащие возврату в Республику Казахстан.

Национальный архивный фонд служит удовлетворению потребностей общества и государства, реализации прав и законных интересов граждан.

1.1. Предмет правового регулирования: общественные отношения в области формирования, хранения и использования документов Национального архивного фонда Республики Казахстан и государственного управления архивным делом в Республике Казахстан.

1.2. Отрасль законодательства: 120.014.000 Иное законодательство в области государственного регулирования хозяйственной деятельности (постановление Правительства РК от 26 декабря 2002 года № 1378 «О Классификации отраслей законодательства Республики Казахстан»).

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства:

Реформа архивного дела началась в 2001 году. 1-й этап ознаменован принятием [Концепции](#) и [Программы](#) развития архивного дела в Республике Казахстан на 2001-2005 годы, утвержденных постановлениями Правительства Республики Казахстан от 26 января 2001 года № 146, 11 июня 2001 года № 797, что позволило усовершенствовать организационные и правовые отношения в архивной сфере, модернизировать материально-техническую базу государственных архивов, повысить имидж Казахстана в международных архивных организациях.

Вторым этапом совершенствования архивного дела является принятие Программы развития архивного дела и систем документации Республики Казахстан на 2007-2009 годы, утвержденной Постановлением Правительства от 30 ноября 2006 года № 1153.

Концепция и Программы предполагают комплекс мер по развитию и дальнейшему совершенствованию модели архивного дела и систем документации государства, отвечающей стратегии его вхождения в число пятидесяти наиболее конкурентоспособных стран мира, а также определяют долгосрочные приоритеты государственной политики в архивной отрасли.

Кроме того Указом Президента от 8 января 2013 года № 464 утверждена государственная программа «Информационный Казахстан –

2020», одна из основных задач которой на государственном уровне системно решить задачу сбора и перевода в электронный вид исторических сведений для государственных баз данных, **архивов** и ведомственных информационных систем путем создания единой системы автоматизированного учета документов Национального архивного фонда Республики Казахстан с функционалом информационного поиска документов.

Между тем, в План законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2017 год включен новый законопроект, вносящий 59 существенных поправок.

Таким образом, анализируемый Закон соответствует стратегическим целям государства.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

В соответствии со статьей 37 Конституции РК граждане Республики Казахстан обязаны заботиться о сохранении исторического и культурного наследия, беречь памятники истории и культуры.

В этой связи полагаем, что Закон соответствует вышеуказанной норме Конституции РК.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан.

1) [Соглашение о сотрудничестве в области архивного дела между Министерством культуры и информации Республики Казахстан и Национальным архивом Финляндской Республики](#) (Хельсинки, 25 марта 2009 г.);

2) Соглашение между Министерством культуры и информации Республики Казахстан и Государственным архивным управлением Китайской Народной Республики о сотрудничестве в области архивного дела (г. Пекин, 20 декабря 2006 года);

3) Постановление Правительства Республики Казахстан от 18 марта 2000 года № 414 «Об утверждении Соглашения о принципах и формах взаимодействия государств-участников Содружества Независимых Государств в области использования архивной информации» (Вступило в силу 10 апреля 2000 года - Бюллетень международных договоров Республики Казахстан, 2003 г., № 5, ст. 37);

4) Соглашение между Министерством культуры и информации Республики Казахстан и Министерством юстиции Республики Беларусь о сотрудничестве в области архивного дела (г. Минск, 10 июня 2009 г.);

5) Соглашение о сотрудничестве в области архивного дела между Министерством культуры, информации и спорта Республики Казахстан и

Министерством территориального управления Республики Армения (г. Ереван, 12 октября 2005 г.);

6) Постановление Правительства Республики Казахстан от 4 июня 2003 года № 525 «О подписании Соглашения о сотрудничестве между Министерством культуры, информации и общественного согласия Республики Казахстан и Мемориальным Музеем Холокоста Соединенных Штатов Америки»;

7) Указ Президента Республики Казахстан от 20 ноября 2007 года № 445 «Об утверждении Соглашения о Совете по гуманитарному сотрудничеству государств-участников Содружества Независимых Государств»;

8) Постановление Правительства Республики Казахстан от 20 ноября 2009 года № 1899 «Об утверждении Соглашения об обмене информацией в сфере борьбы с преступностью» (Вступило в силу 25 июля 2010 года – Бюллетень международных договоров РК, 2010 г., № 6, ст. 64) ;

9) Постановление Правительства Республики Казахстан от 29 августа 2015 года № 688 «О подписании Соглашения между Правительством Республики Казахстан и Правительством Китайской Народной Республики о культурно-гуманитарном сотрудничестве»;

10) Постановление Правительства Республики Казахстан от 1 июля 2013 года № 658 «Об утверждении Соглашения о направлениях сотрудничества в области культуры в Евразийском экономическом сообществе».

Анализ положений данных международных актов свидетельствует о соответствии Закона международным обязательствам РК.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

В целях выявления соответствия Закона нормам Конституционных законов РК были проанализированы следующие законодательные акты:

1) Конституционный закон РК от 26 декабря 1995 года № 2733 «О Президенте Республики Казахстан»;

2) Конституционный закон РК от 18 декабря 1995 г. № 2688 «О Правительстве Республики Казахстан».

Анализ данных актов свидетельствует о соответствии Закона нормам Конституционных законов РК.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан.

В целях выявления соответствия Закона нормам кодексов РК были проанализированы следующие законодательные акты:

1) Гражданский кодекс РК (Общая часть);

2) Уголовный кодекс РК;

3) Уголовно-процессуальный кодекс РК;

4) Гражданский кодекс РК (Особенная часть);

- 5) Гражданский процессуальный кодекс РК;
- 6) Кодекс РК об административных правонарушениях;
- 7) Трудовой кодекс РК;
- 8) Бюджетный кодекс РК;
- 9) Предпринимательский кодекс.

На основе проведенного анализа отмечаем следующее.

Изучая обращения граждан, полагаем необходимым отметить что у многих фирм возникает вопрос о возможности не передавать документы в государственный архив при ликвидации, так как это является затратным для ликвидированной организации.⁷⁸

Так, статья 50 Гражданского кодекса определяет порядок ликвидации юридических лиц. Однако в данной статье не предусмотрены требования сдачи документов в государственный архив при его ликвидации. Данное требование также не предусмотрено в Законе РК «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств» (ст.16).

В свою очередь, в соответствии с Трудовым кодексом работодатель обязан обеспечить сохранность и сдачу в государственный архив документов, подтверждающих трудовую деятельность работников, и сведений об удержании и отчислении денег на их пенсионное обеспечение (пп.17 п.2 ст.23).

Кроме того, п.4 ст.8 анализируемого Закона предоставляет четкий ответ, что при ликвидации юридических лиц решение о месте дальнейшего хранения документов Национального архивного фонда и по личному составу принимается ликвидационной комиссией или банкротным управляющим по согласованию с уполномоченным органом.

Таким образом, в целях исключения различного толкования, полагаем необходимым определить точный порядок сдачи в архив документов при ликвидации юридического лица.

Показатель 4. Наличие коллизий между нормами закона и нормами иных законов

В целях выявления коллизий между нормами Закона и иных законов были проанализированы следующие законодательные акты РК:

- 1) Закон Республики Казахстан от 24 ноября 2015 года «Об информатизации»;
- 2) Закон Республики Казахстан от 22 июля 2011 года «О миграции населения»;
- 3) Закона РК от 17 апреля 1995 года «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств»
- 4) Закон РК от 7 января 2003 года «Об электронном документе и электронной цифровой подписи»;

⁷⁸ Р. Панов, специалист по кадровым вопросам ТОО «Алматы кітап баспасы» // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31055332#pos=0;135

5) Закон РК от 17 апреля 1995 года «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств».

В результате проведенного анализа считаем необходимым отметить следующее.

1. Статья 25 Закона предполагает ограничение права доступа к архивам в отношении граждан тех государств, в которых предусмотрено ограничение доступа граждан Республики Казахстан к их архивам.

Вместе с тем в пп.4 п.5 статьи 35 Закона РК «Об информатизации» установлено, что **не может быть ограничен доступ** к государственным электронным информационным ресурсам, содержащим сведения, накапливаемые в открытых информационных системах государственных органов, библиотек, **архивов** и иных организаций.

Таким образом, Закон противоречит принципам пользования электронными информационными ресурсами. Кроме того, в Законе не регламентирован механизм пользования архивами Республики Казахстан иностранцами и лицами без гражданства, а также остается неясным, на какие архивные документы распространяется ограничение.

В этой связи, полагаем необходимым пересмотреть положения Закона о праве доступа в архивы иностранцев и лиц без гражданства.

2. Статья 48 Закона РК «Об информатизации» устанавливает, что документирование электронных информационных ресурсов и сведений (информации) об информационных системах осуществляется их собственником или владельцем в соответствии с требованиями, установленными законодательством Республики Казахстан об информатизации, электронном документе и электронной цифровой подписи, **о Национальном архивном фонде и архивах.**

Вместе с тем статья 4 Закона устанавливает, что электронные информационные ресурсы входят в состав Национального архивного фонда, однако не прописывает требования их документирования, указанные в **Законе РК «Об информатизации».**

В этой связи в целях исключения указанного противоречия считаем необходимым установить в Законе данные требования.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Не выявлено

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

В целях выявления неэффективно реализуемых норм Закона были проанализированы обращения граждан и юридических лиц, обзоры правоприменительной практики, в том числе социологические исследования по вопросам практики, научные публикации, материалы научно-практических конференций, семинаров, информация, содержащаяся в СМИ и на интернет-ресурсах.

Проведенный анализ показал наличие некоторых проблемных вопросов в сфере архивного дела, возникших по причине неэффективности некоторых норм Закона.

1. Так, согласно пункту 1 статьи 12 Закона собственники документов Национального архивного фонда обязаны обеспечить сохранность и создание страховых копий документов.

Однако пункт 1 статьи 13 Закона не обязывает собственника передавать документы на постоянное хранение в государственные архивы со страховыми копиями.

Между тем, по мнению исследователей, создание полноценного специального архива страховых копий документов для обеспечения деятельности государства в условиях чрезвычайных ситуаций и военного времени является достаточно актуальным.⁷⁹

Однако данное предложение считаем затратным для государства. Вместо этого для поддержания политики по развитию предпринимательства в стране, полагаем возможным оказание содействия государства для частных компаний, оказывающих комплексные услуги по созданию страхового фонда архивных документов. К примеру, в России существует организация «Архивный сервис» которая сотрудничает с отечественными и международными компаниями и оказывает услуги по переводу документов в электронный вид, архивной обработке документов, сдачи их в архив, переплет, а также уничтожение.⁸⁰

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Не выявлено.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

В целях выявления пробелов в Законе были проанализированы обращения граждан и юридических лиц, обзоры правоприменительной практики, в том числе социологические исследования по вопросам практики, научные публикации, материалы научно-практических конференций, семинаров, информация, содержащаяся в СМИ и на интернет-ресурсах.

Проведенный анализ показал наличие некоторых проблемных вопросов в сфере архивного дела, возникающих по причине наличия пробелов в анализируемом Законе.

1. Специалисты утверждают о недостаточном внимании со стороны Правительства к архивному делу государства, поскольку не разработана современная государственная политика по развитию архивного дела, не создана эффективная система формирования, функционирования и управления национальным архивным фондом.

⁷⁹ Интернет-ресурс Астана спецтехника внедрения // Некоторые проблемы законодательной и нормативной правовой базы архивного дела в РК // <http://www.asv.kz>

⁸⁰ Интернет-ресурс компании «Архивный сервис»// <http://archiv-s.ru>

Кроме того, отсутствие единого национального классификатора затрудняет работу, связанную с поиском необходимых данных, с упорядочением использования единой базы данных в пределах нашей страны.⁸¹

В этой связи необходимо внедрение информационных технологий для дальнейшего развития нормативной базы по электронному архиву.

2. В научном сообществе обсуждаются проблемы правового регулирования ответственности за нарушение архивного законодательства.⁸²

Так, в статье 27 анализируемого Закона закреплена ответственность физического и юридического лица, виновных в нарушении законодательства по архивному делу.

Однако Закон не раскрывает, относятся ли архивные документы к виду движимого имущества, культурной ценности, либо к носителям информации и самой информации. Из-за отсутствия квалификации документов возникают проблемы в судебно-следственной практике при нарушении Закона, поскольку остается неясным, к какой сфере преступления относятся нарушения законодательства по архивному делу.

Для решения данной проблемы можно привести к примеру Украинское законодательство, в котором предусмотрены различные формы ответственности за правонарушения в этой сфере в зависимости от масштабов, характера нарушений и других обстоятельств.

3. Также Закон Украины «О Национальном архивном фонде и архивных учреждениях» конкретизирует квалификацию документов национального архивного фонда как вида культурных ценностей.

Вместе с тем, согласно Закону **архивным документом** является документ, сохраняемый или подлежащий сохранению в силу его значимости для общества, а равно **имеющий ценность для собственника** (пп.9 ст.1 Закона).

Наряду с этим национальный архивный фонд определяется как совокупность всех архивов, архивных фондов и коллекций, документальных памятников, документов, имеющих особое историческое, научное, социальное, экономическое, политическое или культурное значение, признанных в установленном законом порядке **национальной ценностью** (пп.11 ст.1 Закона).

Таким образом, Закон относит архивные документы одновременно к имущественным и культурным ценностям, что затрудняет разграничение гражданско-правовой и уголовной ответственности за нарушения в данной сфере.

⁸¹ Сетевое издание zakon.kz // брифинг с участием Б. Джапарова

⁸² Материалы Международной научно-практической конференции «Правовые проблемы архивного дела в Евроазиатском регионе» (В рамках проведения в Астане 3-й Общей конференции Евроазиатского регионального отделения МСА (ЕВРАЗИКА) // Новохатский К.Е. Правовое регулирование ответственности за нарушение архивного законодательства // <http://www.rusarchives.ru>

В связи с вышеизложенным в целях единообразной практики применения полагаем необходимым конкретизировать в Законе ценность архивного документа.

4. Расширения доступа к архивным документам и возможностей введения в научный оборот новых исторических источников требует строгого следования основаниям рассекречивания сведений и их носителей.

В практической работе архивных учреждений создаются сложности с допуском исследователей к информации персонального характера. Под эту категорию подпадает довольно значительный круг документов – анкеты, документы судебных органов, медицинских учреждений и т.д. Помимо этого расплывчаты формулировки понятия «коммерческой тайны».⁸³

Вместе с тем согласно статье 18 Конституции РК каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и достоинства. А коммерческая (предпринимательская) тайна охраняется законом (п.5 ст.10 Предпринимательского кодекса).

В целях устранения сложностей в практической работе архивов полагаем целесообразным закрепить в Законе конкретные требования, предъявляемые для ограничения в пользовании документами архивных фондов.

5. Согласно п.1 статьи 15-1 Закона государственные органы обязаны обеспечить перевод архивных документов, необходимых для оказания государственных услуг, в электронную форму на постоянной основе. Вместе с тем положения Закона не предусматривает принятие электронных документов национальными архивными фондами.

Зарубежный опыт показывает о нескольких периодах наступлении «эры безбумажного делопроизводства».

В 1987 г. в докладе Национального архива США о воздействии компьютерных систем на практику делопроизводства отмечалось, что «через несколько лет большое количество записей будут сохраняться только в электронной форме».

С начала 90-х гг. особую популярность приобрела концепция *распределенных электронных архивов*. Суть ее состоит в том, чтобы документы хранились в тех организациях, которые их создали. На организации после проведения экспертизы ценности и отбора электронных документов возлагались бы обязанности по хранению, обслуживанию и обеспечению доступа к ним. Электронные архивы превращаются в организации, хранящие информацию лишь о местонахождении документов и выполняющие функции по контролю за их сохранностью и над доступом к ним.

Материалы Международной научно-практической конференции «Правовые проблемы архивного дела в Евроазиатском регионе» (В рамках проведения в Астане 3-й Общей конференции Евроазиатского регионального отделения МСА (ЕВРАЗКА) // Сариева Р.Х. О некоторых проблемах правоотношений в контексте развития архивного законодательства Республики Казахстан// <http://www.rusarchives.ru>

Однако в концепции распределенных архивов оказалось немало противников. Кеннет Тибодо (Национальный архив США) выразил сомнение в целесообразности хранения электронных записей их первоначальными владельцами, которыми они легко могут быть изменены или стерты. Что касается доступа к электронным документам через Интернет, то возможности организации распределенного архива ограничиваются качеством, разветвленностью и стоимостью национальной электронной инфраструктуры.⁸⁴

28 ноября 2011 года президент США Барак Обама издал специальный Меморандум «Управление государственными документами», в котором поднимается вопрос о качестве управления государственными документами. Внедрение электронного делопроизводства с целью обеспечения прозрачности, эффективности и ответственности в органах управления. Для этого выдвинута задача всем федеральным агентствам к 2019 году перейти в максимальной степени на электронный документооборот, в том числе и для электронных документов с постоянным сроком хранения. К 2017 году федеральные агентства должны управлять всеми документами электронной почты в электронном формате (полностью в безбумажном виде).⁸⁵

Анализируя зарубежный опыт, считаем мнение противников концепции распределенных архивов правомерным и полагаем необходимым предусмотреть в Законе нормы по принятию в **национальный архивный фонд** документов в электронном виде. Это позволит оперативно получать информацию, значительно упростит хранение, поиск, предоставление документации. Помимо этого электронный архив позволит хранить документы на постоянной основе, а также значительно сэкономит бюджет выделяемые для уничтожения непостоянных документов. А также решит проблему площадей хранения государственных архивов.

В свою очередь, отсутствие в Казахстане научно-исследовательской структуры подтолкнуло Архив Президента Республики Казахстан к самостоятельной разработке с 2016 года темы научного исследования по систематизации и обобщению своего опыта по созданию, внедрению и организации работы электронного архива.⁸⁶

6. Специалисты архивного дела считают серьезным упущением отсутствие научных центров документоведения и архивного дела в Казахстане, и как следствие - неудовлетворительный уровень научных работ в области архивоведения, документоведения, архивографии.⁸⁷

Закон не содержит механизмов стимулирования и повышения эффективности научной деятельности архивного дела, которое позволит

Интернет-ресурс Концепции электронных архивов: зарубежный опыт // <http://megaobuchalka.ru/1/24235.html>

⁸⁵ Интернет-ресурс Управление персоналом // Журнал Делопроизводство № 1, 2013 г. // Зарубежная практика // <http://www.top-personal.ru/officeworkissue.html?277>

⁸⁶ XXIII Международной научно-практической конференции «Документация в информационном обществе: архивоведение и документоведение в современном мире», 15 ноября 2016 года, Москва

⁸⁷ См. Там же 4

выработать эффективные меры по решению актуальных проблем данной сферы путем научных исследований.

В этой связи в целях совершенствования архивной сферы полагаем необходимым предусмотреть в Законе нормы, способствующие развитию научной деятельности.

7. Также возникают вопросы кадрового обеспечения архивной отрасли. Требуется усиленного внимания организация повышения квалификации, переподготовки архивных работников и служб документационного обеспечения. Низкое социальное и экономическое положение работников государственных и ведомственных архивов сделали сегодня профессию историка-архивиста непривлекательной для молодежи, она является неконкурентной на рынке труда.⁸⁸

Справочно:

В архивной отрасли РК работает 2330 человек в 214 архивах. Обеспеченность кадрами со специальным архивным образованием составляет менее 25% всех работающих, также как и в 1991–1998 гг. Так как количество работающих в архивной отрасли сотрудников увеличилось почти вдвое, то и количество работников со специальным архивным образованием должно возрасти почти вдвое, по сравнению с предшествующими годами. Работники в возрасте от 29 до 49 лет составляют 48%, молодежь (до 29 лет включительно) – 29%, пенсионного возраста – всего 9%. В предшествующий период пенсионеров было 11,3%. Это говорит о том, что в архивную отрасль идут работать люди в основном наиболее работоспособного возраста.

В настоящее время в архивной отрасли РК работает докторов и кандидатов наук – 13 человек (в предшествующий период – 2), специалистов с высшим образованием – 1823 (в предшествующий период – 620), специалистов со средним специальным образованием – 392 (в предшествующий период – 316), специалистов со средним образованием – 102 (в предшествующий период – 280). С неоконченным средним образованием сотрудников нет.

Для повышения профессионального уровня работников архивной отрасли используются курсы повышения квалификации в рамках РК (от 1 до 5 дней), а также заочные формы профессионального образования в высших и средних специальных учебных заведениях РК. Наиболее целесообразными формами повышения квалификации признаны в РК обмен опытом с коллегами из стран СНГ и других государств и обучение сотрудников.

Важно подчеркнуть и то, что оплачивать повышение квалификации должно учреждение, в котором работает сотрудник.

Для повышения квалификации необходимо иметь учебный центр в рамках архивной отрасли РК, а также межгосударственный в рамках СНГ.

В архивной отрасли РК используется профессиональная переподготовка как способ повышения квалификации, считается, что проводить ее необходимо и обязательно с периодичностью один раз в 3 года.

Несмотря на то, что в архивной отрасли РК проводится большая работа по повышению квалификации и профессиональной переподготовки, она, по-прежнему, испытывает потребность в специалистах: со специальным архивным образованием, по компьютерным технологиям, по экономике архивного дела, по управлению архивами, архивным делом.⁸⁹

⁸⁸ См. там же 4

⁸⁹ Аналитический обзор о развитии архивного дела в Республике Казахстан в 1999–2010 гг. // <http://archives.ru>

В анализируемом Законе отсутствуют требования по квалификации сотрудников архивного дела. Ранее вопрос квалификации работников архива регулировался Приказом Министра культуры и информации Республики Казахстан от 18 декабря 2013 года № 296 «Об утверждении профессиональных стандартов в сфере архивного дела и управления документацией», который на сегодняшний день утратил силу Приказом Министра культуры и спорта Республики Казахстан от 2 сентября 2016 года № 249 «О признании утратившим силу приказа Министра культуры и информации Республики Казахстан от 18 декабря 2013 года № 296 «Об утверждении профессиональных стандартов в сфере архивного дела и управления документацией».

Учитывая изложенное, считаем необходимым предусмотреть нормативное регулирование требований профессиональных стандартов, а также вопроса повышения квалификации работников архивной сферы.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере информатизации, Закон содержит допустимое число отсылочных и бланкетных норм.

Применение отсылочных и бланкетных норм является оправданным и не противоречит статье 62 Конституции Республики Казахстан и требованиям Закона Республики Казахстан «О правовых актах».

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

Не выявлено.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона.

Не выявлено.

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на февраль месяц 2017 года.

СПРАВКА

**по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан
от 10 июля 1998 года № 279 «О наркотических средствах,
психотропных веществах, их аналогах и прекурсорах и мерах
противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими»**

РАЗДЕЛ 1. СВЕДЕНИЯ О МОНИТОРИНГЕ ЗАКОНА

**Данные из паспорта по оценке социально-экономических
последствий действия принимаемого закона**

1. Общая информация

1.1. Название закона: «О наркотических средствах, психотропных веществах, их аналогах и прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими»

1.2. Цель закона:

Целью закона является урегулирование правовых основ государственной политики в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров и установление мер противодействия их незаконному обороту и, как предполагаемый результат, оказание наркологической помощи и охраны здоровья граждан, общественной и государственной безопасности.

1.3. Предмет правового регулирования:

Предметом правового регулирования выступает отношение государства в области наркополитики и, вытекающих из неё, смежных явлений и процессов.

1.4. Отрасль законодательства:

Комплексное (медицинское, административное, уголовное, международное) законодательство

РАЗДЕЛ 2. СООТВЕТСТВИЕ ЗАКОНА СТРАТЕГИЧЕСКИМ ЦЕЛЯМ ГОСУДАРСТВА

Описание соответствия:

Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года №858 утверждена Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, которая, в свою очередь, корреспондирует с пунктом 1 статьи 40 Конституции Республики Казахстан. Концепция является основой для разработки соответствующих программ в области правовой политики государства, перспективных и ежегодных планов законопроектных работ Правительства Республики Казахстан, проектов нормативных правовых актов Республики.

Согласно вышеотмеченной Концепции правовой политики одним из магистральных направлений развития правоохранительной и судебной систем и правозащитных институтов является продолжение работы по

своевременному введению и правильному применению правовых норм, направленных на обеспечение национальной безопасности, в том числе на предупреждение и пресечение распространения терроризма, этнического и религиозного экстремизма, незаконной миграции, **наркомании и наркобизнеса**, торговли людьми, компьютерной преступности, незаконного изготовления и оборота огнестрельного оружия, международных преступлений коррупционного характера, а также относящихся к сфере отмывания денег. Между тем, актуальным является решение проблем занятости осужденных к лишению свободы путем привлечения их к общественно-полезному труду и/или обучению, социальным программам ресоциализации, в том числе **антинаркотического**, антиалкогольного содержания либо иными формами социально-активной деятельности.

Закон отвечает основным положениям Указа Президента Республики Казахстан от 1 февраля 2010 года № 922 «О Стратегическом плане развития Республики Казахстан до 2020 года», в котором борьба с наркобизнесом и наркоманией определена одной из приоритетных целей плана развития Республики Казахстан, являющимися компонентами среднесрочных перспектив, где особое внимание будет уделено сотрудничеству в сфере борьбы с международным терроризмом, религиозным экстремизмом, международным наркобизнесом и нелегальной миграцией.

Указом Президента Республики Казахстан от 8 декабря 2016 года №387 была утверждена Комплексная стратегия социальной реабилитации граждан, освободившихся из мест лишения свободы и находящихся на учёте службы пробации, в Республике Казахстан на 2017-2019 годы. Данный Указ разработан в целях реализации **33-го шага Плана Нации – 100 конкретных шагов**. Цель Комплексной стратегии – создание национальной системы комплексной ресоциализации лиц, освободившихся из мест лишения свободы и находящихся на учёте службы пробации, условий для ее эффективной реализации, способствующих снижению уровня повторной преступности.

В частности, при создании условий для улучшения процесса ресоциализации граждан, освободившихся из мест лишения свободы и находящихся на учёте службы пробации, предлагается разработать механизм преемственности лечения больных, страдающих социально-значимыми или иными тяжелыми заболеваниями (алкоголизм, **наркомания**, туберкулез, сахарный диабет, онкологические заболевания, ВИЧ-инфекция, инвалидность), освобождающихся из учреждений УИС.

Вопросы, регулирующие общественные отношения в области здравоохранения в целях реализации конституционного права граждан на охрану здоровья регламентированы Кодексом Республики Казахстан от 18 сентября 2009 года № 193-IV «О здоровье народа и системе здравоохранения». Касательно предмета соответствия необходимо отметить, что достаточно детально в Кодексе отмечен механизм осуществлению государственного контроля в сфере обращения лекарственных средств,

изделий медицинского назначения и медицинской техники, а также за оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в области здравоохранения; проведения судебно-наркологической экспертизы; осуществление контроля за соблюдением законодательства Республики Казахстан о разрешениях и уведомлениях по занятию медицинской и фармацевтической деятельностью, а также видов деятельности, связанных с оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в области здравоохранения; проведение рекламы лекарственных средств, отпускаемых по рецептам, в том числе содержащих наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры; оказания медико-социальной помощи больным алкоголизмом, наркоманией и токсикоманией.

Вопросы административной и уголовной ответственности за незаконное обращение с наркотиками закреплены в КоАП и УК РК.

Таким образом, можно констатировать, что анализируемый Закон соответствует стратегическим целям государства, в целом, и целевым положениям смежного отраслевого законодательства.

Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Исследуемый Закон РК не содержит норм, противоречащих нормам Конституции Республики Казахстан.

Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан.

Республика Казахстан Законом РК от 1 июля 1998 года № 257 присоединилась и ратифицировала Единую Конвенцию о наркотических средствах 1961 года с поправками, внесёнными в неё в соответствии с протоколом 1972 года о поправках к Единой Конвенции о наркотических средствах 1961 года.

Республика Казахстан Законом РК от 29 июня 1998 года № 249 присоединилась и ратифицировала Конвенцию о психотропных веществах 1971 года.

Республика Казахстан Законом РК от 29 июля 1998 года № 246 присоединилась и ратифицировала Конвенцию Организации Объединённых Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года.

Таким образом, Республика Казахстан, осуществив процедуры присоединения и ратификации, выразило согласие на обязательность для нее отмеченных Конвенций 1961, 1971, 1988 годов и в случае наступления коллизии между национальным и международным законодательством в этой сфере, преимущественное право будут иметь нормы (указанных выше) Конвенций (так называемый примат международного права).

СПРАВОЧНО:

Известно, что уголовное законодательство Республики Казахстан состоит исключительно из Уголовного кодекса Республики Казахстан, который, в свою очередь, основывается на Конституции Республики Казахстан и общепризнанных принципах и нормах международного права. В соответствии с Конституцией Республики Казахстан (п.3. ст.4) международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед её законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона. Значит, на основе Конституции Республики Казахстан некоторые нормы международного права будут являться источниками права, в том числе и уголовного. Но, являясь источником уголовного права, нормы международного права обладают некой специфичностью по отношению к национальному законодательству, ибо на их основании нельзя лицо привлечь к уголовной ответственности или назначить лицу уголовное наказание, так как нормы международного права не содержат уголовно-правовых санкций. Однако если внутригосударственные уголовно-правовые нормы противоречат указанным международным нормам, лицо должно быть освобождено от уголовной ответственности в силу прямого действия Конституции Республики Казахстан и указанных норм международного права.

Единая Конвенция 1961 года утвердила подлежащие контролю перечни наркотических средств, объединенные в Списки I, II, III и IV, где эти средства подлежали контролю в зависимости от принадлежности к тому или иному Списку. На государства ложилось обязательство по осуществлению надлежащего контроля, за исключением положений действующих международно-правовых актов о наркотиках, и установлению ответственности за их нарушение. А именно:

- Предотвращение потоков наркотиков по нелегальным каналам, если страна выпускает сырьё для наркотиков.
- Наркотические препараты должны применяться исключительно для научных, лечебных целей.
- Принимать законодательные акты, соответствующие Конвенции, её основным положениям (в частности для надзора, контроля над изготовлением, производством, торговлей и распространением).
- Единый орган управления при Правительстве страны - участнике данной Конвенции.
- Должна быть установлена государственная монополия для культивирования «наркотиков» и запрет наркотиков.
 - Лицензирование лиц, занимающихся этим делом.
 - Система специальных свидетельств на ввоз и вывоз наркотических средств.
 - Обязанности по уничтожению в случае незаконного культивирования.
 - Внутригосударственный контроль над изготовлением, распространением и т.д.
 - Лица, получающие лицензии, руководители предприятий должны иметь надлежащую квалификацию.

Перечисленные обязательства, которые брали на себя государства, были «подкреплены» резолюциями, принятыми на этой же конференции: о технической помощи заинтересованным государствам в борьбе с незаконным оборотом наркотиков, об упрощении международного контрольного аппарата, о методах лечения наркоманов, о сотрудничестве с Интерполом.

Венская Конвенция 1971 года о психотропных веществах где-то дополнила Конвенцию 1961 года, установив три главные группы психотропных веществ: галлюциногены, стимулирующие средства и успокаивающие вещества. Соответственно было закреплено и несколько режимов контроля, учитывая фармакологические и терапевтические факторы данных веществ. Все вопросы в этой области «легли на плечи» Всемирной Организации Здравоохранения.

Помимо ВОЗ, Комиссии по наркотическим средствам, Международного комитета по наркотикам, проблемой наркотиков в том или ином плане занимаются: Продовольственная и Сельскохозяйственная Организация Объединённых Наций (ФАО) (вопрос замены культивирования опийного мака, индийской конопли, кокаинового куста другими культурами); Международная Организация Гражданской Авиации (ИКАО), (предотвращение нелегальных перевозок наркотиков авиатранспортом); Всемирный почтовый Союз (контроль над отправкой наркотиков по почте); Международная организация уголовной полиции (борьба с правонарушителями в области наркотиков), или Interpol.

В июне 1987 года в Вене по инициативе ООН состоялась Международная конференция по борьбе со злоупотреблением наркотическими веществами и их незаконным оборотом. В ней участвовали около 2000 специалистов из 120 стран. Конференция приняла Всеобъемлющий международный план будущей деятельности, включающий различные направления деятельности по предупреждению и сокращению спроса, контролю над предложением, пресечению незаконного оборота наркотиков, лечению и реабилитации больных наркоманией.

В 1988 году была принята Конвенция о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ, в которой главный упор сделан на осуществление контроля над доходами, получаемыми в результате незаконной торговли наркотиками.

Государствам-участникам предлагалось внести в свои законодательства следующие положения: разрешить судебным органам раскрывать тайну банковских вкладов при расследовании уголовных дел, связанных с наркотиками; упростить процедуру выдачи и уголовного преследования лиц, обвиняемых в сбыте наркотиков; содействовать использованию метода «контролируемых поставок»; запретить незаконное выращивание наркотикосодержащих сельскохозяйственных культур; установить систему наблюдения за международной торговлей прекурсорами («сырьё, из которого производят наркотики»).

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

Исследуемый Закон РК не содержит норм, противоречащих нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан.

Исследуемый Закон РК не содержит норм, противоречащих нормам Кодексов Республики Казахстан.

Наличие коллизий между нормами закона и нормами иных законов

Исследуемый Закон РК не содержит искусственных норм, порождающих коллизии между нормами Закона и нормами иных Законов.

Наличие устаревших норм закона

В настоящее время, в связи с введением электронного каталога законодательных актов устаревшие законы автоматически ставятся на утрату. Следовательно, наличие устаревших норм закона минимизировано «автоматикой».

Вместе с тем, в подпункте 24) статьи 5 «Государственное регулирование оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов, прекурсоров и меры противодействия их незаконному обороту и

злоупотреблению ими» применено предложение имеющее старую юридическую конструкцию. В частности, 24) иные полномочия, предусмотренные настоящим Законом, иными законами Республики Казахстан, актами Президента Республики Казахстан и Правительства Республики Казахстан⁹⁰.

Предлагается заменить на следующую формулировку:

- осуществлять иные полномочия, возложенные законами Республики Казахстан, а также актами Президента Республики Казахстан.

Наличие неэффективно реализуемых норм закона

1. Система международного и национального контроля над наркотиками впервые испытывает трудности с реагированием на стремительно развивающийся рынок новых психоактивных веществ. Отсутствие закрепленного за ними конкретного правового статуса создает существенные проблемы при установлении мер контроля, а также формирует общественно опасные предпосылки к беспрепятственному и неограниченному нахождению таких веществ в обороте.

Новые психоактивные вещества – полученные химическим способом ранее неизвестные субстанции, обладающие наркотическими или психоактивными качествами в виде синтетических каннабиноидов, имеющие свойства какого-либо натурального наркотического вещества, но отличающиеся от него по химической структуре.

Быстрое распространение таких препаратов во многом вызвана проводимой интернет-магазинами и сайтами агрессивной рекламной политики, нередко скрывающей истинный состав предлагаемой продукции, а также способностью данных соединений воспроизводить, а в ряде случаев и превосходить психоактивные свойства запрещенных веществ, оказывая тем самым крайне отрицательные и губительные последствия на нервную систему и организм человека в целом.

Актуальность борьбы с новыми психоактивными веществами отмечается Управлением Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности. Так, во Всемирном докладе о наркотиках за 2013 год указывается, что реализуемые как «легальные» и «дизайнерские» наркотики, новые психоактивные вещества распространяются с беспрецедентной скоростью и создают непредвиденные проблемы для общественного здравоохранения и безопасности.

По данным Европейского центра мониторинга наркотиков и наркомании, в период с 2000 по 2005 год ежегодно поступало в среднем по пять уведомлений о выявлении новых синтетических психоактивных веществ. В 2013 году эта цифра увеличилась до 81, а в 2014 – превысила 100.

Практически неограниченные возможности создания новых видов психоактивных веществ путем изменения их химической структуры,

⁹⁰<http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z980000279>

затрудняют их своевременную постановку на международный контроль в виду длительности процедур нормативного закрепления.

За этот срок производители изменяют формулу уже «засветившегося» вещества на новую, и, образовав новый наркотик, не запрещенный законом, продолжают легально его распространять.

На сегодняшний день исчерпывающий Список наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, подлежащих контролю в соответствии с законодательством Республики Казахстан, устанавливается приложением к Закону. Закрепление данного перечня на законодательном уровне обеспечивает гарантии соблюдения законности при формировании списка, а также единообразную практику правоприменения при уголовном преследовании за их незаконный оборот.

В целях эффективного противодействия обороту новых психоактивных веществ необходимо оперативно дополнять вышеуказанный Закон. Как показывает мировой опыт, единственный наиболее эффективный способ противодействия появлению в обороте новых видов наркотиков, психотропных веществ, а также других опасных психоактивных веществ – максимально короткие сроки установления государственного контроля за их оборотом⁹¹.

Учитывая остроту имеющейся проблемы, данные вопросы рассмотрены в апреле 2016 года на специальной сессии Генеральной Ассамблеи ООН, посвященной мировой проблеме наркотиков.

Распространение новых психоактивных веществ является одним из важнейших факторов, негативно влияющих на состояние наркоситуации и в Республике Казахстан.

В целях принятия предупредительных мер нераспространения синтетических каннабиноидов на территории Казахстана в 2010 году введен запрет на оборот указанных веществ.

Так в 2011 году в Закон «О наркотических средствах, психотропных веществах, их аналогах и прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими» (*далее-Закон*) внесены изменения, предусматривающие дополнение Списков наркотических средств и психотропных веществ наименованиями 27-ми синтетических каннабиноидов.

Принятые меры позволили на определенное время достичь превентивного эффекта и не допустить распространения в Казахстане синтетических каннабиноидов и других новых психоактивных веществ.

Вместе с тем, несмотря на принятые меры, распространение новых психоактивных веществ получило дальнейшее развитие. При этом основные усилия наркопроизводителей сосредоточены на синтезе новых психоактивных веществ на основе базовых формул уже известных наркотиков путем модификации молекулярного состава.

⁹¹ Материалы международной научно-практической конференции «Будущее без наркотиков».

Учитывая тенденции распространения на территории Казахстана новых психоактивных веществ, введена ответственность за незаконный оборот аналогов наркотических средств и психотропных веществ.

При этом подразумевалось, что понятие «аналогов» будет охватывать любые психоактивные вещества, находящиеся в незаконном обороте, не входящие в Списки наркотиков и психотропных веществ, предусмотренных Законом.

Казалось, что все новые психоактивные вещества, появляющиеся в незаконном обороте, были отнесены к аналогам наркотических средств и психотропных веществ.

Особенностью этих нововведений явилось отсутствие четкого, исчерпывающего и утвержденного законодательным актом списка наименований аналогов наркотических средств и психотропных веществ. При этом принятие решения об отнесении того или иного неизвестного вещества к аналогам наркотиков и психотропных веществ базировалось на судебно-экспертных исследованиях.

Однако производство таких экспертиз стало вызывать затруднение в виду необходимости установления сходства наряду с химической формулой аналога с известными наркотическими средствами и психотропными веществами, их наркогенных свойств.

Вместе с тем, в течение 2015 года на территории республики правоохранительными органами неоднократно изымались новые психоактивные вещества, как не входящие в утвержденные Списки наркотических средств и психотропных веществ, так и не являющиеся их аналогами.

Это исключало возможность следственной и судебной перспективы привлечения к ответственности виновных лиц.

Так, в январе 2015 года в Западно-Казахстанской области изъято вещество, содержащее в своем составе синтетический каннабиноид АВ-PINACA-СНМ, весом 11 грамм, не входящий в утвержденные Списки наркотических средств и психотропных веществ.

В мае 2015 года в г. Алматы изъят α -пирролидиновалерофенон – аналог психотропного вещества пировалерон, весом 7 грамм, который не входит в Сводную таблицу.

В 2016 году уже зарегистрировано 7 таких фактов⁹².

Так, в январе в г. Павлодар в ходе оперативных мероприятий пресечен факт сбыта посредством сети Интернет вещества пирролидиновалерофенон, являющегося аналогом психотропного вещества пировалерон, весом 0,28 грамм.

Таким образом, в условиях новых вызовов и угроз наркобизнеса и связанной с ним транснациональной организованной наркопреступности, опаснейшей тенденцией стало распространение новых психоактивных веществ. Существующие же подходы к обеспечению государственного

⁹²<http://mvd.gov.kz/>

наркoнтрoля в Республице Казакстан не сoтветствуют в дoлжнoй степени oпаснoсти развития ситyации⁹³.

Следует признать, что в стране отсутствует необходимый превентивный механизм, препятствующий постоянному появлению и распространению новых видов психоактивных веществ.

2. В то же время анализ и результаты проверки показывают, что несовершенство действующей системы учета лиц, страдающих наркоманией, приобрело системный характер.

Учет больных наркоманией и снятие их с учета ведется практически беспорядочно и подвержен различным манипуляциям, вследствие чего не раскрывает объективную картину даже по потенциально «подучетному контингенту».

Этому существенно способствует и отсутствие взаимодействия между заинтересованными государственными учреждениями.

Учет наркозависимых лиц осуществляется в соответствии с Правилами учета, наблюдения и лечения лиц, признанных больными алкоголизмом, наркоманией и токсикоманией, утвержденными приказом и.о. Министра здравоохранения Республики Казахстан от 02.12.2009 года № 814 (далее – *Правила учета*).

Между тем, в ходе проверок установлены многочисленные нарушения требований вышеуказанных нормативных правовых актов в части наркологического учета наркозависимых лиц.

Так, согласно п.11 Правил снятие с диспансерного (*как адресного, так и анонимного*) учета производится на основании ремиссии, изменения постоянного места жительства с выездом за пределы обслуживаемой наркологической организацией территории, в том числе в связи с передачей под диспансерное наблюдение в другую наркологическую организацию, осуждения, связанное с лишением свободы на срок свыше 1 года и смертью.

Однако, установлено, что несмотря на осуждение подучетных лиц с назначением наказания в виде лишения свободы, они продолжают состоять на учёте в наркодиспансерах длительное время.

Например, гражданка А. осуждена к 4 годам лишения свободы приговором суда № 2 г. Павлодар 13 декабря 2013 года. Однако, с учета данное лицо сотрудником наркодиспансера снято только в ходе проверки, т.е. спустя 3 года.

Аналогичные факты необоснованного учета и непринятия мер сотрудниками управления здравоохранения по снятию с учета лиц, осужденных к лишению свободы (*п.4 п.11 Правил учета*) установлены в Павлодарской (71), Костанайской (35), Алматы – (20), Жамбылской (17), Актюбинской (2), Кызылординской (11), Южно-Казахстанской (1) областях.

Согласно п.11 Правил снятие с диспансерного учета производится в связи со смертью наркозависимого лица сотрудниками управления здравоохранения.

⁹³<http://pravstat.prokuror.kz/rus>

Между тем, установлено, что 18 умерших лиц в Павлодарской, Жамбылской (12), Карагандинской (5), Южно-Казахстанской (2), Северо-Казахстанской (1) Костанайской (1), Кызылординской (1), Западно-Казахстанской (1) областях продолжают находиться на наркологическом учете.

К примеру, гражданин О. скончавшийся еще в 2009 году, до сих пор состоит на учете в наркологическом кабинете Кызылординской области.

Также, находится на учете в наркодиспансере г. Алматы гражданин Р., который скончался в 2001 году.

Кроме того, выявлен факт снятия с учета наркозависимого, в связи со смертью, тогда как, согласно сведениям базы данных СИОПСО факт смерти не подтвердился.

Так, 25 января 2016 года сотрудниками наркодиспансера Павлодарской области гражданин В. был снят с учета в связи со смертью, однако при проведении проверки факт смерти вышеуказанного лица не подтвердился.

Несмотря на смену места жительства наркозависимые лица продолжают оставаться на учете в медицинских организациях на территории регионов, где они уже не проживают.

К примеру, несмотря на то, что ранее проживавшие в г. Алматы гр.Д.(переехал в г.Шымкент) и гр.С.(переехал в ВКО) выехали за пределы области на постоянное место жительства, на момент проверки они состояли на учете и соответственно не состояли на учете по месту выбытия.

Всего при проведении выборочной проверки в г. Алматы выявлено 20 аналогичных фактов, в Кызылординской– 16, в Жамбылской – 6 областях.

Более того, сотрудниками управления здравоохранения допускаются нарушения процедуры снятия с учета лиц, употребляющих ПАВ.

Согласно п.12 Правил снятие с диспансерного учета в связи со стойкой ремиссией (по выздоровлению) производится на основании заключения ВКК организации, в которой наблюдается пациент.

Однако, сотрудниками наркодиспансера Акмолинской области без соблюдения вышеуказанного требования самостоятельно снято с учета 10 лиц.

Аналогичные нарушения допущены в отношении 5 лиц (*Западно-Казахстанская область*).

Всего проверками выявлено 246 фактов не принятия мер сотрудниками управления здравоохранения по снятию лиц с наркологического учета и необоснованной постановки на учет.

В этой связи, Комитетом по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры Республики Казахстан в адрес Министерства здравоохранения и социального развития РК направлено представление об устранении нарушений законности.

3. Также ст. 296 УК РК содержит примечание 2, которое предусматривает возможность освобождения от уголовной ответственности лица за совершенное преступление, предусмотренное данной статьей.

Таким образом согласно закону, условиями освобождения являются добровольная сдача наркотических средств, психотропных веществ, их аналоги, прекурсоров, **либо** добровольное обращение в медицинское учреждение за оказанием медицинской помощи в связи с потреблением наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов в немедицинских целях, **либо** активное содействие раскрытию или пресечению преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов, прекурсоров, изблечению лиц, их совершивших, обнаружению имущества, добытого преступным путем. Здесь, как верно отмечает к.ю.н. М. В. Пермяков, следует признать спорной норму о том, что условиями освобождения от уголовной ответственности на основании вышеуказанного примечания возможно при наличии хотя бы одного из оснований⁹⁴.

Например, освобождается ли от уголовной ответственности лицо, добровольно сдавшее наркотики, но по соображениям личной безопасности отказывается от содействия по раскрытию или пресечению преступной деятельности соучастников? Либо, напротив, лицо, содействующее раскрытию преступления, но отказывающееся сдать наркотики, сославшись на то, что они у него отсутствуют?

Наличие дублирующих норм закона

Исследуемый Закон РК не содержит дублирующих норм Закона.

Наличие пробелов в законе

1.МВД РК по итогам и согласно протокольному решению заседания Межведомственной рабочей группы при Администрации Президента Республики Казахстан по вопросам совершенствования правоохранительного и хозяйственного законодательства и практики его применения (от 10.12.2015г. № 51-6.13), а также рекомендаций Международного семинара, посвященного проблемам контроля над новыми психоактивными веществами (г.Алматы, 31 марта – 1 апреля 2016 года) представило законопроект «О внесении изменений и дополнений в Закон «О наркотических средствах, психотропных веществах, их аналогах и прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими» по вопросам совершенствования антинаркотического законодательства».

В частности, законопроектом предлагается для урегулирования порядка и механизма отнесения новых веществ к аналогам наркотических и психотропных веществ:

⁹⁴http://cyberleninka.ru/viewer_images/15259740/f/1.png

1) наделить Правительство полномочиями по формированию и утверждению Списка новых психоактивных веществ.

Для этого необходимо дополнить понятийный аппарат определением «новых психоактивных веществ», а также закрепить порядок формирования их списка.

2) изложить формулировку аналогов наркотических средств и психотропных веществ в следующей редакции:

- «аналоги наркотических средств, психотропных веществ» – химические вещества, не включенные в Список наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, подлежащих контролю в Республике Казахстан, структурные формулы которых образованы заменой одного или нескольких атомов водорода, галогенов и (или) гидроксильных групп в структурных формулах наркотических средств, психотропных веществ на их заместители;

3) для урегулирования порядка и механизма отнесения новых веществ к аналогам понятийный аппарат дополнить определением заместителей атомов водорода:

- «заместители атомов водорода, галогенов и (или) гидроксильных групп» – одновалентные или двухвалентные атомы или группы атомов, включенные в перечень заместителей атомов водорода, галогенов и (или) гидроксильных групп в структурных формулах наркотических средств, психотропных веществ;

4) согласно предлагаемому определению утвердить (в новом формате) Перечень из 48-и наименований заместителей атомов водорода, галогенов и (или) гидроксильных групп в структурных формулах наркотических средств, психотропных веществ;

5) списки подконтрольных наркотиков предлагается (в новом формате) дополнить 65-ю наименованиями соединений из основных групп синтетических наркотиков, рекомендованных Международным Комитетом по контролю за наркотиками Организации Объединенных Наций как наиболее часто встречающихся в незаконном обороте;

6) Сводную таблицу об отнесении наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров к небольшим, крупным и особо крупным размерам дополнить квалифицирующими размерами по всем наименованиям подконтрольных веществ.

2. Вместе с этим необходимо отметить пробельность в отсутствии регулирования компетенции субъектов противодействия, государственного контроля, координации и иных функции уполномоченного органа. Соответственно, есть необходимость актуализировать статью 5 анализируемого Закона на предмет определения единообразных компетенций уполномоченного органа.

Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Одним из эффективных инструментов нормотворческой деятельности систематизации законодательства, дальнейшей консолидации в разрезе отраслей законодательства, а также освобождению его от устаревших и дублирующих норм, восполнению пробелов в правовом регулировании, устранению внутренних противоречий в действующем праве выступает **минимизация отсылочных норм в законах и, соответственно, расширение практики принятия законов прямого действия в рамках круга вопросов**, по которым в соответствии с Конституцией могут приниматься законодательные акты.

Необходимо отметить, что Закон РК «О наркотических средствах, психотропных веществах, их аналогах и прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими» содержит достаточное количество норм, которые имеют бланкетную (отсылочную) природу. В результате появления последних, на наш взгляд, будут и имеют место коррупционные правонарушения, ущемление прав, свобод человека и законных интересов граждан и организаций.

Как известно, «дьявол кроется в деталях». Отечественный законодатель достаточно умело закамouflировал «требования щепетильности» соблюдения минимальных условий, которые ООН считает приемлемыми. Детали же раскрыты через (уже упомянутый) институт бланкетности, отсылочности расшифровки в подзаконных актах.

РЕЧЬ ИДЕТ о следующих нормах (*выделено Курсивом*) исследуемого Закона:

1.Статья 1. Основные понятия

В настоящем Законе используются следующие основные понятия:

5) норматив обеспечения наркотическими средствами, психотропными веществами и прекурсорами (далее - норматив обеспечения) - количество определенных наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, разрешенное юридическим лицам для реализации на территории Республики Казахстан *в соответствии с законодательством Республики Казахстан;*

10) незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров - оборот наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров, осуществляемый *с нарушением законодательства Республики Казахстан;*

15) норматив потребления наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров (далее - норматив потребления) - количество определенных наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, необходимое для потребления конкретным юридическим лицам, заявленное в уполномоченный государственный орган в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров *в соответствии с законодательством Республики Казахстан;*

20) Список наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, подлежащих контролю в Республике Казахстан (далее -

Список), - перечень подлежащих контролю в Республике Казахстан наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, пронумерованных и объединенных в соответствующие таблицы и список (приложение 1) *на основе международных конвенций*;

21) культивирование растений, содержащих наркотические вещества, - посев и выращивание опийного мака и конопли (каннабиса), других наркотикосодержащих растений, включенных в Список наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, подлежащих контролю в Республике Казахстан *в соответствии с международными конвенциями*;

22) сбор растений, содержащих наркотические средства, психотропные вещества, - сбор дикорастущих или культивируемых наркотикосодержащих растений, включенных в Список *в соответствии с международными конвенциями*;

34) уполномоченные органы - государственные органы, которые в пределах предоставленной им компетенции осуществляют государственный контроль за оборотом наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров *в соответствии с законодательством Республики Казахстан*;

35) токсикомания – злоупотребление лекарственными препаратами и нелекарственными веществами различной природы, вызывающими психоактивное действие, сходное с действием наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов, *и не входящими в списки республиканских законодательных актов Республики Казахстан и международных конвенций*;

2. Статья 2. Классификация наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров, подлежащих контролю в Республике Казахстан

2. В отношении препаратов предусматриваются виды контроля, которые устанавливаются в отношении наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, содержащихся в них. Если препарат содержит не одно, а несколько наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, к нему применяется тот же контроль, что и к наркотическому средству, психотропному веществу и прекурзору, которые подлежат наиболее строгим мерам контроля. Лекарственные препараты, которые содержат малое количество наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров и представляют незначительную опасность в случае злоупотребления ими и из которых указанные средства и вещества не могут быть извлечены легкодоступными способами, не подлежат контролю в соответствии с настоящим Законом.

Список указанных препаратов, порядок их исключения из-под контроля *утверждаются Правительством Республики Казахстан*.

3. Статья 3. Законодательство Республики Казахстан о наркотических средствах, психотропных веществах, их аналогах, прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими

1. Законодательство Республики Казахстан о наркотических средствах, психотропных веществах, их аналогах, прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту основывается на Конституции Республики Казахстан и состоит из настоящего Закона, *иных нормативных правовых актов, а также международных договоров, ратифицированных Республикой Казахстан.*

4. Статья 5. Государственное регулирование оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов, прекурсоров и меры противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими

1. Государственное регулирование оборота наркотических средств, психотропных веществ, прекурсоров и меры противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими осуществляются в соответствии с настоящим Законом, *иными законами Республики Казахстан, указами Президента Республики Казахстан и постановлениями Правительства Республики Казахстан.*

3. Уполномоченный государственный орган в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров выполняет следующие основные функции:

16) вносит в соответствующие органы предложения по привлечению к ответственности физических и юридических лиц *за нарушение законодательных и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан, регулирующих оборот наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров;*

23) осуществляет в пределах своей компетенции привлечение инвестиций, технической помощи и контроль за их целевым использованием в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, прекурсоров и противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими *в соответствии с законодательством Республики Казахстан;*

24) *иные полномочия, предусмотренные настоящим Законом, иными законами Республики Казахстан, актами Президента Республики Казахстан и Правительства Республики Казахстан.*

5. Статья 6. Государственный контроль за оборотом наркотических средств, психотропных веществ, прекурсоров и меры противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими

1. Государственный контроль за оборотом наркотических средств, психотропных веществ, прекурсоров осуществляется в форме проверки и иных формах.

Проверка осуществляется в соответствии с Предпринимательским кодексом Республики Казахстан. *Иные формы государственного контроля осуществляются в соответствии с настоящим Законом.*

2. Уполномоченные органы Республики Казахстан имеют право:

б) выдавать предписания об устранении выявленных недостатков в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров *в соответствии с законодательством Республики Казахстан;*

7) приостанавливать производственную деятельность юридических лиц и структурных подразделений при нарушении требований в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров *в порядке, установленном законами Республики Казахстан;*

8) вносить в соответствующие органы предложения по привлечению к ответственности физических и юридических лиц *за нарушение законодательных и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан, регулирующих оборот наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров.*

6. Статья 7. Лицензирование деятельности в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров

3. При выдаче лицензии на вид деятельности, связанной с оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, учитывается заключение органов внутренних дел о соответствующей проверке работников, которые в силу своих служебных обязанностей получают доступ непосредственно к наркотическим средствам, психотропным веществам и прекурсорам.

Работникам, которые в силу своих служебных обязанностей получают доступ непосредственно к наркотическим средствам, психотропным веществам и прекурсорам, необходимы заключения врачей психиатра и нарколога об отсутствии заболеваний наркоманией, токсикоманией, хроническим алкоголизмом, а также об отсутствии среди них лиц, признанных непригодными к выполнению отдельных видов профессиональной деятельности и деятельности, связанной с источником повышенной опасности, *в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.*

7. Статья 8. Государственные квоты

2. Государственная квота утверждается постановлением Правительства Республики Казахстан. Государственная квота содержит в себе количество определенных наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, заявленное юридическими лицами на следующий календарный год *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

3. Юридические лица представляют заявки в уполномоченные органы на утверждение норматива потребления на следующий календарный год *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

4. Юридические лица, осуществляющие переработку наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров либо производство препаратов или лекарственных средств, содержащих наркотические средства, психотропные вещества и (или) прекурсоры, *в соответствии с законодательством Республики Казахстан:*

8. Статья 9. Разработка новых наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров

2. Разработка наркотических и психотропных лекарственных препаратов осуществляется научно-исследовательскими учреждениями,

имеющими лицензию на этот вид деятельности, доклинические и клинические испытания новых потенциальных наркотических и психотропных лекарственных препаратов для использования в медицинских и научных целях осуществляются в специализированных лечебно-профилактических учреждениях (организациях) и научно-исследовательских институтах *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

3. Регистрация наркотических средств, психотропных веществ, прекурсоров, используемых в медицинских и научных целях, осуществляется в соответствии с положениями, применяемыми ко всем лекарственным препаратам, *и установленными нормативными правовыми актами.*

9. Статья 10. Производство, изготовление, переработка наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров

2. Юридические лица, производящие, изготавливающие, перерабатывающие наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры, подлежат обязательной регистрации *в порядке, установленном Правительством Республики Казахстан.*

10. Статья 11. Упаковка изготовленных наркотических средств и психотропных веществ

4. В случае нарушений условий, которым должны соответствовать упаковка и надписи наркотических и психотропных лекарственных средств, наркотические средства и психотропные вещества *в соответствии с законодательством Республики Казахстан изымаются*

11. Статья 12. Ввоз на территорию Республики Казахстан, вывоз с территории Республики Казахстан и транзит через территорию Республики Казахстан наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров

7. Транзит наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров через территорию Республики Казахстан осуществляется юридическими лицами на основании разрешения, выданного уполномоченным государственным органом в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, а также в случаях, предусмотренных статьей 28 настоящего Закона.

Условия осуществления транзита наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров определяются *в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.*

8. В случае нарушения требований, установленных настоящей статьей, наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры подлежат конфискации *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.* Порядок дальнейшего использования или уничтожения конфискованных наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров определяется *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

12. Статья 13. Перевозка, пересылка наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров

1. Порядок перевозки наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, включая международные перевозки, а также оформление

необходимых для этого документов регулируются *нормативными правовыми актами Республики Казахстан*.

13. Статья 14. Хранение наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров

1. Хранение наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров осуществляется в специально оборудованных помещениях на основании лицензии на этот вид деятельности, выданной *в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан*.

14. Статья 15. Реализация и распределение наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров

1. Реализация и распределение наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров осуществляются юридическими лицами в порядке, установленном Правительством Республики Казахстан, при наличии лицензии, выдаваемой на эти виды деятельности *в соответствии с законодательством Республики Казахстан*.

15. Статья 16. Использование наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в медицинских целях

3. Применение в медицинских целях наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, внесенных в Список, осуществляется *в соответствии с нормативными правовыми актами Республики Казахстан*.

5. Право применения лекарственных препаратов, содержащих наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры, внесенных в Список, распространяется на санитарный транспорт гражданского назначения. Незаконная реализация указанного права на других видах транспорта гражданского назначения влечет ответственность *в порядке, установленном законами Республики Казахстан*.

6. Лекарственные препараты, содержащие наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры, используемые только для оказания первой медицинской помощи в экстренных случаях, внесенные в Список, могут находиться:

- 1) на транспорте гражданского назначения;
- 2) в боевых машинах (кораблях) при выходе на тактические занятия (в район плавания) и полевые (морские) учения;
- 3) на летательных аппаратах при выполнении полетов в аптечке летчика;
- 4) в шкафах (укладках) неотложной помощи государственных учреждений, Вооруженных сил, других войск и воинских формирований.

Разрешение на их применение и порядок учета устанавливаются уполномоченным государственным органом в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров по согласованию с уполномоченным органом в области здравоохранения *в соответствии с законодательством Республики Казахстан*.

16. Статья 21. Уничтожение наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров

1. Наркотические средства, психотропные вещества, их аналоги, прекурсоры и средства растительного происхождения, содержащие наркотические средства, а также инструменты и оборудование, дальнейшее использование которых в обороте признано нецелесообразным, подлежат уничтожению *в порядке, определенном нормативными правовыми актами Республики Казахстан.*

4. Нарушение требований пункта 3 настоящей статьи *влечет ответственность, предусмотренную законами Республики Казахстан.*

17. Статья 23. Порядок оборота прекурсоров

4. В случаях, когда имеются доказательства, что одно из веществ, внесенных в Список, предназначено для использования в целях незаконного изготовления наркотического средства или психотропного вещества, на прекурсоры незамедлительно накладывается арест до принятия решения судом о его дальнейшем использовании *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

18. Статья 24. Запрещение пропаганды и ограничение рекламы в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров

3. Нарушение норм, установленных настоящей статьей, *влечет ответственность в соответствии с законами Республики Казахстан.*

19. Статья 25. Меры противодействия незаконному обороту наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов, прекурсоров и злоупотреблению ими

1. Организация противодействия незаконному обороту наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров и злоупотреблению ими осуществляется в том числе с использованием данных дистанционного зондирования Земли из космоса *в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.*

20. Статья 26. Ответственность за легализацию и использование доходов от незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров

Легализация доходов: сокрытие или искажение источников и природы происхождения, местонахождения, размещения, движения или действительной принадлежности денежных средств или иного имущества, либо прав на имущество, полученных от незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов, прекурсоров, а равно использование таких денежных средств или иного имущества для занятия предпринимательской или иной экономической деятельностью; размещение финансовых средств, добытых от незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров в банках, на предприятиях и в других структурах, независимо от форм собственности, или приобретение за такие средства оборудования для производства и других нужд, или использование таких средств и имущества с целью продолжения незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их

аналогов или прекурсоров, влечет за собой ответственность юридических и физических лиц *в соответствии с законами Республики Казахстан.*

21. Статья 27. Досмотр транспортных средств, грузов и личных вещей граждан

1. Досмотр транспортного средства, груза, находящегося в нем, личных вещей водителя и пассажиров может быть осуществлен уполномоченными на то должностными лицами государственных органов (подразделений государственных органов) *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

3. В случае необоснованного досмотра транспорта, находящегося в нем груза, водителя и пассажиров, а также необоснованной доставки указанных лиц и транспорта в правоохранительные органы такие лица имеют право на возмещение в полном объеме причиненного им материального и морального ущерба *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

22. Статья 28. Контролируемая поставка

3. Порядок проведения контролируемой поставки *определяется законодательством Республики Казахстан и международными договорами.*

23. Статья 29. Контрольная закупка

2. Порядок проведения контрольной закупки *определяется нормативными правовыми актами Республики Казахстан.*

24. Статья 30. Ликвидация юридического лица

1. В случае установления сведений о фактах незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов, прекурсоров в организации, предоставляющей услуги в местах массового пребывания граждан, по решению суда такая организация подлежит ликвидации, а виновные лица привлекаются к ответственности *в соответствии с законами Республики Казахстан.*

2. В случае установления факта осуществления юридическим лицом финансовой операции в целях легализации (отмывания) доходов, полученных в результате незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров, указанное юридическое лицо по решению суда может быть ликвидировано, а его руководители *несут ответственность в соответствии с законами Республики Казахстан.*

3. Государственные органы, уполномоченные осуществлять противодействие незаконному обороту наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров, вправе предъявлять в суд иск о ликвидации юридического лица в случаях, предусмотренных пунктами 1 и 2 настоящей статьи, *в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.*

25. Статья 31. Конфискация наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов, прекурсоров

1. Наркотические средства, психотропные вещества, их аналоги и прекурсоры, находящиеся в незаконном обороте, вещества, инструменты и оборудование, которые используются для их незаконного изготовления, а

также имущество и финансовые средства, используемые для незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров либо доходы, полученные в результате их незаконного оборота, подлежат конфискации и обращению в доход государства *в установленном законом порядке*.

26. Статья 33. Медицинское освидетельствование и медицинское обследование лиц, злоупотребляющих наркотическими средствами, психотропными веществами, их аналогами

2. Порядок проведения медицинского освидетельствования и медицинского обследования *определяется нормативными правовыми актами уполномоченных органов Республики Казахстан*.

27. Статья 34. Принудительное лечение лиц, больных наркоманией и токсикоманией

Вопросы принудительного лечения лиц, больных наркоманией, токсикоманией, уклоняющихся от добровольного лечения, порядок признания лица больным наркоманией или токсикоманией и основания для его направления на лечение в специализированное лечебно-профилактическое учреждение, основание и порядок прекращения принудительного лечения, учет больных наркоманией и токсикоманией и порядок проведения поддерживающего лечения *регламентируются законодательством Республики Казахстан*.

28. Статья 35. Принципы оказания наркологической помощи лицам, больным наркоманией, токсикоманией

1. Медико-санитарная помощь больным наркоманией, токсикоманией включает в себя профилактику наркологических расстройств, обследование граждан, диагностику нарушений, лечение, уход, медико-социальную реабилитацию лиц, страдающих наркологическими расстройствами, и осуществляется *в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан*.

3. Медико-санитарная помощь больным наркоманией, токсикоманией оказывается при добровольном обращении лица за медицинской помощью в наркологическое учреждение. Несовершеннолетнему, а также лицу, признанному в установленном законодательством порядке недееспособным, наркологическая помощь оказывается с согласия их родителей, усыновителей или опекунов *в порядке, предусмотренном законодательством Республики Казахстан*.

4. Больные наркоманией или токсикоманией, уклоняющиеся от добровольного лечения, подлежат принудительному лечению в специализированных лечебно-профилактических учреждениях системы здравоохранения *в порядке, предусмотренном законодательством Республики Казахстан*.

5. Лицам, больным наркоманией или токсикоманией, совершившим уголовные правонарушения, медико-санитарная помощь оказывается на основании и *в порядке, предусмотренных законодательством Республики*

Казахстан.

29. Статья 36. Юридические и физические лица, имеющие право оказывать медико-санитарную помощь больным наркоманией, токсикоманией

2. Порядок выдачи лицензии на деятельность по оказанию медико-санитарной помощи больным наркоманией, токсикоманией *устанавливается законодательством Республики Казахстан.*

30. Статья 37. Финансирование наркологической помощи

Финансирование государственных организаций, оказывающих медико-санитарную помощь больным наркоманией, токсикоманией, осуществляется за счет бюджетных средств, *а также иных источников, не противоречащих законодательным актам Республики Казахстан.*

31. Статья 38. Ответственность за нарушения в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров.

Ответственность за нарушения в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров *устанавливается законами Республики Казахстан.*

ОСНОВНОЙ ВЫВОД:

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИ общественная опасность таких бланкетных норм заключается в том, что принимаемые позже на основе «якобы» принятого Закона инструктивные нормы искажают смысл и содержание «родового нормативного правового акта», а, следовательно, **ОРГАНЫ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ ПОДМЕНЯЮТ В СВОЕЙ ФУНКЦИИ ВЛАСТЬ ЗАКОНОДАТЕЛЬНУЮ.** Это, в свою очередь, существенно повышает коррупционные риски и, как правило, снижает уровень доверия граждан не только к проводимым судебно-правовым реформам, но и к законодательству. В нашем случае, в Законе РК «О наркотических средствах, психотропных веществах, их аналогах и прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими» не в полной мере (буквально) отражены общепринятые достижения современной мысли в исследуемой области.

В КАЧЕСТВЕ РЕКОМЕНДАЦИИ:

1. Выделенные курсивом отсылочно-бланкетные нормы необходимо определить с помощью современной международно-правовой терминологии, которая была обновлена и уже используется во всех (приведенных выше) Конвенциях ООН. Либо

2. С помощью автоматизации процесса обнаружения отсылочной нормы необходимо актуализировать подзаконные нормативные правовые акты с условием вкрапления туда основных организационно-правовых элементов наиболее удовлетворительных с позиции действующего права.

Наличие в законе коррупциогенных факторов

Коррупциогенность минимизируется, если существует четкий порядок принятия решения (административные процедуры).

Процедуры должны содержаться в законодательном акте, а не регулироваться на подзаконном уровне. Однако при отсутствии административных процедур в законе, они могут закрепляться в нормативном правовом акте органа исполнительной власти.

Учитывая вышеизложенное, необходимо отметить, что коррупциогенные факторы при анализе настоящего Закона «О наркотических средствах, психотропных веществах, их аналогах и прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими» имманентно (напрямую) связаны с *наличием излишних бланкетных и отсылочных норм закона (детально отмеченных выше)*.

Наличие иных недостатков закона.

К одному из недостатков исследуемого Закона является отсутствие конкретного механизма приведения в правоприменительную практику направлений государственной наркополитики. Ранее в правовом пространстве Казахстана действовали: 1. Отраслевая программа борьбы с наркоманией и наркобизнесом в Республике Казахстан на 2012 - 2016 годы, которая утратила силу постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 июня 2016 года № 383; 2. Государственная программа развития здравоохранения Республики Казахстан «Саламатты Қазақстан» на 2011 - 2015 годы.

В настоящее время аналогов (отмеченным двум программам в Республике) в правовой системе нет. Следовательно, задачи по комплексному решению проблем системы профилактики, лечения наркомании, развитие системы реабилитации наркозависимых лиц; пресечению незаконного оборота наркотиков посредством укрепления механизма противодействия незаконному обороту наркотиков; укрепления международного сотрудничества в области контроля незаконного оборота наркотиков и злоупотребления ими, носят фрагментарный характер и не в полной мере способствуют воплощению их в жизнь.

При этом вопросы усиления межсекторального и межведомственного взаимодействия по вопросам охраны здоровья граждан и обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия; развития Единой национальной системы здравоохранения и т.д. также не детализированы, что, параллельно, усиливает риски по расшатыванию правовых основ реализации государственной политики в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров и устанавливает меры противодействия их незаконному обороту.

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на февраль месяц 2017 года.

Справка
по результатам анализа Закона Республики Казахстан
«О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан»
от 31 августа 1995 года №2444

РАЗДЕЛ I. СВЕДЕНИЯ О МОНИТОРИНГЕ ЗАКОНА

Показатель 1. Данные из паспорта по оценке социально-экономических последствий действия принимаемого законопроекта

1. Общая информация

1.2. Название закона: Закон Республики Казахстан от 31 августа 1995 года №2444 «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан»

1.3. Цель закона

Целью Закона о банках является определение порядка создания банков и особенности осуществления в Республике Казахстан банковской деятельности, регулирование деятельности банков и защиты прав депозиторов, а также меры по защите потребителей финансовых услуг.

1.4. Предмет правового регулирования

Закон о банках регулирует общественные отношения, связанные с созданием, осуществлением и прекращением деятельности банков второго уровня, особенности государственного регулирования, контроля и надзора в этой сфере.

1.5. Отрасль законодательства

В соответствии с Классификацией отраслей законодательства Республики Казахстан, утвержденной постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 декабря 2002 года № 1378, анализируемый закон относится отрасли банковское дело (090.003.000), в сфере финансового законодательства (090.000.000.).

2. Соответствие закона стратегическим целям государства

2.1 В Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» в третьем приоритете «макроэкономическая стабильность» указана ключевая задача о восстановлении стимулирующей роли денежно-кредитной политики и привлечения частного капитала в финансирование экономики.

В частности, во втором пункте указана необходимость о «перезагрузке» финансового сектора страны, которые в 2017 году должны решить следующие задачи: расчистка балансов банков от плохих кредитов, завершение стресс-тестирования, консолидация банков и снижение ставки по кредитованию для бизнеса.

«Поручаю Национальному банку выработать комплекс мер по оздоровлению банковского сектора.

Необходимо ускорить работу по расчистке балансов банков от «плохих кредитов» и при необходимости обеспечить их докапитализацию со

стороны акционеров. Национальному банку нужно дать больше прав для оперативного контроля за состоянием банков. Он должен перейти от формализованного подхода к риск-ориентированному, чтобы принимать меры воздействия к банкам, не дожидаясь формального нарушения с их стороны.

Также необходимо усилить ответственность аудиторских компаний, обеспечить прозрачность акционеров и в целом улучшить корпоративное управление. Все это надо закрепить на законодательном уровне.

В целях решения проблем нехватки денег в экономике и высоких ставок по кредитам поручаю Национальному банку и Правительству принять комплекс мер по обеспечению доступного средне- и долгосрочного фондирования в тенге.

Национальный банк должен отвечать не только за инфляцию, но и совместно с Правительством за рост экономики.»

В настоящее время ситуация с неработающими займами банков (NPL), которые на 1 января 2017 года снизились до 6,7 % от ссудного портфеля, находится под постоянным контролем Национального Банка. Достигнутый уровень NPL обеспечен комплексом мер созданию условий для улучшения качества ссудных портфелей банков (списание, прощение, передача NPL своим специальным дочерним компаниям).

В этой связи Национальным Банком совместно с Правительством будут приняты меры по стимулированию банковского кредитования, в том числе малого и среднего предпринимательства и увеличению роли частных средств инвестировании внутреннего рынка.

Необходимо отметить, что в ежегодных посланиях Главы государства всегда уделяется внимание вопросам финансового сектора, а именно денежно-кредитной и макроэкономической политике. (*Послания Президента Республики Казахстан от 30 ноября 2015 года «Казахстан в новой глобальной реальности: рост, реформы, развитие»; от 11 ноября 2014 года «Нұрлы Жол - путь в будущее»; от 14 декабря 2012 года «Стратегия "Казахстан-2050": новый политический курс состоявшегося государства»; от 6 февраля 2008 года «Повышение благосостояния граждан Казахстана - главная цель государственной политики» и т.д.*)

2.2. Банковская система является ключевым звеном экономики, затрагивая как общественные, так и частные интересы, влияя на состояние общества в целом и на благосостояние каждого гражданина.

Так в банковской системе общими направлениями действий организации для достижения желаемого состояния в будущем и результатом процесса стратегического планирования в рассматриваемой сфере является Концепция развития финансового сектора Республики Казахстан до 2030 года, утвержденная постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 августа 2014 года № 954 (далее – Концепция.).

В рассматриваемой Концепции определены цели и задачи, а также основные принципы и общие подходы развития банковского сектора.

Среди основных принципов развития финансового сектора является консолидация банковского сектора, увеличение капитализации и рост его финансовых возможностей.

Указанной Концепцией определены следующие задачи:

- повышение устойчивости банковской системы;
- институциональное развитие банковской системы;
- развитие индивидуальных бизнес-стратегий банков;
- создание среды для формирования эффективной модели «банка будущего»;
- повышение эффективности банковского сектора.

Кроме того, в данной Концепцией приведен анализ текущей ситуации и тенденции развития банковского сектора Республики Казахстан.

Так, по состоянию на 1 января 2014 года в Республике Казахстан функционировало 38 банков, из них 17 банков с иностранным участием, 1 банк со 100 %-ным государственным участием и 3 банка с квазигосударственным участием в капитале.

После нескольких лет стагнации, вызванной финансовым кризисом, начиная с 2011 года, отмечалась определенная динамика роста банковского сектора. Однако показатели уровня финансового посредничества свидетельствуют о недостаточной эффективности банков по перераспределению ресурсов в экономике и удовлетворению спроса на кредиты со стороны экономических агентов и также отражают усиление регулирования в свете международных инициатив по решению проблем, приведших к возникновению мирового финансового кризиса. За последние 3 года (2011 – 2013 годы) активы банковского сектора увеличились на 28,5 % до 15 462 млрд. тенге. Тем не менее, по отношению к валовому внутреннему продукту (далее – ВВП) активы банковского сектора сократились с 55 % до 46 % (относительно несырьевого ВВП составляют порядка 64 %). Кредитный портфель банковского сектора на 1 января 2014 года составил 13 348 млрд. тенге, увеличившись на 47,2 % с начала 2011 года. Уровень кредитов к ВВП, максимальное значение которого достигало 70 % в 2007 году, сохраняется на низком уровне – 40 % (относительно несырьевого ВВП составляет порядка 55 %).

Также в данной Концепции для повышения устойчивости банковской системы Правительством Республики Казахстан разработаны следующие общие подходы развития банковского сектора Республики Казахстан до 2030 года.

Работа по развитию законодательства в банковской сфере, координация его норм с требованиями текущего дня - одно из наиболее существенных направлений законотворческой деятельности. К основным тенденциям и направлениям развития банковского законодательства можно отнести:

- повышение устойчивости национальной банковской системы;

- повышение эффективности надзора за деятельностью кредитных организаций;
- совершенствование инфраструктуры проведения финансовых и банковских операций.

Ожидаемыми результатами реализации рассматриваемой Концепции является достижение следующих целевых ориентиров к 2020 году.

Активы банков составят не менее 80 % от нефтяного ВВП, ссудный портфель – не менее 60 % от нефтяного ВВП, что предполагает расширение их участия в финансировании экономики, особенно в государственных программах развития. Данные значения оцениваются как минимально необходимые для ограничения масштабной экспансии зарубежных банков на казахстанский рынок, сохранения отечественной финансовой системы и снижения потерь отечественных банков от полной либерализации доступа на нее иностранных финансовых институтов.

Однако риски того, что целевые ориентиры по банковскому сектору не будут достигнуты, связаны, прежде всего, с масштабными заимствованиями крупных отечественных предприятий, особенно с государственным участием, и институтов развития на внешних рынках. В результате отечественная банковская система остается востребованной только для малого и среднего бизнеса и населения, потенциал которых не позволит существенно повысить активность банков без надувания «мыльного пузыря».

Реализация задач указанных в Концепции создадут основу для качественного развития сегментов финансового рынка после 2020 года в условиях открытия «финансовых границ» и создания общего финансового рынка на территории ЕЭП. Будут обеспечены повышение их финансовой грамотности, защищенность интересов и сохранность сбережений участников финансового рынка.

2.3. В рамках Антикризисного плана действий на 2016 – 2018 годы⁹⁵ предусматриваются мероприятия по увеличению кредитования экономики банками второго уровня (далее – БВУ), дедолларизации казахстанской экономики и обеспечению стабильности финансового сектора, в части:

- переноса введения требования по доле неработающих кредитов на уровне менее 10 % с 2016 год на 2018 год и реализацию его через систему мер раннего реагирования;
- проведения стресс-тестирования банков, оценки рисков активов, определения адекватного уровня достаточности собственного капитала на уровне всей системы и/или по отдельным банкам.

В среднесрочной перспективе планируется поэтапное введение коэффициентов покрытия ликвидности и нетто стабильного фондирования для повышения устойчивости банков к стрессовым ситуациям, а также стимулирования использования более стабильных источников фондирования.

⁹⁵ Антикризисный план действий Правительства Республики Казахстан и Национального Банка Республики Казахстан по обеспечению экономической и социальной стабильности на 2016-2018 годы. Одобрен на заседании Правительства Республики Казахстан (протокол № 51 от 8 декабря 2015 года).

Проводимая политика будет способствовать дальнейшему развитию, укреплению стабильности и повышению конкурентоспособности банковского сектора Казахстана.

Законодательство в сфере банковской деятельности сформировано и применяется уже более двадцати лет.

Основным нормативным правовым актом, регулирующим указанную сферу правоотношений, является Закон о банках и нормативные правовые акты, принятые в его исполнение.

Так в ходе анализа были рассмотрены законодательные акты в сфере банковской деятельности (см. Приложение № 1), а также принятые в реализацию анализируемого Закона подзаконные акты (см. Приложение № 2).

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции Республики Казахстан

Банковское законодательство Республики Казахстан основывается на Конституции, внутреннем (национальном) законодательстве республики и международным соглашениям и договорах, ратифицированные Казахстаном.

По мнению Е.Б. Стародубцева банковское законодательство – это комплексная отрасль законодательства, постепенно перерастающая в отрасль права, иначе говоря, совокупность гражданско-правовых норм, регулирующих товарно-денежные отношения, складывающиеся при осуществлении банками и кредитными организациями своей деятельности.⁹⁶ В то же время банковское законодательство – это совокупность и административно-правовых норм (финансово-правовых), регулирующих управление государственными финансами со стороны субъектов банковской системы.

Г.А. Тосуняна, А.Ю. Викулина и А.М. Экмаляна считают, что банковское законодательство является комплексной отраслью и в этом качестве представляет собой специфическое структурное образование в системе российского законодательства, которое используют для комплексного правового регулирования всех сторон деятельности банковской системы нормы различных отраслей права.⁹⁷

В Декларации о государственном суверенитете Казахской Советской Социалистической Республики⁹⁸, принятой Верховным Советом республики Казахстан 25 октября 1990 года были провозглашены принципы государственного суверенитета Казахстана. Так, в пункте 10 рассматриваемой Декларации предусматривается право Казахской ССР образовать государственный национальный банк, подчиненный Верховному

⁹⁶ Гражданско-правовое регулирование банковской деятельности. Учебное пособие/ Под. ред. проф. Е.А.Суханова. – М.: ЮрИнфоР, 1994.- 345.

⁹⁷ Викулин А.Ю. Системообразующие понятия банковского законодательства Российской Федерации и их роль в деятельности кредитных организаций (финансово-правовой аспект). Дисс. ... канд. юр. наук. М., 1997.

⁹⁸ Декларация о государственном суверенитете Казахской Советской Социалистической Республики» от 25 октября 1990 года/ Казахстанская правда. – 1990.- 29 октября.

Совету Республики, свою финансово-кредитную систему, самостоятельно формирует государственный бюджет, организует налоговую и союзно-республиканскую таможенную систему. Казахская ССР имеет право на свою долю в общесоюзном имуществе соответственно вкладу республики, в том числе в алмазном, валютном фондах и золотом запасе.

В Дальнейшем положения Декларации о государственном суверенитете Казахской ССР были подтверждены в Конституционном законе «О государственной независимости Республики Казахстан» от 16 декабря 1991 года, где в статье 12 рассматриваемого Конституционного закона установлено положение о том, что Республика Казахстан имеет Государственный национальный банк, вправе создать свою финансово-кредитную, денежную системы, организует республиканские налоговую и таможенную системы. Республика Казахстан формирует свой золотой запас, алмазный и валютный фонды.

Первая Конституция независимого Казахстана, принятая Верховным Советом 28 января 1993 года сыграла важную роль в деле укрепления суверенитета республики. Многие ее положения послужили основой формирования рыночных отношений в Казахстане. В частности, положения о том, что экономика республики основывается на многообразных формах собственности и государство обеспечивает равенство перед законом всех субъектов собственности (ст. 45); частная собственность не прикосновенна. Никто не может быть лишен своей собственности, иначе как по решению суда (ст.47); банковскую систему в Республики Казахстан составляют Национальный Банк Республики Казахстан, а также иные государственные и частные банки (ст.121); государство оказывает содействие развитию негосударственных форм страхования и банковского дела (ст.123).

Таким образом, первая Конституция Республики Казахстан⁹⁹ содержала ряд важных для банковского права норм, которые явились основой правового регулирования банковской системы в Республике Казахстан.

Во-первых, она устанавливала, что правовое регулирование банковской деятельности должно осуществляться только законами, принятыми органами государственной власти.

Во-вторых, на конституционных нормах зиждется право граждан на предпринимательскую деятельность, в том числе путем предоставления банковских услуг. В Республики Казахстан гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. В Республики Казахстан признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности.

⁹⁹ Конституция Республики Казахстан. Верховный Совет Республики Казахстан от 28 января 1993 года. Утратила силу в связи с принятием новой конституции 30 августа 1995 г., см. Указ Президента от 6 сентября 1995 г. N 2454

Конституционные основы банковского права образуют те нормы Конституции Республики Казахстан, которые в той или иной степени соотносятся с банковской деятельностью либо устанавливают ограничения этой деятельности. К этим основам необходимо отнести следующие группы норм:

- непосредственное отношение к банковской деятельности (нормы о Национальном Банке);
- регулирующие права и свободы граждан в части установления запретов, например на изъятия собственности;
- устанавливающие компетенцию и уровень правового регулирования.

С позиции регулятивного воздействия в конституционных основах банковского права следует точно так же, как это предлагается в литературе по теории права, выделять конституционные принципы-законоположения, содержащие в себе только некоторую идею, принцип.¹⁰⁰ Таковыми будут статья 26 Конституции Республики Казахстан, устанавливающая, что никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда, а также статья 35, требующая, чтобы каждый платил законно установленные налоги и сборы. Эти ряд других норм такого порядка дают возможность при рассмотрении спора непосредственно применять их, а не те законы, которые им порой даже противоречат. Следует согласиться с Н.С. Малеиным, указывающим, что и обычные суды могут при рассмотрении дел «оценивать содержание закона или иного нормативного правового акта, регулирующего данное правоотношение, и во всех необходимых случаях применять Конституцию в качестве прямого действия».¹⁰¹

Кроме конституционных принципов-законоположений, принято выделить принципы нормы, то есть такие конституционные нормы, которые не нуждаются в принятии отраслевых законов, а обладают четко выраженным регулятивным потенциалом. В сфере банковского права к числу названных принципов следует отнести те нормы, которые регламентируют порядок назначения руководства Национального банка, его отчетность.

Так, на основании подпункта 5 части 1 статьи 53 Конституции Республики Казахстан назначения на должность и освобождения от должности Председателя Национального банка Республики Казахстан отнесено к компетенции Парламента, который рассматривает этот вопрос по инициативе Президента Республики Казахстан.

На рынке финансовых услуг единственным эмитентом денег является Национальный банк Республики Казахстан. Никаких дополнительных нормативных актов для реализации этого положения не требуется, а то, что аналогичная норма содержится и в законе о Национальном банке, означает простое повторение уже существующего предписания.

¹⁰⁰ Конституция Республики Казахстан принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года

¹⁰¹ Малеин Н.С. Правовые принципы, нормы и судебная практика // Государства и право. - 1996 № 9 - С 12.

Значение конституционных основ банковского права состоит в следующем. Во-первых, они программируют банковскую деятельность, распространяя на нее правовой режим предпринимательства и устанавливая свободу передвижения капитала и финансовых услуг (ст. 26 Конституции РК).

Государство на уровне Конституции создает гарантии сферы реализации банковских услуг, устанавливая при этом некоторые правила и принципы. Среди принципов можно рассматривать указанные в статье 26 Конституции Республики Казахстан свобода экономической деятельности, конкуренцию, равную защиту всех форм собственности и др.

Во-вторых, конституционные основы устанавливают тот минимум гарантий прав и интересов участников банковских правоотношений, который не может быть ограничен специальными банковскими нормами. К числу таких прав и свобод можно отнести право на собственность, право на информацию, право на защиту и т.п.

В-третьих, конституционные нормы создают основу для единообразного банковского правового регулирования на всей территории Республики Казахстан.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

Международные правовые акты, регулирующие банковскую деятельность, обладают теми же свойствами, что и любые международные акты, а именно:

- они являются обычаями, установленными практикой, либо договорами;
- сложен механизм, обеспечивающий их реализацию;
- в значительной своей части эти нормы нашли свое выражение в национальном законодательстве.

В то же время в силу того, что банковская деятельность обладает объективно обусловленным стремлением к унификации и стандартизации, роль международно-правовых актов значительно возрастает. Вполне понятно, что для обеспечения эффективности потоков движения денег необходимо, чтобы термин, например «аккредитив» понимался одинаково всеми участниками платежных отношений независимо от того, где находится, по какому национальному законодательству созданы и действуют. Если банки разных стран будут по-разному толковать и применять различные платежные документы и операции, совершаемые по ним, то не только эффективность платежных операций, но и сама возможность их осуществить окажется под вопросом.

Следует согласиться с О.М. Олейник¹⁰², который основные международные акты в банковской сфере делит на три группы актов.

Первую группу представляют собой правила совершения отдельных видов банковских операций (Унифицированные правила по инкассо, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, типовые законы и руководства о международных кредитных переводах, об электронном переводе средств, унифицированные правила о договорных гарантиях и гарантиях по первому требованию) Особенностью этих актов является то, что их действия распространяются на всех участников тех или иных операций автоматически, без специальных ссылок, если стороны хотят, чтобы это не происходило, они могут в договоре оговорить, что, например, к данному аккредитиву не применялось Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов. Такой вывод о правовой природе этих актов следует из того, что практически в каждом из них есть нормы такого типа, как п. А Унифицированных правил по инкассо, установивший, что «настоящие положения и определения и последующие статьи применяются по всем инкассо... и являются обязательными для всех заинтересованных сторон, если иное прямо не согласовано....».

Вторую группу норм образуют двух или многосторонние конвенции, которые действуют на территории подписавших их стран.

Среди таких конвенций следует назвать, прежде всего, Женевскую конвенцию о переводном и простом векселях, Конвенцию о чеках, сюда же следует отнести и конвенции об оказании правовой помощи, которые могут использоваться для получения банковской информации, обращения взыскания на денежные средства, находящихся на банковских счетах, и т.п.

Отдельно отстоят международные банковские стандарты, разрабатываемые Международной организацией по стандартизации, в которую на правах комитет-членов входят аналогичные национальные организации. Эти стандарты готовят технические комитеты и они представляют собой совокупность технических требований по оформлению банковских документов, соблюдение которых имеет правовое значение, поскольку они используются в международной банковской практике. В настоящее время такие стандарты действуют по поводу подписей официальных лиц, уполномоченных подписывать банковские документы, платежных поручений, перевода денег по банковским чекам, организации кодирования, идентификационных карточек, разных типов и видов.

Третью группу составляют содержащиеся в названных и других международно-правовых актах банковские обычаи и правила, ссылка на которые обязательна при решении споров. Такова, например, норма статья 1 Унифицированных правил по инкассо, гласящая, что банки будут действовать добросовестно и проявлять разумную заботливость.

Несколько иная норма этого же акта устанавливает также на наш взгляд банковский обычай, состоящий в том, что банки несут

¹⁰² Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. – М.: Юристъ, 1997. – 424 с.

ответственность за выполнение обязательства в натуре, по которому осуществляется платеж (ст. 4).

Таким образом, правовое знание рассматриваемых норм имеет двоякий характер:

- они непосредственно применяются ко всем банковским операциям, выходящим за пределы одной страны;

- описанные в них правила и обычаи могут использоваться при реализации национального законодательства, если оно отсылает к таким обычаям и не дает их описания.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан

Закон о банках соответствует нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

Обзор банковского сектора Казахстана

Банковский сектор Казахстана на сегодняшний день состоит из 34-х банков второго уровня. В течение первого полугодия 2016 года, банковский сектор Казахстана уменьшился на один банк - в соответствии с Постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан АО «ЕУ Банк» (ДБ АО «Евразийский банк») было выдано разрешение на осуществление добровольной реорганизации путем присоединения к АО «Евразийский банк». Все имущество, права и обязанности ЕУ Банк переданы АО «Евразийский банк».¹⁰³

Согласно Прогнозу социально-экономического развития Республики Казахстан на 2017-2021 годы¹⁰⁴, в 2016 году мировая экономика все еще находится в условиях низкого роста и характеризуется слабой динамикой спроса и инвестиционных расходов, низкими темпами инфляции, повышенным уровнем безработицы. Но имеются и позитивные для казахстанской экономики тенденции: за шесть месяцев 2016 года нефть подорожала на 28,5 %, металлы – на 4,6 %. Несмотря на воздействие внешних факторов, экономика Казахстана по итогам января-июня 2016 года перешла в положительную зону и рост ВВП составил 0,1%. Вместе с тем, отрицательное влияние на рост ВВП оказало снижение объемов промышленного производства на 1,6 %, внутренней торговли – на 4,9 %, информации и связи – на 4,1 %.

Неблагоприятная макроэкономическая ситуация с сокращением реального ВВП отображается на банковском секторе. Сокращение инвестиций, обесценение национальной валюты и инфляция сказываются на сокращении потребительского спроса и реальных доходах населения.¹⁰⁵

¹⁰³ Обзор банковского сектора Казахстана 6 месяцев 2016 года. URL: <http://kazks.kz/media/ckeditor/1470021223.pdf> (дата обращения: 11.12.2016).

¹⁰⁴ Прогноз социально-экономического развития Республики Казахстан на 2017-2021 годы. Одобрен на заседании Правительства Республики Казахстан (протокол № 29 от 31 августа 2016 года).

¹⁰⁵ Банковский сектор Казахстана: итоги 2016 года. АО «Рейтинговое Агентство РФЦА». URL: <http://rfcaratings.kz/wp-content/uploads/2015/11/Bankovskij-sektor-2016-g.pdf> (дата обращения: 11.12.2016).

В отличие от реального ВВП, в номинальном выражении ВВП Казахстана возрастает. Возрастает и уровень проникновения финансовых услуг в экономику Казахстана, оцениваемый специалистами АО «Рейтинговое Агентство РФЦА» как достаточно высокий – по итогам 2015 года активы банковского сектора Казахстана составляли более 57% ВВП республики, по итогам 8 месяцев 2016 активы - свыше 60%. Доля ссудного портфеля банков в ВВП республики составляет порядка 38%.

К сравнению, на конец 2015 года в России банковские активы превысили ВВП РФ, что соответствует стратегии Центробанка России, и объясняется тем, что динамика ВВП была ниже динамики банковских активов (-1,6% в реальном выражении).

В Белоруссии доля банковского сектора составила порядка 71% ВВП республики. В среднем, банковский сектор Казахстана растет на 11% в последние несколько лет, в 2015 году прирост составил порядка 30%. По оценкам РА РФЦА рост сектора по итогам 2016 года составит около 7-8% на уровне 25,5 млрд. тенге.

Банковский сектор демонстрирует низкий аппетит к кредитованию. Кредиты банковского сектора снизились на 1,5% с начала года. Почти у всех крупных банков сократился ссудный портфель за 6 месяцев 2016 года. Самое большое снижение среди крупных банков продемонстрировали Сбербанк (-11,3%), KaspiBank (-8,6%) и Банк ЦентрКредит (-6,7%).

Средние и мелкие банки продемонстрировали рост кредитов. Подобное нежелание банков выдавать кредиты, связано с увеличением риска неплатежеспособности заемщиков на фоне ухудшения экономической ситуации в стране и девальвации курса тенге, а так же в связи с возможностью размещать деньги на относительно безрисковом денежно-кредитном рынке под высокие ставки.

Неработающие кредиты снизились до 9,8% на конец 3 квартала 2016 года с 10,2% на конец 2 квартала благодаря новому кредитованию и списанию кредитов. Подход НБРК в отношении признания банками в качестве проблемной задолженности реструктурированных и прочих стрессовых кредитов и кредитов в иностранной валюте продолжает оставаться мягким в виду того, что регулятор отложил запланированный обзор качества активов сектора до конца 2017 года.¹⁰⁶

Самый большой рост депозитов продемонстрировали АТФ Банк (24,2%) и Народный Банк (13,7%). Среди крупных игроков, самое значительное снижение депозитной базы было у KaspiBank (-7,4%). Рост у АТФ Банка и у Народного Банка был за счет значительного пополнения средств со стороны юридических лиц, вероятно со стороны квазигосударственного сектора. Так, 97% роста всех депозитов у АТФ Банка за 6 месяцев было за счет юридических лиц, а у Народного Банка данный

¹⁰⁶ Fitch опубликовало отчет за 3 квартал 2016 года о состоянии банков РК. URL: <http://prodengi.kz/lenta/fitch-opublikovalo-otchet-za-3-kvartal-2016-goda-o-sostoyanii-bankov-rk/>(дата обращения: 26.11.2016).

показатель равен 86%. Соотношение депозитов от физических лиц и юридических лиц по состоянию на 1 июля 2016 года составляет 43% и 57%, соответственно. Значительного изменения с начала года не наблюдалось.¹⁰⁷

Долю розничных вкладов за год в общем портфеле нарастили 18 из 34 БВУ. При этом некоторые банки принципиально переключились на розницу, увеличив вес физических лиц во вкладах сразу на 10–20%.

Лидером в этом является Банк Хоум Кредит, который нарастил долю вкладов розничных клиентов в общем депозитном объеме сразу на рекордные 21,5 процентных пункта, до 42,7%, следом идет ВТБ - плюс 18,6 п. п., до 45,7%. Замыкает тройку лидеров Сбербанк, увеличивший вес розницы на 18,3 п. п., до 52,8%.

Среди топ-10 БВУ, активно следующих тренду переключения на розничного клиента, самая высокая эффективная ставка по розничным депозитам у Банка Хоум Кредит (16,3% и 15,2%). Далее, со ставкой 14,9%, расположились KaspiBank, ForteBank и AsiaCreditBank. У лидеров, помимо высоких ставок по депозитам, также имеется возможность неограниченного пополнения и снятия своих вкладов, что в совокупности влияет на выбор клиентами именно их продуктов.

Также ключевым фактором при выборе депозита для рядового казахстанца является минимальная сумма вклада. Наименьшую сумму входа предлагают Банк Хоум Кредит и KaspiBank - всего от 1 тыс. тенге. С суммой от 3 и 5 тыс. тенге можно открыть депозит в Сбербанке, в AsiaCreditBank минимальная сумма вклада начинается от 5 тыс. тенге.¹⁰⁸

В плане доходности, банковский сектор показал хорошие результаты. Рентабельность капитала (ROAE) за 6 месяцев 2016 года составила 16,0%. Самую лучшую доходность продемонстрировал Казкоммерцбанк – 27,1%. Значительный убыток продемонстрировал Евразийский Банк (-16,8%). Качество ссудного портфеля банковского сектора осталась неизменным с начала года. Доля кредитов с просрочкой платежей более 90 дней составила 7,9% по сектору. Среди крупных игроков, самый высокий уровень проблемных кредитов у АТФ Банка (13,1%) и Народного Банка (10,8%), в то время как Цеснабанк (5,4%) и Сбербанк (7,5%) в этом отношении чувствуют себя значительно лучше конкурентов. Качество портфеля средних и мелких банков лучше, чем у крупных.

В целом, деятельность банков за первое полугодие 2016 года экспертами была охарактеризована следующим образом:¹⁰⁹

¹⁰⁷ Обзор банковского сектора Казахстана 6 месяцев 2016 года.

URL: http://kazks.kz/media/ckeditor/1470021223_Банковский%20сектор%20Казахстана%20за%206М2016.pdf (дата обращения: 11.12.2016).

¹⁰⁸ Экономический штиль разворачивает банки в розницу/ Информационный портал «Investfunds.kz» от 09.11.2016. URL: <http://investfunds.kz/news/jekonomicheskij-shtil-razvorachivaet-banki-v-roznicu-kapital-52097/> (дата обращения: 11.12.2016).

¹⁰⁹ Обзор банковского сектора Казахстана 6 месяцев 2016 года.

URL: http://kazks.kz/media/ckeditor/1470021223_Банковский%20сектор%20Казахстана%20за%206М2016.pdf (дата обращения: 11.12.2016).

1. Низкий аппетит к кредитованию ввиду увеличенного риска в экономике и наличие возможности направить данные средства в менее рискованный, но высокодоходный денежно-кредитный рынок; Рост депозитов остался достаточно стабильным;

2. Доходность банковского сектора была высокой;

3. Качество ссудного портфеля не претерпела значительных изменений.

Согласно отчетам о результатах рассмотрения Национальным Банком Республики Казахстан и его территориальными филиалами обращений физических и юридических лиц по вопросам предоставления финансовых услуг банками второго уровня¹¹⁰ в декабре 2015 года в Центральный аппарат Национального Банка Республики Казахстан поступило 619 обращений физических и юридических лиц, в территориальные филиалы - 670 обращений.

Анализ обращений физических и юридических лиц показывает, что причинами, послужившими основанием для обращений являются:

- агрессивная реклама предлагаемых продуктов
- недостаточное представление информации об условиях предлагаемой услуги;

- отсутствие адекватной оценки платежеспособности заемщика при выдаче займа;

- составление сложных к восприятию договоров банковского займа;

- дисбаланс договорных полномочий финансовых организаций по отношению к потребителю, который заведомо стоит в неравной позиции;

- неограниченный перечень комиссий в связи с получением и обслуживанием займа;

- непринятие банками своевременных мер по взысканию просроченной задолженности;

- обращение взыскания на деньги, находящиеся на банковских счетах, и списание с них сумм в 100% размере;

- списание основного долга, вознаграждения или пени по займам неплатежеспособных заемщиков.

Показатель 4. Наличие коллизий между нормами закона и нормами иных законов

Договор займа и кредитный договор

В подпункте 1) пункта 1 статьи 6 Закона о банках предусмотрена запрещающая норма: ни одно лицо, не имеющее соответствующей лицензии уполномоченного органа, не имеет права выполнять банковские операции в качестве основной или дополнительной деятельности. Статья 30 рассматриваемого Закона относит к банковским операциям банковские заемные операции. При этом договор займа, определенный в Гражданском кодексе, имеют права заключать любые лица независимо от наличия

¹¹⁰ Защита прав потребителей финансовых услуг на официальном интернет-ресурсе Национального Банка Республики Казахстан

лицензии. Указанное, на первый взгляд, противоречие продиктовано целями защиты интересов заемщиков, исключения из данного рынка недобросовестных кредиторов. Однако полагаем, что договор банковского кредита носит специальный характер и отличается по условиям его заключения от договора займа: условие о субъекте, возможность отказа кредитором в заключение договора.

В этой связи полагаем необходимым включить в Гражданский кодекс нормы о кредитном договоре, которые будут носить специальный характер относительно положений по договору займу.

Гражданские правоотношения в сфере банковской деятельности

Первоначально отметим, что в горизонтальных банковских отношениях банк или иная финансовая организация, осуществляющая отдельные банковские операции, являясь «сильной» стороной, способно ограничить, нарушить права и законные интересы заемщика, клиента, вкладчика.

В этой связи нормы Гражданского кодекса, основываясь на принципах равенства сторон, свободы договора и иных принципах гражданского права, устанавливая общие нормы, не всегда могут в полной мере учесть интересы клиента банка. Для этой цели банковское законодательство при регулировании горизонтальных отношений направлено на детальное закрепление положений, защищающих законные интересы клиента банков и иных финансовых организаций, но не должно идти в разрез с общеустановленными нормами гражданского законодательства.

Гражданское законодательство регулирует отношения, складывающиеся между банком и клиентом. Действующий Гражданский кодекс Республики Казахстан (*далее - ГК*) вступил в силу 1 марта 1995 года. Первое же изменение в него было внесено Указом Президента Республики Казахстан, имеющим силу закона, от 1 марта 1995 года, которым предусматривался приоритет банковского законодательства перед нормами законодательства гражданского.¹¹¹

В настоящее время эту норму удалось скорректировать, приняв в редакции, предусматривающей приоритет банковского законодательства лишь при регулировании отношений, связанных с созданием, реорганизацией, банкротством и ликвидацией банков, банковским контролем и лицензированием банковских операций.

Что касается отношений между банками и их клиентами, а также отношений между клиентами через банки, то здесь восстановлен приоритет гражданского законодательства. И в случае противоречий в данной области между нормами ГК и законами, регулирующими банковскую деятельность, применению подлежат акты гражданского законодательства.

Как отмечает М.К. Сулейменов, с принятием Особенной части количество противоречий в ГК резко возросло (Глава 36 «Заем», Глава 37 «Финансирование под уступку денежного требования (факторинг)», Глава 38

¹¹¹ Басин Ю.Г., Сулейменова М.К. Почему нацбанковским управляющим не нравится Гражданский кодекс? // Юрист. 2003. №2.

«Банковское обслуживание») ввиду того, что данные главы разрабатывались специалистами Национального Банка. Статья 760 ГК была изменена через 3 месяца после введения в действие Особенной части, поскольку первоначальная редакция статьи чрезмерно защищала интересы вкладчика, по мнению Национального банка (ранее размер вознаграждения по договору банковского вклада должен был быть не менее официальной ставки рефинансирования Национального Банка на день выплаты вознаграждения). Кроме того, статья 715 смешивает договор с депозитным договором, параграф 4 называется «Банковский вклад», но не применяется термин «депозит». В последующем Законом от 11 июля 1997 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам банковской деятельности» механически изменены понятия: гарантия и поручительство.¹¹²

Банковская гарантия

В пункте 1 статьи 329 ГК предусмотрено, что в силу гарантии гарант обязывается перед кредитором другого лица (должника) отвечать за исполнение обязательства этого лица полностью или частично солидарно с должником, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами. В соответствии со статьей 336 ГК **гарантия прекращается** с прекращением обеспеченного им обязательства, **по истечении срока, на который она дана, указанного в договоре гарантии**. Прекращение договора здесь связано с событием, носящим вероятностный характер (поскольку нельзя заранее определить, когда будет фактически исполнено основное обязательство), поэтому в этом случае должны применяться нормы ГК, относящиеся к действию договора при отсутствии в нем сроков. В ГК общей нормой по этому поводу является статья 277, которая гласит, что *«в случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условий, позволяющих определить этот срок, оно должно быть исполнено в разумный срок после возникновения обязательства. Обязательство, не исполненное в разумный срок, а равно обязательство, срок исполнения которого определен моментом востребования, должник обязан исполнить в семидневный срок со дня предъявления кредитором требования о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не вытекает из законодательства, условий обязательства, обычаев делового оборота или существа обязательства»*. Специальной нормой является пункт 4 статьи 336 ГК, который называет специальные сроки исполнения обязательства, не содержащего срока исполнения *«Гарантия и поручительство прекращаются по истечении срока, на который они даны, указанного в договоре гарантии или поручительства. Если такой срок не установлен, они прекращаются, если кредитор в течение одного года со дня наступления срока исполнения обеспеченного гарантией или*

¹¹² Становление и развитие гражданского законодательства Республики Казахстан. Сулейменов М.К. – Алматы, 2006. – 356 с. С.183-189.

поручительством обязательства не предъявит иска к гаранту или поручителю. Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования, гарантия и поручительство прекращаются, если кредитор не предъявит иска к гаранту или поручителю в течение двух лет со дня заключения договора гарантии или поручительства, если иное не предусмотрено законодательными актами.»¹¹³

В соответствии с подпунктом 15) пункта 2 статьи 30 Закона о банках одной из банковских операций относится выдача банками банковских гарантий, предусматривающих исполнение в денежной форме. Правилами выдачи банками второго уровня банковских гарантий и поручительств, утвержденными постановлением Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 28 апреля 2008 года №55 (далее - Правила), урегулирован порядок выдачи банками второго уровня банковских гарантий.

В Правилах предусмотрено, что договор банковской гарантии должен содержать условие о сроке, на который выдана банковская гарантия или поручительство, или обстоятельство (событие), при наступлении которого прекращается обязательство банка, выдавшего банковскую гарантию или поручительство (срок действия банковской гарантии или поручительства), если иное не установлено договором банковской гарантии или поручительства.

В правоприменительной практике гарантию, срок которой определяется событием, именуют бессрочной. В настоящее время выявляется проблема применения бессрочной гарантии, влияющей на состояние банковской системы. Банковские гарантии находят широкое применение, в то же время отсутствует проверка обеспеченности банковских гарантий, проверка банков, не предусмотрены условия выдачи банковских гарантий, влияющие на их надежность.

Значительную роль в выведении банковского сектора из кризиса сыграло государство. К началу 2009 года было оперативно принят Закон «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О государственных закупках». Для стимулирования внутреннего спроса и поддержки отечественных предприятий государственные закупки были ориентированы на казахстанских поставщиков. Для принятия оперативных решений, оказания реальной помощи отечественному бизнесу за счет предоставления гарантий, долговременных заказов государственные холдинги и национальные компании выведены из-под действия законодательства, регулирующего государственные закупки. Именно этот факт сыграл важнейшую роль в развитии банковской гарантии. В связи с финансовой нестабильностью и проблем ликвидности предприниматели во избежание риска предпочитали работать с государством. Эти изменения внесли не только преимущества. В данный момент банки по предпочтению

¹¹³ А. Диденко. Гарантия – как способ обеспечения исполнения контрактов//<http://online.prg.kz>

своих клиентов выдают бессрочные гарантии, что значительно повышает их риски. Часто бывает, что необходимая услуга или поставка не осуществляется принципалом в срок, причем виной этому служит сам бенефициар, так как деньги из государственного бюджета зачастую поступают с опозданием. И тогда, например, клиент не может вовремя сдать объект. Учитывая этот факт, государственные органы требуют, чтобы в гарантиях не указывались сроки окончания.¹¹⁴

В этой связи полагаем, что применение бессрочных банковских гарантий соответствует законодательству и обусловлено правоприменительной практикой.

Однако при изучении опыта российской федерации наблюдаем преобладание императивного метода в регулирования банковских гарантий в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Для обеспечения заявок при проведении конкурсов и аукционов в соответствии с Федеральным законом от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Федеральный закон) принимается не любая банковская гарантия. Так, в соответствии со статьей 45 Федерального закона банковские гарантии должны быть включены в перечень банков, отвечающих установленным требованиям для принятия банковских гарантий в целях налогообложения согласно статье 74.1 Налогового кодекса Российской Федерации.

Для включения в перечень банк должен удовлетворять следующим требованиям:

1) наличие лицензии на осуществление банковских операций, выданной Центральным банком Российской Федерации, и осуществление банковской деятельности в течение не менее пяти лет;

2) наличие собственных средств (капитала) банка в размере не менее 1 миллиарда рублей;

3) соблюдение обязательных нормативов, предусмотренных Федеральным законом от 10 июля 2002 года N 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)», на все отчетные даты в течение последних шести месяцев;

4) отсутствие требования Центрального банка Российской Федерации об осуществлении мер по финансовому оздоровлению банка на основании Федерального закона от 25 февраля 1999 года N 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» и Федерального закона от 27 октября 2008 года N 175-ФЗ «О дополнительных мерах для укрепления стабильности банковской системы в период до 31 декабря 2014 года».

Далее в Федеральном законе подробно предусмотрены условия, которым должна соответствовать банковская гарантия.

¹¹⁴ Серикбаева Ж.Д. Развитие банковской гарантии на фоне финансовой нестабильности банковской системы.

Банковская гарантия должна быть безотзывной и должна содержать:

- 1) сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику в установленных частью 13 статьи 44 настоящего Федерального закона случаях, или сумму банковской гарантии, подлежащую уплате гарантом заказчику в случае ненадлежащего исполнения обязательств принципалом в соответствии со статьей 96 настоящего Федерального закона;
- 2) обязательства принципала, надлежащее исполнение которых обеспечивается банковской гарантией;
- 3) обязанность гаранта уплатить заказчику неустойку в размере 0,1 процента денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки;
- 4) условие, согласно которому исполнением обязательств гаранта по банковской гарантии является фактическое поступление денежных сумм на счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику;
- 5) срок действия банковской гарантии с учетом требований статей 44 и 96 настоящего Федерального закона;
- 6) отлагательное условие, предусматривающее заключение договора предоставления банковской гарантии по обязательствам принципала, возникшим из контракта при его заключении, в случае предоставления банковской гарантии в качестве обеспечения исполнения контракта;
- 7) установленный Правительством Российской Федерации перечень документов, предоставляемых заказчиком банку одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по банковской гарантии.

Таким образом, для защиты интересов кредитора в договоре гарантии, повышения доверия к банковским гарантиям, обеспечения устойчивости банковской системы следует предусмотреть требования к банкам по проведению банковской операции по выдаче банковской гарантии, а также к банковским гарантиям.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Устаревших норм в Законе о банках не выявлено.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

Неэффективно реализуемых норм в Законе о банках не выявлено.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Дублирующих норм в Законе о банках не выявлено.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

О не предоставлении полной информации об условиях предлагаемой услуги банками второго уровня

Согласно пункту 2 Правил ведения документации по кредитованию, утвержденных постановлением Правления Агентства Республики Казахстан

по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 23 февраля 2007 года № 49, банк осуществляет предоставление кредитов в соответствии с правилами о внутренней кредитной политике и правилами об общих условиях проведения операций.

Указанные правила являются внутренними документами, утверждаемыми Советами директоров каждого банка индивидуально. Поскольку каждый банк организывает свои правила самостоятельно, соответственно и условия существенно отличаются друг от друга.

В соответствии с пунктом 4 Правил предоставления банковских услуг и рассмотрения банками обращений клиентов, возникающих в процессе предоставления банковских услуг, утвержденными постановлением Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 28 февраля 2011 года №19, при обращении клиента в банк в целях получения банковской услуги банк по первому требованию клиента предоставляет ему для ознакомления правила об общих условиях проведения операций.

Таким образом, законодательство позволяет банкам при оказании банковских услуг представлять необходимую информацию об условиях услуги не на постоянной основе, что не повышает риски клиента в ненадлежащей оценке положительных и отрицательных свойств услуги.

Считаем, что положения указанных Правил неэффективны и должны быть в открытом доступе на постоянной основе, поскольку полагаем, что клиент в любое время заинтересован в получении информации о банковской услуге.

Изложенным предлагаем редакцию пункта 3 статьи 32 Закона о банках дополнить положением об обязанности банка своевременно (до оказания услуги) информировать клиента о возможных рисках, связанных с проведением операции.

Законодательное закрепление мер социальной защиты клиентов, усиление ответственности банков за нарушения, связанные с банковской деятельностью.

1. Считаем необходимой и важной мерой социальной защиты заемщика предоставление на законодательном уровне условий получения отсрочки оплаты по графикам погашения при следующих обстоятельствах: выхода в отпуск по беременности и родам заемщика; длительной нетрудоспособности заемщика; потерей работы не по вине заемщика.

2. В статье 39 Закона о банках предусмотрено:

«Банки, организации, осуществляющие отдельные виды банковских операций, не вправе в одностороннем порядке изменять в сторону увеличения установленные на дату заключения договора банковского займа размеры и порядок расчета тарифов, комиссионных вознаграждений и других расходов по обслуживанию займа».

А также пункт 3 статьи 39 Закона о банках предусматривает:

«3. Банки, организации, осуществляющие отдельные виды банковских операций, обязаны в договорах банковского займа указывать полный перечень комиссий и их размеры, подлежащие взиманию в связи с выдачей займа, и не вправе в одностороннем порядке вводить новые виды комиссий в рамках заключенного договора».

Данные положения введены в 2011 году и предусматривают запрет только на введение новых комиссий в рамках заключенных договоров займа.

Однако на сегодняшний день банками изначально установлены различные комиссии и платежи, связанные с обслуживанием займов. Например, комиссия за рассмотрение документов клиента, комиссия за организацию и получение кредита, комиссия за открытие и ведение банковских счетов и другие платежи. В итоге весь этот перечень комиссий и платежей существенно повышает размер итоговой переплаты заемщика по кредиту.

В связи с этим необходимо законодательно закрепить запрет на взимание различного рода комиссий, при этом сопутствующие займу услуги должны отражаться в ставке вознаграждения по займу.

3. Следует внести поправки в действующее право в части установления запрета банкам на начисление вознаграждения по истечении 40 рабочих дней с момента выхода на просрочку клиента, то есть с момента выхода клиента на стабильную просрочку в силу финансовых затруднений банк не должен искусственно возвращать вознаграждение. Это было бы справедливо, добросовестно по отношению к гражданам, поскольку с 2006 года банки применяли и продолжают применять очень высокие ставки вознаграждения, используя аннуитетный метод погашения, когда в первую очередь погашается вознаграждение банка. При этом уплата суммы займа составляет незначительный процент. К примеру, из внесенной суммы платежа в 1000 долларов, банком удерживается на основной долг - 100 долларов, остальные 900 долларов уходит на вознаграждение банку. Зачастую, заемщик даже не понимает, что такое аннуитетный платеж, надлежащие разъяснения банками не предоставляются.

4. Возложение на заемщика обязанности по страхованию своей жизни и здоровья предусмотрены в части второй пункта 11 статьи 34 Закона о банках: *«Договором банковского займа на заемщика не может быть возложена обязанность страховать свою жизнь или здоровье.»*

Однако вышеуказанная норма не дает должного результата, и банки продолжают нарушать законодательство при этом обязывает граждан страховать свою жизнь или здоровье.

5. В Законе о банках следует указать, что добровольное исполнение исключает обращение взыскания на залоговое имущество путем проведения торгов, а также исключает любые иные действия судебного исполнителя по обращению взыскания на заработную плату, иное имущество заемщика (должника).

6. Банковские договоры исполняются не на двух языках, как требует Закон «О языках», а только на русском, что встречается в большинстве случаев.

7. Договор должен распечатываться в формате шрифта «Times New Roman» размером не менее 12, с одинарными межстрочными интервалами и применением абзацных отступов. Однако эти правила не соблюдаются, более выгодные условия печатаются банком мелким шрифтом, которые сложно читать, и эти нарушения никак не наказываются, так как Законом о банках подобная ответственность не предусмотрена.

В этой связи, предлагаем дополнить статью 39 Закона «Об исполнительном производстве и статусе исполнителя» в части сроков исполнения путем внесения термина «добровольное исполнение - добровольное ежемесячное внесение периодических платежей Заемщиком (должником), на основании решения суда, вступившего в законную силу, в счет погашения задолженности».

Усиление и расширение полномочий банковского омбудсмена

Законом о банках предусмотрен институт банковского омбудсмена по урегулированию разногласий между банками и заемщиками, получившими ипотечные займы. На практике омбудсман реальной помощи не оказывает.

Данный институт на сегодняшний день не имеет достаточных полномочий при решении проблемных вопросов банковских заемщиков, не представляет эффективных мер помощи выхода из сложной ситуации клиентов, не имеет возможности влиять, не обладает рычагами давления.

В этой связи, предлагаем усилить и расширить полномочия омбудсмена на все банковские услуги.

В целях улучшения работы с обращениями клиентов в статье 40-3 Закона о банках необходимо предусмотреть обязательное предварительное рассмотрение обращений банковским омбудсманом и, при отсутствии удовлетворения заявителя или не достижения определенного компромисса, рассмотрение обращения продолжить уполномоченным органом.

Недобросовестность банков в части пользования финансовой неграмотностью клиентов

Законом о банках приняты основополагающие нормы, устанавливающие требования в защиту прав потребителей финансовых услуг. Между тем, в рассматриваемом законе имеются негативные моменты, такие как нарушения прав потребителей финансовых услуг, которые необходимо законодательно урегулировать. В частности, недобросовестность банков в части пользования финансовой неграмотностью клиентов.

При нарушении заемщиками сроков оплаты плановых платежей банками были проведены «смягчающие» операции долговой нагрузки: реструктуризация, отсрочка, каникулы и разные льготные виды помощи, из-за которых задолженность заемщиков возрастает многократно. Причиной

является недобросовестность банков в связи с финансовой безграмотностью своих клиентов. К примеру, снижая ставку, банк осуществляет так называемую капитализацию, объединяя основной долг, проценты вознаграждения и пени с комиссиями в одной сумме, и в последующем на эту увеличенную сумму начисляет тот самый «новый процент», в итоге, искусственно увеличенная сумма займа в несколько раз увеличивает обязательства заемщика, просившего о помощи, но которому представлены условия, еще более ухудшающие его положение. Законодательством термины «капитализация», «рефинансирование» не предусмотрены, как и не предусмотрены правила, прямо запрещающие начисление процентов на проценты.

Как правило, клиент платит банку годами, а сумма займа, которая по логике должна становиться все меньше, на самом деле повышается, тогда как на руки он такой суммы никогда не получал. Такие примеры наглядны и наиболее часто встречаются в договорах различных банков.

В этой связи предлагается закрепить в понятийном аппарате Закона о банках термины «рефинансирование» и «капитализация», а также запретить использование сложных процентов в случае просрочки клиентами по договору банковского займа.

Отсутствие срока исковой давности на требования банков к заемщикам по ненадлежащему исполнению кредитных договоров

Согласно пункту 3 статьи 37 Закона о банках на требования банков, дочерних организаций банков, приобретающих сомнительные и безнадежные активы родительского банка, а также организации, специализирующейся на улучшении качества кредитных портфелей банков второго уровня, к заемщикам по неисполнению и (или) ненадлежащему исполнению кредитных договоров срок исковой давности не распространяется.

Между тем банки годами не обращаются в суды, искусственно увеличивая задолженность граждан. К тому же взыскание налогов ограничено сроком исковой давности (5 лет).

6 июля 2005 г. в Гражданский кодекс Российской Федерации были внесены изменения в части сокращения срока исковой давности по требованию о применении последствий недействительности ничтожной сделки с 10 до 3 лет. Общий срок исковой давности установлен в 3 года применительно ко всем субъектам гражданских правоотношений (ст. 196 ГК РФ). Специальные же сроки исковой давности предусмотрены в отдельных статьях ГК РФ и других законах.

Следует особо оговориться, что трехлетний срок исковой давности, предусмотренный ГК РФ, менее продолжителен в сравнении со сроками, установленными в других странах. Так, во Франции и Германии общий срок исковой давности равен 30 годам. Кроме того, установлена довольно сложная система сроков исковой давности.

В соответствии со ст. 2262 Французского гражданского кодекса все иски погашаются давностью в тридцать лет, за исключением требований, в отношении которых установлены сокращенные сроки исковой давности. В качестве таковых могут быть названы следующие сроки:

10 лет - в отношении того, кто приобретает добросовестно и в силу надлежащего основания недвижимость, если истинный собственник проживает в округе апелляционного суда, где расположена недвижимость, а 20 лет - если последний имеет место жительства вне этого округа (ст. 2265 ФГК);

5 лет - по требованиям из обязательств, по которым выполнение производится с определенной периодичностью (о взыскании заработной платы, процентов и т.д.);

от 6 месяцев до 2 лет - по требованиям, доказательство выполнения которых может быть утрачено в длительные сроки (иск поверенных об уплате их расходов и вознаграждения и т.д.).

В Германском гражданском уложении в параграфе 196 установлен общий срок исковой давности в 30 лет. Можно назвать следующие специальные сроки: 4 года - по требованиям об уплате периодических платежей; 3 года - по требованиям о возмещении вреда; 2 года - для притязаний из сделок повседневного оборота; от 6 месяцев до 2 лет - для некоторых притязаний коммерсантов.

Также значительно большие по продолжительности, чем в России, установлены общие сроки исковой давности и в других странах с романо-германской системой права. В Гражданском кодексе Португалии общий срок исковой давности установлен в 20 лет (ст. 309), в Швейцарском обязательственном законе - 10 лет (ст. 127).

В апреле 1997 г. Базельский комитет по банковскому надзору разработал Основные принципы эффективного банковского надзора. Однако в данном документе не предусмотрено норм по срокам претензионной и исковой давности.

Принимая во внимание изложенное, полагаем необходимым такое законодательное регулирование банковской деятельности, которое бы в полной мере соответствовало рыночным принципам, способствовало бы установлению равноправных отношений между клиентом и банком, общепринятых в мировой банковской практике.

Предлагается в статье 37 Закона о банках установить срок исковой давности три года. Началом срока исковой давности установить день, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права и о том, кто является надлежащим ответчиком по иску о защите этого права.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере информатизации, Закон содержит допустимое число отсылочных и бланкетных норм.

Применение отсылочных и бланкетных норм является оправданным и не противоречит статье 62 Конституции Республики Казахстан и требованиям Закона Республики Казахстан «О правовых актах».

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

В статье 9 Закона о банках устанавливается запрет в отношении размещения банками рекламы не соответствующей действительности. Из содержания нормы следует, что уполномоченным органом осуществляется мониторинг рекламы размещаемой банками. Целью мониторинга является защита интересов физических и юридических лиц, которые обладают правом получать достоверную информацию касательно общих условий проведения банком операций. К примеру, указание на низкую ставку вознаграждения по займам, не соответствующую действительности, является рекламным ходом, привлекающим клиентов и способствующим получению банком прибыли, то есть банк заинтересован, чтобы в случае размещения недостоверной информации такая информация как можно дольше не опровергалась в СМИ. Иными словами действующая редакция нормы дает возможность должностному лицу, при наличии материальной или иной заинтересованности, воздержаться от направления требования банку о внесении изменений в рекламу, не соответствующую действительности, ее прекращении или публикации ее опровержения.

Между тем, важным является закрепление не права, а обязанности уполномоченного органа требовать от банка внесения изменений в рекламу, не соответствующую действительности, ее прекращения или публикации ее опровержения.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона

1. Пункт 2 статьи 61-1 Закона о банках устанавливает исключение для исламских банков. Так, последние, в соответствии с рассматриваемой нормой, не участвуют в системе гарантирования депозитов.

Между тем с юридической точки зрения, не должно иметь значение вкладчиком какого банка является лицо, поскольку государство должно создавать правовые основы для восстановления нарушенных прав всем вкладчикам и гарантировать возврат вкладов в установленном законодательством размере депонентам в равной степени.

Таким образом, рассматриваемая норма подлежит пересмотру.

2. Понятие «банковская деятельность» является неоднозначным и в юридической литературе, и в законодательстве. Видимо, нет и определенного подхода к правовому регулированию банковской деятельности, использованию для этого правовых средств и механизмов.¹¹⁵ Действующее законодательство в банковской сфере было многократно реформировано и изменено. Можно констатировать, что законодательство о банках и

¹¹⁵ Жусупов А.Д. «Теоретические вопросы совершенствования финансового законодательства в Республике Казахстан». Вестник КарГУ.2006.

банковской деятельности является сейчас в Казахстане наиболее динамичным, и вследствие этого нестабильным. Например, в статье 30 Закона о банках было внесено множество различных поправок, изменений и дополнений пятью законами. Но даже действующая редакция вызывает массу теоретических споров и дискуссий.

Прежде всего это объясняется сложностью данного явления, необходимостью использования для его анализа не только положений действующего соответствующего законодательства в области банковского права, но и в целом ряде смежных отраслей: теории государства и права, конституционного, административного, гражданского и финансового права. Подобное исследование банковской деятельности должно иметь комплексный характер. Именно поэтому с общетеоретических позиций следует рассмотреть проблемы правового регулирования банковской деятельности в Республике Казахстан.

Банки и банковскую деятельность предполагаем рассмотреть как акты применения права, направленные на закрепление, развитие и совершенствование банковской системы и призванные обеспечить наиболее благоприятные для нее условия. Нормативные акты и акты применения права отражают наиболее характерные признаки банковской системы, ее сильные и слабые стороны, акцентируют внимание на ее проблемах. Такой подход оправдан и обоснован.

Предложения по развитию банковского законодательства Республики Казахстан

Потребительское кредитование

Потребительское кредитование является одним из основных направлений деятельности банков и иных небанковских организаций, его развитие положительно влияет на экономику государства. При этом существующие общие нормы о кредитовании не учитывают специфику данного вида кредитования, а отсутствие чёткости в формулировании приводит к различному их толкованию и проблемам в правоприменительной практике. Подобная ситуация не отвечает современным потребностям в условиях неуклонно возрастающего объёма предоставления кредитов физическим лицам (потребителям)¹¹⁶.

В Казахстане сфера потребительского кредитования не регулируется специальным нормативным правовым актом. Регулирование обеспечивается множеством нормативных правовых актов: Конституция, ГК, Закон о банках, Закон «О микрофинансовых организациях», Закон «О кредитных бюро и формировании кредитных историй в Республике Казахстан» и др. Следует отметить, что Закон РК «О защите прав потребителей» не распространяется на сферу финансовых услуг. Вопросы защиты в сфере финансовых услуг устанавливаются законами Республики Казахстан.

¹¹⁶ <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1350959>

В соответствии с Законом Республики Казахстан от 4 июля 2003 года №474 «О государственном регулировании, контроле и надзоре финансового рынка и финансовых организаций» *под финансовыми услугами* понимается деятельность участников страхового рынка, рынка ценных бумаг, добровольного накопительного пенсионного фонда, банковская деятельность, деятельность организаций по проведению отдельных видов банковских операций, осуществляемые на основании лицензий, полученных в соответствии с законодательством Республики Казахстан, а также деятельность единого накопительного пенсионного фонда, центрального депозитария, единого регистратора и обществ взаимного страхования, не подлежащая лицензированию.

В *зарубежном законодательстве* правоотношения в сфере потребительского кредитования, как правило, регулируются специальными законами, которые учитывают специфику данной сферы, а также содержат положения, направленные на защиту прав и интересов всех участников рассматриваемых правоотношений.

Исторически первые законы о потребительском кредите были приняты в США (Закон «О защите потребительского кредита» 1968 г.), Великобритании (Закон «О потребительском кредите» 1974 г.), во Франции (Потребительский кодекс Франции 1979 г.). Закон США «О защите потребительского кредита» устанавливает справедливые правила предоставления займов, верхние пределы ставок, правила продажи товаров с рассрочкой и отсрочкой платежа, специальные оговорки в договорах. В указанном законе предусмотрены средства судебной защиты кредитора, а также случаи, в которых суд имеет право обращать взыскание и проводить реализацию обеспечения, а также накладывать арест на имущество должника.

В 1987 году вступила в силу Директива Совета Европы от 22 декабря 1986 года №87/102/ЕЕС, регулирующая потребительский кредит. В течение последующие трех лет многие страны-члены Европейского союза имплементировали указанную Директиву в национальное законодательство, приняв специальные законы либо поправки к действующим нормативным актам (в том числе к гражданским кодексам).

В 1975 году была принята резолюция Совета Европы о предварительной программе Европейского союза по защите потребителя и информационной политики. В соответствии с указанной резолюцией защиты экономических интересов потребителей должна базироваться на следующих принципах:

- 1) защита приобретателей товаров и услуг от включения в договоры положений, ущемляющих их права;
- 2) недопущение нанесения ущерба экономическим интересам потребителя в результате неудовлетворительного оказания услуг;
- 3) запрет на проведение презентаций и продвижение товаров и услуг, включая финансовые услуги, в форме, вводящей в заблуждение (прямо или

косвенно) лиц, которым они оказываются или которые заинтересованы в таких услугах.

В странах Европейского союза действует Директива Европейского парламента и Совета Европы от 23 сентября 2002 года №2002/65/ЕС и Директива Европейского парламента и Совета Европы от 28 октября 2004 года об унификации законодательства стран-членов Европейского союза в области потребительского кредита. Отметим, что во всех европейских юрисдикциях законодательство о защите заемщиков на кредитном рынке является элементом общего законодательства о защите прав потребителей, то есть если специальный закон не регулирует отдельные отношения, то применяются общие нормы. Тем не менее европейские эксперты отмечают, что рынок потребительского кредитования в большинстве европейских стран имеет ярко выраженные национальные особенности, которые определяются национальной кредитной культурой.

16 января 2008 года Европарламентом был принят Закон о потребительском кредитовании. При принятии данного акта главным спорным моментом было условие о досрочном погашении потребительского кредита. В итоге парламентарии сошлись на том, что заемщик вправе погасить кредит в любой момент, заплатив банку 1% оставшейся задолженности¹¹⁷.

В Российской Федерации принят Федеральный закон от 21.12.2013 N 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» Закон существенно меняет условия кредитования физических лиц и ограничивает банки и МФО в применении непрозрачных и малопонятных схем кредитования. Государство вводит новое понятие - полная стоимость кредита (ПСК). Она высчитывается по специальной формуле в расчете на год. При этом ПСК не может более чем на треть превышать среднерыночное значение, которое будет ежеквартально рассчитывать ЦБ РФ на основании данных топ-100 российских банков. Эта мера должна стандартизировать процесс формирования процентных ставок на рынке. Для корректного определения ПСК закон вводит разделение на категории кредитов в зависимости от его назначения. Кроме того, из договоров должны исчезнуть напечатанные мелким шрифтом или вообще не прописанные в соглашении индивидуальные условия. Одновременно должны появиться стандартные формы договоров для всех банков, в которых одинаково будут прописаны все условия кредитования. В правом верхнем углу первой страницы договора должен размещаться показатель полной стоимости кредита (ПСК). Площадь квадратной рамки, куда вносится ПСК, должна составлять не менее 5% площади первой страницы договора, говорится в законе. Согласно документу, заемщик имеет право потратить минимум пять дней на принятие решения по предлагаемому кредитному предложению. Также закон закрепляет право заемщика досрочно и без уведомления кредитора в течение 14 календарных дней после получения

¹¹⁷ С.А. Даниленко, М.В. Комиссарова. Банковское потребительское кредитование: учебно-практическое пособие. 2013. – 531 с.

кредита (займа) вернуть денежные средства, выплатив только проценты за фактическое использование кредита. По целевым кредитам на возврат денег дается 30 дней.

Банки больше не смогут навязывать свои страховые программы. Так, кредитор обязан предоставить заемщику потребительский кредит на тех же условиях, если заемщик самостоятельно застраховал свою жизнь, здоровье или потерю работы, а не у аккредитованного кредитором страховщика. Теперь заемщик получает право страховать риски и не пользоваться страховыми продуктами банков, которые навязываются за счет дискриминирующих условий кредитования.¹¹⁸

Принимая во внимание изложенное, полагаем, что в Казахстане необходимо принять отдельный закон о потребительском кредитовании, что обеспечит защиту интересов заемщиков как изначально «слабой» стороны в договоре потребительского кредита.

О кодификации банковского законодательства Республики Казахстан

Назрела необходимость кодификации казахстанского банковского законодательства и издания специального законодательного акта - Банковского кодекса.¹¹⁹

Кодификация законодательства - это форма коренной переработки действующих нормативных актов в определенной сфере отношений, способ качественного упорядочения законодательства, обеспечения его согласованности и компактности, а также расчистки нормативного массива, освобождения от устаревших, не оправдавших себя норм.¹²⁰ Кодификация - это форма совершенствования законодательства по существу, и ее результатом является новый сводный акт стабильного содержания, заменяющий ранее действовавшие нормативные акты по данному вопросу.

Объективные предпосылки кодификации банковского законодательства

1. Банковское законодательство представлено, как упоминалось выше, достаточно обширным нормативно-правовым материалом. Заметим, что диапазон регулируемых банковских отношений широк: от институциональных (касающихся правового статуса банков, Национального банка) и контрольно-надзорных до сугубо частно-правовых отношений между банком и клиентом.

Следует полагать, что потребность в упорядочении и совершенствовании законодательства прямо пропорциональна его объему. Достигнув определенного количественного порога, законодательство любой отрасли требует своего качественного изменения.

¹¹⁸ <http://itar-tass.com/ekonomika/1289493>

¹¹⁹ Абжанов Д.К. «О кодификации банковского законодательства Республики Казахстан и необходимости принятия банковского кодекса». Журнал ЮРИСТ № 11, 2008

¹²⁰ Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Проблемы теории государства и права: Учебник. - М.: Изд-во Эксмо, 2005. С. 482.

Значительный объем нормативно-правового материала в банковской сфере, таким образом, объективно требует его пересмотра и упорядочения. Так, следует упорядочить нормы, регулирующие отношения банковского надзора; отношения, вытекающие из аффилированности с банками; отношения, связанные с созданием банков, лицензированием их деятельности и др.

Важно отметить, что основные принципы и механизмы функционирования казахстанской банковской системы, банковского контроля и надзора уже сформировались и, соответственно, назрела необходимость в кодификации нормативных правовых норм, регулирующих указанные отношения.

2. За последние годы в банковском законодательстве и банковской практике накопилось немало проблемных вопросов, требующих своего разрешения путем совершенствования законодательства. Позволим себе чуть подробнее остановиться на некоторых из них.

Назрела необходимость четкого разграничения в применении к банковским отношениям методов частно-правового и публично-правового характера. Так, нельзя считать допустимыми попытки дачи регулятором обязательных к исполнению банками письменных предписаний по вопросам договорных отношений между банком и клиентом, имеющих исключительно частно-правовой характер.

Одним из проблемных вопросов является вопрос о соотношении банковской ответственности с иными видами юридической ответственности, в частности, с административно-правовой.

Так, Закон о банках в статье 47 перечисляет санкции, применяемые к банкам. Среди прочих видов санкций указано приостановление либо лишение лицензии на проведение всех или отдельных видов банковских операций. Основания применения такой санкции указаны в статье 48 Закона о банках. Не вызывает сомнения, что данная санкция имеет особую отраслевую принадлежность, являясь банковско-правовой санкцией.

В то же время лишение лицензии рассматривается Кодексом об административных правонарушениях как разновидность административного взыскания. Хотя сам КоАП и содержит в п. 4 ст. 52 оговорку об особых основаниях применения такого административного взыскания, тем не менее, налицо путаница в понятиях. Получается, что приостановление либо лишение лицензии на проведение банковских операций, с одной стороны, является видом административного взыскания и, следовательно, основания и порядок применения должны быть предусмотрены КоАП, но, с другой стороны, применение этой санкции регулируется не КоАП, а специальным законодательным актом – Законом о банках.

Между тем, характер санкций, предусмотренных Законом о банках, таков, что следует говорить об их самостоятельной отраслевой, банковско-правовой, принадлежности, отличной от административно-правовой. Главным аргументом сказанного является то, что, в отличие от

административно-правовой ответственности, основанием применения банковско-правовых санкций является не только противоправное действие либо бездействие юридического лица, но и объективное несоблюдение установленных уполномоченным органом пруденциальных нормативов.

Следует четко разграничить как сферу нормативно-правового регулирования банковских отношений между Гражданским кодексом и специальным банковским законодательным актом (о чем будет сказано ниже), так и между специальным банковским законодательным актом и Кодексом об административных правонарушениях, то есть между нормативно-правовыми актами публично-отраслевой принадлежности.

Принятием Банковского кодекса, нормы которого регулировали бы вопросы банковско-правовой ответственности, можно было бы попытаться разрешить эту задачу.

Помимо сказанного, требуют разрешения вопросы соотношения банковского и налогового законодательства в вопросах платежей и переводов денег, понятий банковской операции и банковской сделки. Перечислена лишь небольшая часть проблемных вопросов казахстанского банковского законодательства, которые следовало бы попытаться разрешить в ближайшее время.

3. Появление в банковском законодательстве и банковской практике новых институтов, правовых механизмов и категорий обуславливает необходимость их упорядочения и определения места в цельной системе банковского законодательства.

Помимо вышесказанного, положительным эффектом кодификации банковского законодательства станет облегчение правоприменительного процесса.

Справочно:

Примеры существования в системе законодательства банковских кодексов за рубежом имеются. На постсоветском пространстве Банковский кодекс в 2000 году принят в Республике Беларусь.

Банковский кодекс действует и в Великобритании, но, правда, его назначение состоит несколько в другом: по своей сути, он представляет собой кодекс этики банкиров или кодекс этики банковской деятельности, нежели кодифицированный нормативный правовой акт в том смысле, в каком он кодекс понимается у нас.

В Российской Федерации вопрос о принятии Банковского кодекса обсуждался неоднократно. Был даже подготовлен проект этого документа. Однако в итоге он так и не был принят. Впрочем, дискуссии на эту тему периодически возникают, и наверняка российское банковское сообщество еще вернется к этому вопросу.

Принятие Банковского кодекса оказало бы положительный эффект процессу правового регулирования банковских отношений.

Во-первых, удалось бы добиться четкого упорядочения и структурирования огромного нормативно-правового массива, составляющего банковское законодательство.

Во-вторых, будет возможным перевести максимальную часть нормативно-правового массива из уровня подзаконных нормативных

правовых актов на уровень законодательного акта. Сказанное будет способствовать стабильности банковского законодательства (изменение законодательного акта процедурно априори значительно усложнено по сравнению с изменением любого подзаконного нормативного правового акта) и снизит одностороннее и тенденциозное (со стороны регулятора) толкование норм банковского законодательства.

Наконец, в-третьих, кодификация облегчит правоприменительный процесс для участников банковских правоотношений.

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на март месяц 2017 года.

**ПЕРЕЧЕНЬ
законодательных актов в сфере банковской деятельности**

1. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 года
2. Конституционный закон Республики Казахстан от 7 декабря 2015 года № 438-V «О Международном финансовом центре «Астана»
3. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 года
4. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 1 июля 1999 года № 409
5. Бюджетный кодекс Республики Казахстан от 4 декабря 2008 года № 95-IV
6. Кодекс Республики Казахстан от 10 декабря 2008 года № 99-IV «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)»
7. Закон Республики Казахстан от 7 декабря 2000 года N 110 «О жилищных строительных сбережениях в Республике Казахстан»
8. Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415 «Об акционерных обществах»
9. Закон Республики Казахстан от 30 марта 1995 года № 2155 «О Национальном Банке Республики Казахстан»
10. Закон Республики Казахстан от 17 апреля 1995 года N 2198 «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств»
11. Закон Республики Казахстан от 16 января 2001 года N 142 «О некоммерческих организациях»
12. Закон Республики Казахстан от 25 апреля 2001 года № 178 «О Банке Развития Казахстана»
13. Закон Республики Казахстан от 28 марта 2003 года № 400 «О кредитных товариществах»
14. Закон Республики Казахстан от 2 июля 2003 года № 461 «О рынке ценных бумаг»
15. Закон Республики Казахстан от 4 июля 2003 года № 474 «О государственном регулировании и надзоре финансового рынка и финансовых организаций»
16. Закон Республики Казахстан от 6 июля 2004 года № 573 «О кредитных бюро и формировании кредитных историй в Республике Казахстан»
17. Закон Республики Казахстан от 13 июня 2005 года № 57 «О валютном регулировании и валютном контроле»
18. Закон Республики Казахстан от 7 июля 2006 года № 169 «Об обязательном гарантировании депозитов, размещенных в банках второго уровня Республики Казахстан»

19. Закон Республики Казахстан от 20 февраля 2006 года № 126 «О проектном финансировании и секьюритизации»
20. Закон Республики Казахстан от 11 января 2007 года N 214 «О лицензировании»
21. Закон Республики Казахстан от 28 февраля 2007 года № 234 «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности»
22. Закон Республики Казахстан от 26 ноября 2012 года № 56-V «О микрофинансовых организациях»
23. Закон Республики Казахстан от 7 марта 2014 года № 176-V «О реабилитации и банкротстве»
24. Закон Республики Казахстан от 12 ноября 2015 года № 392-V «О государственном аудите и финансовом контроле»
25. Закон Республики Казахстан от 26 июля 2016 года № 11-VI «О платежах и платежных системах»

ПЕРЕЧЕНЬ
подзаконных актов в сфере банковской деятельности

1) постановление Правительства Республики Казахстан от 24 июля 2015 года № 584 «Об утверждении перечня международных товарных бирж, на которых производятся приобретение и продажа товара в рамках финансирования физических и юридических лиц в качестве торгового посредника путем предоставления коммерческого кредита на условиях последующей продажи товара третьему лицу»;

2) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 26 марта 2005 года № 113 «Об утверждении Правил принудительного выкупа акций банка и их обязательной продажи инвесторам»;

3) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 25 февраля 2006 года № 40 «Об утверждении Правил принудительной ликвидации банков в Республике Казахстан»;

4) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 25 декабря 2006 года № 295 «Об утверждении Правил выдачи разрешения на добровольную реорганизацию банков второго уровня (банковских холдингов), добровольную ликвидацию банков второго уровня, а также возврата депозитов физических лиц путем их прямой выплаты либо перевода в другой банк, являющийся участником системы обязательного гарантирования депозитов»;

5) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 23 февраля 2007 года № 49 «Об утверждении Правил ведения документации по кредитованию»;

6) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 30 марта 2007 года № 60 «Об утверждении Правил добровольной ликвидации банков»;

7) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 30 апреля 2007 года № 121 «Об утверждении Правил выдачи разрешения на открытие банка, а также лицензирования банковских и иных операций, деятельности на рынке ценных бумаг, осуществляемых банками»;

8) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 25 июня 2007 года № 168 «Об утверждении Правил лицензирования банковских операций, осуществляемых организациями, осуществляющими отдельные виды банковских операций»;

9) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 16 июля 2007 года № 210 «Об установлении перечня и порядка приобретения базовых активов производных ценных бумаг и производных финансовых инструментов, с которыми банки второго уровня могут осуществлять брокерскую и (или) дилерскую деятельность на рынке ценных бумаг, а также случаев заключения сделок с государственными ценными бумагами и негосударственными ценными бумагами на вторичном рынке, производными финансовыми инструментами на неорганизованном рынке ценных бумаг»;

10) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 2 октября 2008 года № 145 «Об утверждении Перечня оффшорных зон для целей банковской и страховой деятельности, деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг и иных лицензируемых видов деятельности на рынке ценных бумаг, деятельности накопительных пенсионных фондов и акционерных инвестиционных фондов»;

11) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 28 ноября 2008 года № 216 «Об утверждении Правил исчисления, условий действия плавающей ставки вознаграждения по договорам банковского займа»;

12) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 27 марта 2009 года № 51 «Об утверждении Правил выбора исламского банка и передачи ему имущества, приобретенного за счет денег, привлеченных по договору об инвестиционном депозите, и обязательств по инвестиционным депозитам ликвидируемого исламского банка»;

13) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 5 августа 2009 года № 176 «Об утверждении Правил проведения операции по одновременной передаче активов и обязательств банка, лишеного лицензии на проведение банковских операций, другому (другим) банку (банкам)»;

14) постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 5 августа 2009 года № 179 «Об утверждении Правил создания, лицензирования, формирования минимального размера уставного и собственного капиталов стабилизационного банка»;

15) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 31 марта 2001 года № 80 «Об утверждении Правил по обеспечению безопасности информационных систем банков второго уровня и организаций, осуществляющих отдельные виды банковских операций»;

16) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 13 февраля 2012 года № 32 «Об утверждении Правил осуществления доверительного управления акциями банка, страховой

(перестраховочной) организации, управляющего инвестиционным портфелем, принадлежащими крупному участнику банка, страховой (перестраховочной) организации, управляющего инвестиционным портфелем, банковского холдинга, страхового холдинга, либо лицу, обладающему признаками крупного участника банка, страховой (перестраховочной) организации, управляющего инвестиционным портфелем, банковского холдинга, страхового холдинга, а также действий уполномоченного органа либо национального управляющего холдинга в период доверительного управления»;

17) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 13 февраля 2012 года № 37 «Об установлении перечня лиц, связанных с банковским конгломератом особыми отношениями»;

18) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 13 февраля 2012 года № 39 «Об установлении лимита доли акций (долей участия в уставном капитале) родительской организации банковского конгломерата, банка или банковского холдинга, принадлежащих дочерним организациям банка либо банковского холдинга, организациям, в которых банк либо банковский холдинг имеют значительное участие»;

19) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 февраля 2012 года № 62 «Об утверждении Правил совершения банком или банковским холдингом сделок с собственными облигациями и облигациями, выпущенными дочерними организациями данного банка или банковского холдинга, обязательства по которым гарантированы банком или банковским холдингом»;

20) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 февраля 2012 года № 67 «Об утверждении Правил выдачи, отзыва согласия на приобретение статуса крупного участника банка, банковского холдинга, крупного участника страховой (перестраховочной) организации, страхового холдинга, крупного участника управляющего инвестиционным портфелем и требования к документам, представляемым для получения указанного согласия»;

21) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 февраля 2012 года № 74 «Об установлении Требований к внутренней политике по оплате труда, начислению денежных вознаграждений, а также других видов материального поощрения руководящих работников банков второго уровня, страховых (перестраховочных) организаций и формы отчетности о доходах, выплаченных всем руководящим работникам банков второго уровня и страховых (перестраховочных) организаций»;

22) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 февраля 2012 года № 80 «Об утверждении Правил расчета совокупного объема всех выданных банками второго уровня банковских займов и банковских гарантий лицам, связанным с ними особыми

отношениями, и юридическим лицам-резидентам и нерезидентам Республики Казахстан»;

23) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 февраля 2012 года № 84 «Об установлении Требований к приобретаемым банками, дочерними организациями банка или банковского холдинга акциям (долям участия в уставном капитале) юридических лиц, а также совокупной стоимости долей участия банка в уставном капитале либо акций юридических лиц»;

24) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 февраля 2012 года № 91 «Об утверждении Правил выдачи банку и (или) банковскому холдингу разрешения на создание или приобретение дочерней организации, на создание или приобретение банком дочерней организации, приобретающей сомнительные и безнадежные активы родительского банка, на значительное участие банка и (или) банковского холдинга в капитале организаций, а также отзыва разрешения на создание, приобретение банком и (или) банковским холдингом дочерней организации, на значительное участие банка и (или) банковского холдинга в капитале организаций»;

25) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 февраля 2012 года № 95 «Об утверждении Правил выдачи согласия на назначение (избрание) руководящих работников финансовых организаций, банковских, страховых холдингов и перечня документов, необходимых для получения согласия»;

26) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 февраля 2012 года № 100 «Об утверждении Правил отнесения подлежащих к получению дочерней организацией банка, приобретающей сомнительные и безнадежные активы родительского банка, доходов к доходам от осуществления видов деятельности, предусмотренных законодательством Республики Казахстан о банках и банковской деятельности»;

27) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 26 марта 2012 года № 127 «О минимальных размерах уставного капитала организаций, осуществляющих отдельные виды банковских операций на основании лицензии уполномоченного органа по регулированию, контролю и надзору финансового рынка и финансовых организаций»;

28) постановление Правления Национального банка Республики Казахстан от 26 марта 2012 года № 128 «Об утверждении Инструкции о мерах по поддержанию банковским холдингом, а также крупным участником банка, коэффициентов достаточности собственного капитала банка и банковского конгломерата»;

29) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 26 марта 2012 года № 137 «Об утверждении Правил исчисления

ставок вознаграждения в достоверном, годовом, эффективном, сопоставимом исчислении (реальной стоимости) по займам и вкладам»;

30) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 26 марта 2012 года № 138 «О порядке и сроках публикации финансовой отчетности банковскими и страховыми холдингами»;

31) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 25 мая 2012 года № 194 «Об утверждении Правил раскрытия информации юридическим лицом для целей получения банковского займа и (или) банковской гарантии»;

32) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 4 июля 2012 года № 217 «Об утверждении Инструкции о возможности одного лица самостоятельно либо совместно с одним или несколькими лицами определять решения юридического лица в силу договора (подтверждающих документов) или иным образом»;

33) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 26 ноября 2012 года № 336 «Об установлении критериев кредита без обеспечения (бланкового кредита)»;

34) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 декабря 2012 года № 385 «Об установлении минимального рейтинга для юридических лиц, необходимость наличия которого требуется в соответствии с законодательством Республики Казахстан, регулирующим деятельность финансовых организаций, перечня рейтинговых агентств, присваивающих данный рейтинг»;

35) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 25 февраля 2013 года № 72 «Об утверждении Требований по выдаче банками второго уровня банковских займов и банковских гарантий лицам, связанным с ними особыми отношениями, и юридическим лицам (резидентам и нерезидентам Республики Казахстан)»;

36) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 28 июня 2013 года № 141 «Об установлении рейтинговых агентств и минимального требуемого рейтинга для облигаций, с которыми банки могут осуществлять сделки»;

37) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 27 августа 2013 года № 229 «Об утверждении Правил представления отчетности крупными участниками банков, банковскими холдингами, крупными участниками страховых (перестраховочных) организаций, страховыми холдингами и форм отчетности»;

38) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 26 февраля 2014 года № 29 «Об утверждении Правил формирования системы управления рисками и внутреннего контроля для банков второго уровня»;

39) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 23 апреля 2014 года № 71 «Об утверждении Правил

деятельности дочерней организации, приобретающей сомнительные и безнадежные активы родительского банка»;

40) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 16 июля 2014 года № 144 «Об утверждении Правил организации обменных операций с наличной иностранной валютой в Республике Казахстан»;

41) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 16 июля 2014 года № 147 «Об утверждении Правил назначения и полномочий временной администрации (временного администратора) банка, страховой (перестраховочной) организации»;

42) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 16 июля 2014 года № 148 «Об утверждении форм, сроков и периодичности предоставления временной администрацией (временным администратором) банка, страховой перестраховочной) организации отчетов и иной (дополнительной) информации»;

43) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 24 сентября 2014 года № 179 «Об утверждении Правил осуществления организацией, специализирующейся на улучшении качества кредитных портфелей банков второго уровня, видов деятельности, а также Требований к приобретаемым (приобретенным) ею сомнительным и безнадежным активам»;

44) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 22 октября 2014 года № 190 «Об утверждении Правил назначения и освобождения ликвидационной комиссии принудительно ликвидируемых банка, страховой (перестраховочной) организации и Требований, предъявляемых к председателю и членам ликвидационной комиссии принудительно ликвидируемых банка, страховой (перестраховочной) организации»;

45) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 8 мая 2015 года № 75 «Об утверждении перечня, форм, сроков отчетности о выполнении пруденциальных нормативов банками второго уровня и Правил их представления»;

46) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 8 мая 2015 года № 76 «Об утверждении перечня, форм, сроков отчетности банков второго уровня Республики Казахстан и Правил их представления»;

47) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 8 мая 2015 года № 77 «Об утверждении Правил проведения операции по одновременной передаче активов и обязательств банка в части либо в полном размере другому (другим) банку (банкам), в том числе операции по одновременной передаче активов и обязательств между родительским банком и дочерним банком, в отношении которого была проведена реструктуризация, и согласования уполномоченным органом

данных операций, а также видов активов и обязательств, подлежащих передаче при проведении указанных операций»;

48) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 19 декабря 2015 года № 227 «Об утверждении форм, сроков и периодичности предоставления ликвидационной комиссией добровольно и принудительно ликвидируемых банков отчетов и дополнительной информации»;

49) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 28 января 2016 года № 8 «Об утверждении Методик расчета регулярных платежей по займам и микрокредитам, выдаваемым банками, организациями, осуществляющими отдельные виды банковских операций, и микрофинансовыми организациями физическим лицам и предусматривающим наличие графика погашения, а также временных баз для расчета вознаграждения по таким займам (микрокредитам)»;

50) постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 28 января 2016 года № 15 «Об утверждении Правил выдачи разрешения на добровольную реорганизацию банка в форме конвертации в исламский банк и отказа в выдаче разрешения»;

постановление Правления Национального Банка Республики Казахстан от 28 января 2016 года № 34 «Об утверждении Требований к безопасности и непрерывности работы информационных систем банков и организаций, осуществляющих отдельные виды банковских операций».

Справка по результатам анализа Закона Республики Казахстан «О кредитных товариществах» от 28 марта 2003 года № 400

1. Общая информация

1.1. Разработчик:

Национальный Банк Республики Казахстан.

1.2. Цель закона:

Целью закона является определение правового положения, порядка создания, реорганизации и ликвидации, а также регулирования деятельности кредитных товариществ.

1.3. Предмет правового регулирования:

Финансы, деятельность организации различных организационно-правовых форм.

1.4. Отрасль законодательства:

Финансовое законодательство.

2. Анализ Закона Республики Казахстан «О кредитных товариществах» (далее - Закон)

1. Статья 4 Закона посвящается учредительным документам кредитного товарищества. Согласно пункту 2 статьи 4 Закона учредительный договор кредитного товарищества **помимо сведений, предусмотренных законодательными актами** Республики Казахстан, должен содержать:

1) минимальный размер обязательного вклада, подлежащего оплате при вступлении в кредитное товарищество;

2) порядок и условия внесения обязательного вклада участниками кредитного товарищества;

3) **порядок распределения чистого дохода кредитного товарищества** с учетом внесенных участниками обязательных вкладов и дополнительных взносов.

Возможно, благодаря формулировке «помимо сведений, предусмотренных законодательными актами Республики Казахстан», пункт 2 не включил в себя такие положения, как решение о создании товарищества, его фирменное наименование и место нахождения, размер уставного капитала товарищества и т.п., которые уже прописаны в статье 14 Закона Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года «*О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью*».

Однако следуя данной логике, в пункте 2 статьи 4 Закона не должен значится подпункт 3), так как в подпункте 8) пункта 2 статьи 14 Закона «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» данное положение также определено как обязательное для договора.

Также по пункту 3 статьи 4, где указаны обязательные сведения устава кредитного товарищества, статье 5. В этой связи считаем целесообразным определиться, с вопросом согласования положений Закона с нормами Закона

Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года «*О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью*».

2. В соответствии с пунктом 4 статьи 4 Закона кредитное товарищество обязано уведомлять **уполномоченный орган** обо всех изменениях и дополнениях, внесенных в устав кредитного товарищества, в течение одного месяца со дня их принятия. Также в пункте 7 статьи 21 указано: «Сведения, составляющую тайну операций, проводимых кредитным товариществом, могут также выдаваться **уполномоченному органу** по его запросу».

В свою очередь в Законе не определен данный уполномоченный орган. В связи с чем, не ясно, какой государственный орган необходимо уведомлять, а какому выдавать сведения.

3. В соответствии с пунктом 1 статьи 6 Закона участие в кредитном товариществе прекращается в случаях:

- 1) добровольного выхода;
- 2) отчуждения своей доли другим участникам кредитного товарищества или третьим лицам;
- 3) выбытия из числа участников кредитного товарищества **по требованию кредитного товарищества**;
- 4) прекращения деятельности кредитного товарищества;
- 5) в других случаях, предусмотренных законодательными актами Республики Казахстан.

Вместе с тем по пункту 3 данной статьи при нарушении участником кредитного товарищества своих обязанностей, установленных законодательными актами Республики Казахстан, учредительными и иными документами кредитного товарищества, невыполнении своих обязательств перед кредитным товариществом, а также при причинении вреда кредитному товариществу товарищество в соответствии с решением общего собрания вправе **по суду** требовать принудительного выкупа доли такого участника и выбытия его из числа участников.

Следовательно, принудительное выбытие участника через выкуп его доли возможно ни сколько по требованию кредитного товарищества, а по решению суда. Полагаем целесообразным, отразить это в подпункте 3) пункта 1 статьи 6 в целях исключения различного понимания нормы.

4. В соответствии с пунктом 3 статьи 6 Закона при нарушении участником кредитного товарищества **своих обязанностей, установленных законодательными актами Республики Казахстан**, учредительными и иными документами кредитного товарищества, невыполнении своих обязательств перед кредитным товариществом, а также при причинении **вреда** кредитному товариществу товарищество в соответствии с решением общего собрания вправе по суду требовать принудительного выкупа доли такого участника и выбытия его из числа участников.

Содержание пункта 3 статьи 6 позволяет в качестве основания требования принудительного выкупа доли участника, определить

невыполнение или нарушение «любых» обязанностей, установленных законами, даже не относящихся к деятельности кредитных товариществ.

Считаем, правильным установление за общим собранием права требовать принудительного выкупа доли только при причинении вреда кредитному товариществу и не желании участника возместить причиненный вред.

Кроме того полагаем, что вред, причиняемый кредитному товариществу в разных ситуациях будет иметь различный характер и размер. Отмечаем, что по статье 34 Закона Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года «*О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью*» при причинении **существенного вреда** товарищество с ограниченной ответственностью ставит вопрос о принудительном выкупе доли участника, причинившего вред, а также вправе требовать выбытия его из числа участников.

5. Согласно подпункту 1) пункта 2 статьи 8 Закона к исключительной компетенции общего собрания участников кредитного товарищества, помимо вопросов, предусмотренных иными законодательными актами Республики Казахстан, относится принятие решений о заключении товариществом сделки или **совокупности взаимосвязанных между собой сделок**, в результате которой (которых) товариществом приобретает или отчуждается имущество, стоимость которого составляет двадцать пять и более процентов от общего размера стоимости активов товарищества.

Отмечаем, что по пункту 2-1 статьи 43 Закона Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года «*О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью*» взаимосвязанными между собой сделками признаются:

1) несколько сделок, совершаемых с одним и тем же лицом либо с группой аффилированных между собой лиц в отношении приобретения или отчуждения одного и того же имущества;

2) сделки, оформляемые одним договором или несколькими договорами, связанными между собой;

3) иные сделки, признаваемые как взаимосвязанные между собой уставом или решением общего собрания участников товарищества.

В целях расшифровки термина «**совокупность взаимосвязанных между собой сделок**» предлагаем, установить в Законе аналогичную норму.

6. Статья 11 Закона гласит: «Членами ревизионной комиссии не могут быть председатель и члены правления кредитного товарищества, кредитного комитета, **члены их семей** и близкие родственники». В соответствии с подпунктом 13) статьи 1 Кодекса Республики Казахстан «*О браке (супружестве) и семье*» от 26 декабря 2011 года близкие родственники - родители (родитель), дети, усыновители (удочерители), усыновленные (удочеренные), полнородные и неполнородные братья и сестры, дедушка, бабушка, внуки.

Таким образом, к членам семьи могут быть отнесены только близкие родственники, а значит формулировка «члены их семей» излишняя. При

ином понимании содержания слов «членов их семей» возможно расширительное толкование нормы, а значит и разной правоприменительной практики. В целях исключения недопонимания норм Закона рекомендуем формулировку исключить.

7. Статья 11 гласит:

«Статья 11. **Ревизионная комиссия (ревизор)**

Кредитное товарищество должно иметь **ревизионную комиссию (ревизора)**.

Членами **ревизионной комиссии** не могут быть председатель и члены правления кредитного товарищества, кредитного комитета, члены их семей и близкие родственники.

В полномочия ревизионной комиссии (ревизора) помимо вопросов, предусмотренных иными законодательными актами Республики Казахстан, входят: ...».

Использование после слов «ревизионная комиссия» в скобках слова «ревизор» предполагает различное толкование статьи 11. Так, согласно норме контроль может осуществляться не ревизионной комиссией, а ревизором, то есть одним физическим лицом. При этом такие требования, как не являться председателем и членом правления кредитного товарищества или его близким членом не распространяются на ревизора. Следовательно, контролирующим органом может быть ревизор в лице председателя или члена правления.

С другой стороны слова «ревизионная комиссия» и «ревизор» не предполагают выбор контролирующего органа в лице комиссии или одного гражданина, а только уточняют и дополняют «ревизионную комиссию», давая возможность ее называть ревизором.

8. Согласно пункту 3 статьи 12 Закона при внесении денег участнику кредитного товарищества выдается **документ, подтверждающий** внесение участником кредитного товарищества денег. Последующее внесение денег участником в кредитное товарищество и возврат им участнику денег **должны фиксироваться в вышеуказанном документе**.

Учитывая важность и значимость выдаваемого кредитным товариществом документа своим участникам, предлагаем в Законе установить обязательные требования к нему, например, указание в документе даты внесения средств, суммы и т.д.

9. Пункт 1 статьи 17 Закона указывает, что кредитным товариществам **запрещается** осуществление предпринимательской деятельности, за исключением оказания услуг, предусмотренных статьей 18 Закона, своим участникам.

Вместе с тем статья 18 Закона определяет десять направлений деятельности кредитного товарищества, среди которых переводные операции, заемные операции, прием на инкассо платежных документов, открытие (выставление) и подтверждение аккредитива, сейфовые операции, осуществление лизинговой деятельности, открытие и ведение банковских

счетов, выдача гарантий (поручительств и иных обязательств), факторинговые операции, кассовые операции.

Кроме того пунктом 2 статьи 18 Закона определено: «Кредитное товарищество **вправе получать доходы, связанные с использованием собственного имущества**».

Полагаем, что пункт 2 статьи 18 противоречит пункту 1 статьи 17, который устанавливает запрет на иные виды деятельности, так как получение доходов, связанных с использованием собственного имущества могут включать в себя большой спектр услуг и работ, не относящихся к деятельности, прописанной в пункте 1 статьи 18.

Помимо вышеизложенного отмечаем, что эксперты указывают на необходимость дальнейшего развития механизмов функционирования кредитных товариществ. Так, в ходе собрания председатель ОЮЛ «Ассоциация кредитных товариществ агропромышленного комплекса» Сагатова А. представила новую стратегию развития кредитных товариществ в сфере АПК. В своем выступлении она отметила, что новая стратегия развития кредитных товариществ предполагает дальнейшее институциональное укрепление и инфраструктурное развитие системы кредитных товариществ. Так в рамках совершенствования работы Ассоциация планирует: применение к кредитным товариществам единых стандартов и правил регулирования деятельности, внесение изменения в Закон о кредитных товариществах, подключение кредитными товариществами к системе кредитных бюро, формирование страховых фондов солидарности.

121

Зарубежный опыт по организации функционирования кредитных товариществ¹²²

Специфические условия, в которых находятся кредитные товарищества Германии, определяют общие принципы их деятельности, соответствующие правовые нормы, а также особые отличительные черты. Общими принципами деятельности кредитного товарищества как организации, создаваемой для совместного ведения дела, являются:

- взаимопомощь, означающая объединение субъектов, находящихся в сходных условиях, и их финансовых ресурсов для создания общими усилиями предприятия и принимающих на себя обязательства по взаимному поручительству;

- самоуправление, т.е. учредители сами устанавливают и регулируют внутренние взаимоотношения в товариществе, защищая его тем самым от постороннего влияния. Пайщики самостоятельно определяют структуру и компетенции руководящих органов товарищества, предмет его

¹²¹ Новую стратегию развития Кредитных товариществ в сфере АПК разработали в РК/ Интернет ресурс Zakon.kz от 15 февраля 2016/ <http://www.zakon.kz/4774998-novuju-strategiju-razvitija-kreditnykh.html>

¹²² <http://bibliofond.ru/view.aspx?id=4952> (Кредитная кооперация: совершенствование развития кредитных отношений в сельском хозяйстве)

хозяйственной деятельности. При этом действует твердое правило – один голос товарищества имеет при голосовании один голос;

- взаимная ответственность вытекает из предыдущего и предполагает, что члены кредитного товарищества несут совместную и солидарную ответственность за деятельность кооператива;

- идентичность, т.е. устанавливается обоюдная связь между пайщиком и товариществом. С одной стороны, он выступает учредителем, совладельцем товарищества, а с другой – потребителем или пользователем продукта его деятельности;

- добровольность предполагает свободу принятия решения индивидуумом о возложении на себя обязательств и получении прав при вступлении в товарищество;

- открытость предполагает, что право стать учредителем кредитного товарищества предоставляется каждому человеку, признающему законодательные и уставные положения о товариществах. Отсюда следует, что правом учредителя могут воспользоваться представители различных социальных групп общества, как физические, так и юридические лица;

- локальная и региональная ориентация деятельности означает, что географическая сфера активности товарищества должна быть ограничена с целью наиболее полного учета потребителей своих учредителей;

- взаимодополняемость подразумевает, что товарищества при решении своих многочисленных вопросов часть из них по соображениям коммерческой целесообразности передают институтам других уровней.

В Нидерландах ведущая роль в кредитовании сельского хозяйства принадлежит кооперативному банку – Рабобанку, на долю которого приходится 90% всех кредитов, предоставляемых сельскому хозяйству страны. В настоящее время система Рабобанка включает 60 местных и один центральный банк. Местные отделения Рабобанка создаются членами-акционерами. Для желающих получить кредит на цели своей профессиональной деятельности такое членство обязательно. Высшим органом управления местного банка является общее собрание, на котором избирается Совет управляющих и Наблюдательный совет. Совет управляющих и назначает Генерального менеджера и определяет круг его полномочий. Генеральный менеджер отвечает за повседневную работу банка и периодически отчитывается перед Советом управляющих. В компетенцию Совета управляющих входит принятие наиболее ответственных решений по инвестированию, выделению ссуд и кредитов, превышающих установленный лимит кредитования, подбор персонала. Наблюдательный совет контролирует деятельность Совета управляющих.

Местный банк несет полную ответственность за эффективность своих операций, кредитную политику, доходность и хорошее финансовое положение. Акционеры несут ответственность в случае краха банка, однако в связи с тем, что определенная часть годового дохода зачисляется в резервные фонды, возникает коллективная ответственность внутри всей структуры,

поэтому сопряженные с этим риски минимальны. Эти банки являются прямыми акционерами и имеют контакты с Работанками Нидерландов. Центральный банк осуществляет контроль над платежеспособностью и ликвидностью всех банков: на него возложены функции банковской инфраструктуры, а также финансирование и предоставление иных банковских услуг клиентам, работающим на национальном или международном уровне.

Система фермерского кредита издавна является одним из наиболее важных условий функционирования финансового механизма в аграрной экономике США. Хозяйствующие субъекты должны покупать ресурсы для того, чтобы в процессе производства получать прибыль. В аграрном секторе США производство осуществляют семейные фермы, партнерства и корпорации, а снабжают их средствами производства многочисленные фирмы и компании. Для их взаимодействия необходим механизм, обеспечивающий перемещение потоков денежных фондов. В США для этих целей создан и успешно функционирует рынок денежных капиталов и кредитов.

В кредитно-финансовой системе страны можно выделить несколько основных видов посредников, обеспечивающих фермеров кредитами и другими финансовыми услугами:

- коммерческие банки, аккумулирующие средства населения в виде депозитов;
- сельскохозяйственные кредитные институты на кооперативной основе, мобилирующие свободные фонды денежного рынка;
- специальные государственные программы на федеральном, региональном и районном уровнях, использующие средства из государственного бюджета;
- кредитные союзы на основе коллективной ответственности членов;
- предприятия агробизнеса, предоставляющие товарный кредит;
- страховые компании, пенсионные фонды и другие экономические институты, выполняющие трастовые функции;
- индивидуальные кредиторы, в том числе такие, как члены семьи, продавцы земельных участков и т.д.

Изучение опыта развития сельских кредитных кооперативов в различных странах мира позволяет сделать некоторые обобщения, где кредитная кооперация только начинает возрождаться. Особенности такого опыта можно считать:

- кредитные кооперативы создавались в то время, когда для этого существовала потребность в мелком кредите;
- преимущество кооперативов состоит в их способности сокращения транзакционных издержек кредиторов и заемщиков, а также сокращении неплатежей из-за совместной ответственности членов по долгам кооператива;

- возникновение кредитных кооперативов сопровождалось принятием соответствующих законодательных актов, способствующих их развитию и постепенному прекращению государственной поддержки;

- в странах, где сельские кредитные кооперативы занимались исключительно кредитованием, игнорируя другие потребности кооперативного обслуживания крестьян, кооперативы быстро теряли способность вести бизнес самостоятельно;

- эволюция кредитной кооперации в странах мира начиналась с создания первичных сельских кредитных кооперативов, рост которых приводил к формированию региональных кредитных организаций, обслуживающих финансовые потребности входивших в них кооперативов;

- создаваясь вначале как сельские, кредитные кооперативы начинали обслуживать предприятия и других секторов экономики.

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на март месяц 2017 года.

Справка
по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан
«О связи» от 5 июля 2004 года

Показатель 1. Общая информация:

1.1. Предмет правового регулирования

Закон устанавливает правовые основы деятельности в области связи на территории Республики Казахстан, определяет полномочия государственных органов по регулированию данной деятельности, права и обязанности физических и юридических лиц, оказывающих или пользующихся услугами связи.

1.2. Отрасль законодательства

120.010.000 Связь

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства

В Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года отмечается важность обеспечения развития коммуникаций, повсеместный доступ к оптоволоконной инфраструктуре. Развитие цифровой индустрии обеспечит импульс всем другим отраслям.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Закон соответствует нормам Конституции.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам, международным обязательствам

1. Особенность отрасли заключается в том, что информационные и телекоммуникационные услуги для инвалидов и других маломобильных групп населения оказываются операторами связи в электронном виде на всей территории страны по месту жительства, работы, учебы, лечения, в жилых, общественных и производственных зданиях, на транспорте, то есть они не привязаны к объектам связи.¹²³

Требования к обеспечению доступной среды объектов связи для посещения инвалидами и других маломобильных групп населения ничем не отличаются от требований к другим объектам социальной инфраструктуры, специальные требования к которым изложены в Межгосударственных строительных нормах МСН 3.02-05-2003 «Доступность зданий и сооружений для маломобильных групп населения» и Своде правил СП РК 3.06-15-2005 «Проектирование зданий и сооружений с учетом доступности для маломобильных групп населения. Общие положения».

Поэтому на первый план выходит обеспечение доступности информационных и телекоммуникационных услуг для инвалидов и маломобильных групп населения, как это предусмотрено Конвенцией о правах инвалидов, принятой Генеральной Ассамблеей ООН от 13.12.2006г. и

¹²³<http://www.ntark.kz/> предложения по разработке требований к обеспечению доступной среды объектов связи

подписанной Казахстаном в соответствии с Указом Президента Республики Казахстан от 11.12.2008г. № 711. В статье 9 Конвенции указывается следующее: «Чтобы наделить инвалидов возможностью вести независимый образ жизни и всесторонне участвовать во всех аспектах жизни, государства-участники принимают надлежащие меры для обеспечения инвалидам доступа наравне с другими к физическому окружению, к транспорту, к информации и связи, включая информационно-коммуникационные технологии и системы, а также к другим объектам и услугам, открытым или предоставляемым для населения, как в городских, так и в сельских районах. Эти меры, которые включают выявление и устранение препятствий и барьеров, мешающих доступности, должны распространяться, в частности:

b) на информационные, коммуникационные и другие службы, включая электронные службы и экстренные службы».

Непосредственно вопросам доступа инвалидов к информации посвящена статья 21 Конвенции. Согласно ей, «Государства-участники принимают все надлежащие меры для обеспечения того, чтобы инвалиды могли пользоваться правом на свободу выражения мнения и убеждений, включая свободу искать, получать и распространять информацию и идеи наравне с другими, пользуясь по своему выбору всеми формами общения, включая:

- снабжение инвалидов информацией, предназначенной для широкой публики, в доступных форматах и с использованием технологий, учитывающих разные формы инвалидности, своевременно и без дополнительной платы;

- принятие и содействие использованию в официальных сношениях: жестовых языков, азбуки Брайля, усиливающих и альтернативных способов общения и всех других доступных способов, методов и форматов общения по выбору инвалидов;

- активное побуждение частных предприятий, оказывающих услуги широкой публике, в том числе через Интернет, к предоставлению информации и услуг в доступных и пригодных для инвалидов форматах».

Решение этой задачи на национальном уровне заключается в разработке и внедрении нормативных правовых актов в сфере обеспечения доступа для лиц с инвалидностью к информационно-коммуникационным технологиям, чтобы они в полной мере соответствовали вышеприведенным положениям.

Барьеры при пользовании информационными и телекоммуникационными услугами, включая Интернет, с которыми сталкиваются люди с физическими ограничениями, зачастую существенно затрудняют реабилитацию и социализацию этих людей.

Создание доступной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры означает, что должен быть концептуально изменен подход к людям с физическими ограничениями, так чтобы они не препятствовали в пользовании информационными и телекоммуникационными услугами.

Иными словами, необходимо сформулировать требования доступности, чтобы гарантированно получить дружелюбный интерфейс пользования информационными и телекоммуникационными услугами, не только доступный инвалидам разных категорий, но и настолько удобный, что, обращаясь к таким услугам, инвалид даже не вспомнит о своих физических ограничениях.

При этом следует подчеркнуть, что, под доступностью информационных услуг, включая Интернет, понимается исключительно форма и способы представления информации, но не регулирование содержания информации, размещаемой на Интернет-ресурсах.

Необходимо определить, какие именно ресурсы должны отвечать требованиям доступности в обязательном порядке, а для каких ресурсов соответствие стандартам доступности является рекомендованным.

Требования об обеспечении доступности Интернет-ресурсов должны стать обязательными применительно к Интернет-ресурсам государственных органов и учреждений, а также к местным органам исполнительной власти.

Должны быть определены правовые основы деятельности уполномоченного органа в области связи и информации в части проверки соответствия доступности тех ресурсов, для которых это является обязательным, а также сертификация тех ресурсов, которые пожелают пройти эту процедуру в добровольном порядке.

Требования к реализации определённого уровня доступности информационных и телекоммуникационных услуг, включая Интернет, должны быть, представлены в техническом регламенте, носящем строго обязательный характер.

В техническом регламенте, как минимум, должны быть зафиксированы однозначное представление о требуемом (базовом, минимально допустимом) уровне доступности информационных и телекоммуникационных услуг, включая Интернет, а также более высокие уровни доступности, достижение которых может не быть обязательным.

Под базовым уровнем доступности здесь понимается такое состояние информационных и телекоммуникационных услуг, включая Интернет, при котором человек с физическими ограничениями может хотя бы одним способом получить доступ ко всей информации, доступной лицам без физических ограничений.

Считаем, что уполномоченный орган в области связи и информации должен организовать разработку и принятие технического регламента и национальных стандартов обеспечения доступности ИКТ согласно стандартам соответствующих международных организаций, таких как Международный союз электросвязи и Международная организация стандартизации, разработать руководящие указания по обеспечению доступности для производителей оборудования в сфере фиксированной и мобильной связи, а также стандартов по предоставлению информационных и телекоммуникационных услуг для соответствующих операторов.

2. Бизнес рассматривает Таможенный союз, как инструмент содействия расширению территории своей деятельности и увеличения торговых оборотов, гармонизации налогового администрирования с целью устранения налоговых противоречий для обеспечения реализации принципов свободного движения товаров и услуг, правовые механизмы которых основываются на международно-правовых механизмах в сфере налогообложения.¹²⁴

В информационной системе Параграф помещено разъяснение Налогового комитета Министерства финансов Республики Казахстан по администрированию НДС при выполнении работ, оказании услуг в Таможенном союзе, в котором дается неверное толкование порядка обложения НДС услуг связи без учета положений международных договоров, заключенных Республикой Казахстан. В данном разъяснении противопоставляется оказание услуг операторами связи резидентам Российской Федерации и Республики Беларусь по отношению к резидентам других стран (пп.4 п.2 ст.236 НК РК) без уточнения специфики услуг международной электросвязи, которые оказываются в соответствии с Регламентом международной электросвязи Международного союза электросвязи, членом которого является Республика Казахстан.

Кроме этого, такая ситуация может оказать негативное влияние на абонентов Республики Казахстан, которые вынуждены будут платить больше из-за необходимости увеличения тарифов для компенсации недополученной выручки операторами связи Республики Казахстан. Проблема равного доступа абонентов различных стран к рынку услуг связи особенно актуальна для Казахстана в рамках планируемого вступления во Всемирную торговую организацию.

Есть и другие острые вопросы совершенствования законодательства в сфере инфокоммуникаций, в том числе проблема административных барьеров, лицензирования, взаимодействия сетей телекоммуникаций и т.д.

Таким образом, действующее законодательство в отрасли содержит системные ограничения, препятствующие эффективной реализации идеи конвергенции сетей телекоммуникаций и услуг связи, оказываемых на них, использованию всего потенциала, связанного с расширением функциональности сетей телекоммуникаций.

В заключении необходимо отметить, что на казахстанском телекоммуникационном рынке появились и расширяют свою деятельность сервисы, созданные на базе технологий Skype, Google, Facebook и других, которые не ждут никаких изменений в законодательстве Республики Казахстан, а просто де-факто работают в Казахстане, и активно и быстро отбирают пользователей и МГ-МН трафик у казахстанских операторов междугородной и международной связи.

¹²⁴<http://www.ntark.kz/> Национальная телекоммуникационная ассоциация Казахстана «О проблемах в области связи»

3. С 2009 года уполномоченным органом в области связи не осуществляется финансирование научно-исследовательских работ по проблемам отрасли.¹²⁵

В тоже время, Комитет науки Министерства образования и науки Республики Казахстан, выделяя грантовое финансирование научных исследований по направлению «Информационные и телекоммуникационные технологии» по приоритету «Телекоммуникационные системы и технологии», за этот же период не профинансировал ни одной научно-исследовательской работы по насущным проблемам и перспективам развития отрасли телекоммуникаций.

Отрасль попала в порочный круг: нет денег на науку - наука не развивается, стагнирует, теряет людей и не дает новых идей, разработок для операторов связи, которые вынуждены покупать эти идеи, решения за рубежами, тратя на это значительно больше денег.

Говоря о финансах нельзя не сказать о важности объединения интеллектуальных ресурсов связистов. Целесообразно проводить формирование временных коллективов, опытных зон, работающих в интересах всех операторов. Но туда должны вкладывать свои интеллектуальные ресурсы все операторы связи.

Крайне важно также решить на государственном уровне вопрос стимулирования объединения финансовых средств операторов связи для проведения научных, инновационных исследований. Ясно, что современные инновации стоят дорого, или очень дорого и необходимо концентрировать эти ресурсы для их разработки и внедрения. Нельзя не сказать о затратах на НИОКР в мире. К примеру, «Бритиш Телеком» тратит на эти цели почти 4% своей выручки. «Дойчтелеком» – свыше 3% выручки, то по Казахстану эти затраты равны нулю.

С учетом вышеизложенного Министерству информации и коммуникации Республики Казахстан предлагается¹²⁶:

- рассмотреть возможность внесения дополнения в Закон «О связи» о распространении по аналогии с недропользователями, на субъектов бизнеса в сфере информатизации и связи, использующих радиочастотный спектр и ресурс нумерации, обязательств отчислять 1% совокупного годового дохода на научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы и подготовку кадров.

- дополнить статью 253 Налогового кодекса подпунктом об освобождении от налога на добавленную стоимость научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, проводимым на основании договоров с предприятиями и организациями в рамках выполнения мероприятий по реализации государственных и отраслевых программ.

¹²⁵<http://www.ntark.kz/> Национальная телекоммуникационная ассоциация Казахстана «О проблемах в области связи»

¹²⁶<http://www.ntark.kz/> программы поддержки предпринимательства до 2020 по проблемам отрасли телекоммуникаций Республики Казахстан

Показатель 4. Наличие коллизий между нормами закона и нормами иных законов

Пункт 10 статьи 36-1 Закона определяет следующий запрет оператора сотовой связи: «Операторы сотовой связи не вправе препятствовать переходу абонентов сотовой связи к другому оператору сотовой связи».

В целях реализации обязательств, а также нарушение запретов операторов сотовой связи в Кодексе об административных правонарушениях предусмотрена статья 637 «Нарушение законодательства Республики Казахстан в области связи».

Так, подпункт 10) части первой статьи 637 устанавливает ответственность за несоблюдение операторами связи, оператором централизованной базы данных абонентских номеров правил переноса абонентского номера¹²⁷ в сетях сотовой связи. Одновременно с этим часть 11 статьи 637 устанавливает ответственность за невыполнение оператором сотовой связи обязанности по обеспечению переноса абонентских номеров в сетях сотовой связи.

Вместе с тем кодексом не предусматривается административная ответственность за препятствие перехода абонентов сотовой связи к другому оператору сотовой связи.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Отрасль телекоммуникаций Казахстана достаточно специфическая, поскольку ее регулирование осуществляется на стыке сложных технических моментов, устаревшей конструкции правовых норм и стремительного развития рынка. Для регулирования отрасли применяются императивные нормы, то есть обязательные правила поведения для бизнеса, призванные обеспечить защиту прав потребителей.¹²⁸ Темпы развития технологий значительно опережают темпы изменения и гармонизации законодательства.

В результате активного развития информационных технологий появились виды услуг, выходящих за рамки сферы телекоммуникаций и реализуемые с помощью коммуникационных устройств, работающих непосредственно в сети Интернет минуя стандартные телефонные сети. Данные услуги явно не вписываются в действующую модель регулирования рынка связи. Эти устройства в основном представляют собой программное обеспечение, которое можно использовать в цифровых телефонах фиксированной и сотовой связи.

Фактически это означает, что значительный объем рынка инфокоммуникаций находится в «серой» зоне и выведен из-под контроля регулирующих органов.

¹²⁷ Приказ и.о. Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 26 ноября 2015 года № 1105 «Об утверждении Правил переноса абонентского номера в сетях сотовой связи и даты введения услуги переноса абонентского номера в сетях сотовой связи»

¹²⁸ <http://www.ntark.kz/> Национальная телекоммуникационная ассоциация Казахстана «О проблемах в области связи»

Отраслевое законодательство является противоречивым, ряд нормативных правовых актов, регулирующих взаимодействие участников рынка, никак не увязан между собой, законодательство начинает отставать от потребностей рынка: не предусматривается возможность конвергенции сетей телекоммуникаций, что препятствует выводу на рынок полномасштабных конвергентных услуг, и не гармонизирует взаимодействие многочисленных поставщиков услуг для потребителя.

Наиболее существенным методологическим недостатком законодательства в области инфокоммуникаций его бессистемность. В различных нормативных правовых актах отрасли определения основных понятий толкуются по-разному, до степени их смешения. Нередко навязывается терминология, которая не отвечает устоявшимся определениям.

В терминологии содержится много разночтений и неточностей, а некоторые исторически сложившиеся термины не соответствуют современным реалиям. Особая проблема заключается зачастую в необоснованном употреблении трудно произносимых иностранных слов. К сожалению, в повседневной практике иностранные слова часто используются неверно.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

В Закон за последние годы несколько раз вносились изменения, причем среди них были весьма неудачные корректировки локального характера.¹²⁹

Так, Законом от 5 июля 2011 года № 452-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам пересмотра компетенции уполномоченных государственных органов и Правительства Республики Казахстан на принятие нормативных правовых актов устанавливающие требования к проверяемым субъектам» изменена редакция пункта 16 статьи 2 Закона:

«16) оказание услуг связи, деятельность оператора связи, заключающаяся в предоставлении пользователям услуг связи, приведенных в общем классификаторе продукции видов экономической деятельности».

Приведенные в общем классификаторе продукции видов экономической деятельности и ведомственном классификаторе услуг классификации услуг связи отрывают услуги почтовой связи от услуг связи, в составе услуг телекоммуникаций содержатся услуги, не относящиеся к ним и вообще несуществующие услуги связи.

Оба казахстанских классификатора не учитывают стремительность технического прогресса и динамику спроса на услуги в области телекоммуникаций. Более того в них используется устаревшее, совершенно неприемлемое на сегодняшний день, деление услуг связи на услуги связи проводной и услуги связи беспроводной, поскольку в чистом виде такая организация услуг связи технологически не применяется.

¹²⁹<http://www.ntark.kz/> Национальная телекоммуникационная ассоциация Казахстана «О проблемах в области связи»

Тем не менее, требования КПВЭД являются обязательными для министерств, ведомств, физических и юридических лиц, независимо от ведомственной подчиненности и организационно-правовых форм, осуществляющих свою деятельность на территории Республики Казахстан и участвующих в работах по классификации и кодированию технико-экономической и социальной информации и (или) использующих их в своей деятельности.

И это создает осложнения правового характера, так Агентством Республики Казахстан по защите конкуренции по услугам не соответствующим КПВЭД в Государственный реестр субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, были включены:

- АО «Казахтелеком», АО «Нурсат», АО «Транстелеком» и АО «KazTransCom» по услуге первичного доступа к сети Интернет,
- АО «Казахтелеком», АО «Нурсат», ТОО «DIGITAL TV» по услуге доступа к сети Интернет для конечных потребителей.

Затем 15 июля 2011 года был принят Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования разрешительной системы», который вступил в силу 30 января 2012 года. Этим законом исключено лицензирование следующих подвидов деятельности в сфере информатизации и связи:

- удостоверение соответствия открытого ключа электронной цифровой подписи закрытому ключу электронной цифровой подписи, а также по подтверждению достоверности регистрационного свидетельства;
- предоставление услуг в области IP-телефонии (Интернет-телефонии);
- передача данных по телеграфной связи;
- телекоммуникация по выделенной сети связи;
- предоставление каналов связи;
- почтовая связь.

В результате лицензируемыми остались только четыре подвида:

- междугородная телефонная связь;
- международная телефонная связь;
- спутниковая подвижная связь;
- сотовая связь (с указанием наименования стандарта).

Вопрос как теперь регулируется деятельность операторов связи, лицензирование деятельности которых отменено, на рынке фиксированной связи остается открытым, в частности кто и как должен обеспечивать:

- требования Технического регламента «Требования безопасности, функциональные и технические требования к телекоммуникационному оборудованию при проведении оперативно-розыскных мероприятий», утвержденного постановлением Правительства Республики Казахстан от 6 августа 2010 года № 805;

- учет информации о полученных абонентом услугах телекоммуникаций: времени, скорости пропуска трафика, объема

полученной и (или) переданной информации, а также где должен осуществляться съём информации о трафике;

- сертификацию системы учета трафика, включающей систему измерения длительности соединений и систему измерения передачи данных оператора связи, которые должны быть внесены в реестр государственной системы обеспечения единства измерений Республики Казахстан и иметь действующий сертификат поверки в соответствии с требованиями статей 17 и 19 Закона «Об обеспечении единства измерений».

Отдельно необходимо выделить проблему совершенствования законодательства в части обеспечения доступа операторов связи к телекоммуникационной инфраструктуре, земельным ресурсам, недвижимому имуществу третьих лиц в целях развития сетей телекоммуникаций. В частности, доступ операторов к земельным участкам необычайно затруднен. Надо пройти много этапов оформления, получить массу подписей, чтобы заключить договор аренды.

Не менее отягощена бюрократическими препонами и процедура оформления разрешения для возведения антенной опоры на арендованной земле. Очень тяжело решить проблему доступа к недвижимому имуществу третьих лиц, например, к находящейся в чьей-то собственности земли или недвижимости, если там, при выдаче разрешения, предусмотрен объект для развития сети телекоммуникаций.

Между тем, во всем мире эта проблема уже давно решена с максимально возможным соблюдением прав заинтересованных сторон. Следовало бы эту практику учесть при совершенствовании законодательства.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

В законе отсутствуют дублирующие нормы.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. В связи с тем, что на казахстанском телекоммуникационном рынке появились и расширяют свою деятельность сервисы, созданные на базе технологий Skype, Google, Facebook и других, которые не ждут никаких изменений в законодательстве Республики Казахстан, а просто де-факто работают в Казахстане, и активно и быстро отбирают пользователей, по тексту Закона необходимо дополнить определением новых субъектов правоотношений, таких как интернет-провайдеры, сервис-провайдеры, контент-провайдеры, агрегаторы контента, держатели контента, хостинг-провайдеры, операторы виртуальной реальности и другие. Отмечаем, что аналогичные нормы имеются в законах «О телекоммуникациях» Украины, Азербайджана, Узбекистана.¹³⁰

Понятно, что Закон устарел, нуждается в обновлении, потому что при его принятии в свое время не существовало много из того, что сейчас уже

¹³⁰<http://www.ntark.kz/> Национальная телекоммуникационная ассоциация Казахстана «О проблемах в области связи»

стало общеизвестным. В связи с чем, Закон требует уточнения важных понятий и формулировок, которые на сегодняшний день по-разному понимаются регулирующими органами, операторами, поставщиками оборудования, потребителями.

2. Пункт 8-1 статьи 12 Закона предусматривает два случая изъятия разрешения на использование радиочастотного спектра:

- 1) неиспользование радиочастотного спектра в течение одного года;
- 2) невыполнение оператором сотовой связи обязательств по обеспечению услугами связи населенных пунктов и (или) территорий, указанных в разрешении на использование радиочастотного спектра Республики Казахстан.

Однако изъятие разрешения полагаем, будет производиться и в других случаях. Например, заявление заинтересованного лица об аннулировании разрешения также повлечет изъятие. Обратим внимание на пункт 37 Правил¹³¹, согласно которому в случае отказа в использовании радиочастотного спектра, пользователь подает в электронном виде посредством портала или через Государственную корпорацию в территориальное подразделение заявление с указанием причины отказа в произвольной форме, с указанием даты аннулирования разрешения. Кроме того указано, что в случае получения разрешения на бумажном носителе, оригинал разрешения возвращается в территориальное подразделение по месту использования для отправки в уполномоченный орган.

Кроме того пункт 38 Правил в отличие от Закона устанавливает три основания изъятия разрешения на радиочастотный спектр:

- 1) **несвоевременной уплаты в государственный бюджет платы за три квартала использования радиочастотного спектра;**
- 2) неиспользования полос (номиналов) радиочастот в течение года, которое подтверждается результатами мониторинга радиочастотного спектра;
- 3) невыполнения оператором сотовой связи обязательств по обеспечению услугами связи населенных пунктов и (или) территорий, указанных в разрешении.

Отметим, что пункт 11 статьи 24 Федеральный закон «О связи» от 07.07.2003 № 126-ФЗ указывает, что разрешение на использование радиочастотного спектра прекращается **во внесудебном порядке** или срок действия такого разрешения не продлевается по следующим основаниям:

- заявление пользователя радиочастотным спектром;
- аннулирование лицензии на осуществление деятельности в области оказания услуг связи, если такая деятельность связана с использованием радиочастотного спектра;

¹³¹ Правила присвоения полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов), эксплуатации радиоэлектронных средств и высокочастотных устройств, а также проведения расчета электромагнитной совместимости радиоэлектронных средств гражданского назначения, утвержденных приказом и.о. Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 21 января 2015 года № 34

истечение срока, указанного при присвоении (назначении) радиочастоты или радиочастотного канала, если этот срок не был продлен в установленном порядке или если заблаговременно, не менее чем за тридцать дней, не была подана заявка на его продление;

использование радиоэлектронных средств и (или) высокочастотных устройств в противоправных целях, наносящих вред интересам личности, общества и государства;

невыполнение пользователем радиочастотным спектром условий, установленных в решении о выделении полосы радиочастот либо присвоении (назначении) радиочастоты или радиочастотного канала;

невнесение пользователем радиочастотным спектром платы за его использование в течение тридцати дней со дня установленного срока платежа;

ликвидация юридического лица, которому было выдано разрешение на использование радиочастотного спектра;

неустранение нарушения, послужившего основанием для приостановления разрешения на использование радиочастотного спектра;

невыполнение правопреемником реорганизованного юридического лица установленного пунктами 15 и 16 настоящей статьи требования о переоформлении решения о выделении полос радиочастот и разрешения на использование радиочастот или радиочастотных каналов;

принятие государственной комиссией по радиочастотам обоснованного решения о прекращении использования полос радиочастот, указанных в решении государственной комиссии по радиочастотам, с возмещением владельцу радиоэлектронных средств убытков, причиненных досрочным прекращением действия решения о выделении полос радиочастот.

3. Пункты 3 и 3-1 статьи 37 Закон указывают:

«Текст телеграммы должен быть изложен на государственном или русском языке по желанию отправителя.

Оператор сотовой связи обеспечивает передачу информационных, коротких текстовых сообщений на государственном и русском языках».

Однако, учитывая особое внимание к английскому языку, как международному, считаем целесообразным закрепить в статье 37 возможности оформления телеграммы и текстовых сообщений отправителем буквами **латинского алфавита**. Так, в Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 отмечено, что сегодня английский язык является языком новых технологий, новых производств, новой экономики. В настоящее время 90% информации создается в мире на английском языке. Каждые два года ее объем увеличивается в два раза. Также в Послании подчеркивается, что без овладения английским языком, Казахстан не достигнет общенационального прогресса.

4. Пункт 4 статьи 20 Закона указывает: «Операторы связи в порядке, установленном уполномоченным органом, **обеспечивают предоставление**

пользователям услугами связи бесплатных соединений с оператором системы экстренного вызова, экстренной медицинской, правоохранительной, пожарной, аварийной, справочной и другими службами согласно перечню, определяемому Правительством Республики Казахстан».

Вызов экстренной медицинской (103), правоохранительной (102), противопожарной (101), аварийной (104), спасения (112), справочной (118) служб посредством набора номеров единых на всей территории Республики Казахстан¹³².

В целях уточнения обязательства оператора связи по предоставлению услуг бесплатных соединений с операторами систем экстренного вызова рекомендуем определить, что обеспечение связи предоставляется **круглосуточно** каждому пользователю.

Помимо этого рекомендуем дополнить статью обязанностью оператора связи по обеспечению возможности вызова экстренных служб инвалидами путем отправления **коротких текстовых сообщений** через подвижную радиотелефонную связь.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

1. Согласно пункту 1 статьи 20 Закона тарифы на услуги связи устанавливаются операторами связи самостоятельно на основе обоснованных затрат, если иное не предусмотрено **законами**.

Однако не каждый законодательный акт может содержать нормы, напрямую влияющие на установление тарифов операторов связи. В этой связи рекомендуем указать в пункте 1 статьи 20 ссылку на **«настоящий Закон» и Закон «О естественных монополиях»**.

2. Согласно пункту 1 статьи 38 Закона при осуществлении деятельности в области связи в технологических процессах передачи или приема сообщений и информации операторами связи независимо от места их расположения на территории Республики Казахстан применяется **единое учетно-отчетное время, устанавливаемое уполномоченным органом**.

Рекомендуем в рамках данной статьи установить учетно-отчетное время без закрепления такой функции за уполномоченным органом.

Отмечаем, что в соответствии со статьей 8 Соглашения¹³³ в технологических процессах передачи межгосударственных сообщений и информации стороны применяют на предприятиях связи единое учетно-отчетное время - **московское**.

В качестве примера зарубежного опыта приведем Федеральный закон «О связи» от 07.07.2003 № 126-ФЗ, пункт 1 статьи 49, которого указывает, что в технологических процессах передачи и приема сообщений

¹³² Приказ и.о. Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 24 февраля 2015 года № 171 «Об утверждении правил оказания услуг связи»

¹³³ Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Республики Узбекистан о сотрудничестве в области электрической и почтовой связи, утвержденное постановлением Правительства Республики Казахстан от 21 апреля 1998 года № 365

электросвязи и почтовой связи, их обработки в пределах территории Российской Федерации операторами электросвязи и операторами почтовой связи применяется единое учетно-отчетное время - **московское**.

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

1. Согласно пункту 3 статьи 12 Закона распределение полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов) для целей телевизионного и радиовещания **проводится на конкурсной основе в соответствии с законодательством Республики Казахстан.**

В целом полагаем необходимым рассмотреть вопрос целесообразности правового регулирования проведения конкурса на подзаконном уровне без отражения основных положений конкурсных процедур в законе.

Приказом Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 24 апреля 2015 года № 489 утверждены Правила распределения полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов) для целей телерадиовещания. Однако определяемый приказом порядок проведения конкурса не является электронным. Так, по пункту 18 Правил документы, указанные в приложениях 1 и 2 к настоящим Правилам, представляются в адрес организатора в прошитом виде с пронумерованными страницами, и последняя страница заверяется его подписью и печатью в запечатанном конверте.

Однако электронный формат проведения любого вида конкурса делает его более прозрачным и объективным, чем бумажный. Кроме того можно обнаружить в рамках Правил некоторую пробельность. В частности, по пункту 11 претенденты на участие в конкурсе обращаются за необходимыми разъяснениями по любому из пунктов Правил к организатору. Однако данное право получения разъяснений не закреплено, обязанностью уполномоченного органа в конкретный срок давать такие разъяснения, что нивелирует право заявителя.

Другой пример, по пункту 12, по которому в случае отзыва зарегистрированной заявки претендент направляет письменное уведомление организатору. Вместе с тем полагаем, что направление уведомления должно ограничиваться датой вскрытия конвертов или иным сроком, который отсутствует в Правилах.

Аналогично в Правилах проведения конкурса на право оказания универсальных услуг телекоммуникаций, утвержденные постановлением Правительства Республики Казахстан от 30 сентября 2004 года № 1012, отсутствуют критерии определения победителя, этапы проведения тендера и другие организационные вопросы.

В целях ограничения регулирования конкурсных процедур на подзаконном уровне рекомендуем закрепить отдельные положения конкурса на уровне закона.

2. Пункт 1 статьи 12 Закона предусматривает такие принципы использования радиочастотного спектра как разрешительный порядок

доступа пользователей к радиочастотному спектру и недопустимости бессрочного выделения, присвоения (назначения) полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов).

В этой связи присвоение полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов) производится посредством выдачи разрешения, при этом срок действия разрешения ограничен. Так, согласно пункту 26 Правил¹³⁴ разрешение на радиочастотный спектр выдается уполномоченным органом сроком до 25 марта следующего календарного года.

Вместе с тем Правила устанавливают процедуру **продления разрешения** на радиочастотный спектр (пункты 27, 28 Правил), о которой в Законе не упоминается. При этом продление действия разрешения устанавливает те же права и обязанности, что и первоначальная процедура получения разрешения. Таким образом, полагаем, что вопросы о продлении разрешения, условия такого продления и основания отказа в продлении должны быть установлены в Законе.

Рекомендуем рассмотреть вопрос по регламентации порядка продления действия разрешения по заявлению заинтересованного лица в рамках Закона.

3. Пункт 4 статьи 33 Закона устанавливает: «В случае отсутствия заявок на участие в конкурсе или невозможности выявления победителя оказание отдельных универсальных услуг связи из перечня универсальных услуг связи возлагается уполномоченным органом на оператора связи, занимающего наибольшую долю рынка по данным видам услуг на этой территории. При этом **оператор связи не вправе отказаться от возложенной на него обязанности по оказанию универсальных услуг связи**».

Таким образом, на основании данной нормы между оператором связи и уполномоченным органом заключается договор оказания универсальных услуг связи. В связи с тем, что пункт 4 является обязывающим для оператора связи, считаем целесообразным, в рамках Закона определить существенные положения договора, например такие как срок его действия и другие.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона.

1. Пункт 2 статьи 38 Закона гласит: «Информирование пользователей услугами связи о времени предоставления услуг связи производится по **местному времени**». Рекомендуем уточнить, что под местным временем понимается местное время, действующего в часовой зоне по месту нахождения пользователя услуг связи.

2. Пункт 3 статьи 36 указывает ссылку на законодательство Республики Казахстан о защите **прав пользователей**. В связи с тем, что правовые, экономические и социальные основы защиты прав потребителей, а также меры по обеспечению потребителей безопасными и качественными товарами

¹³⁴ Правила присвоения полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов), эксплуатации радиоэлектронных средств и высокочастотных устройств, а также проведения расчета электромагнитной совместимости радиоэлектронных средств гражданского назначения, утвержденных приказом и.о. Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 21 января 2015 года № 34

(работами, услугами) определяет Закон «О защите прав потребителей» рекомендуем слово «пользователей» заменить на «потребителей».

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на март месяц 2017 года.

**Справка по результатам мониторинга
Закона Республики Казахстан от 5 апреля 1999 года № 365
«О специальном государственном пособии в Республике
Казахстан»**

Показатель 1. Общая информация о Законе:

1.1. Предмет правового регулирования:

Закон Республики Казахстан «О специальном государственном пособии в Республике Казахстан» (далее – Закон о пособии) регулирует отношения в сфере государственного социального обеспечения граждан, имеющих право на получение специального государственного пособия.

1.2. Отрасль законодательства:

В соответствии с Классификацией отраслей законодательства Республики Казахстан, утвержденной постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 декабря 2002 года № 1378, анализируемый закон относится отрасли законодательства о социальном обеспечении (080.000.000.), в сфере «государственные пособия» (080.002.000.).

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства.

1. В Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» в четвертом приоритете «улучшение качества человеческого капитала» наряду с изменением системы образования и здравоохранения Главой государства даны ряд поручений в сфере социального обеспечения.

В частности, «... с 1 июля 2017 года будут повышены пенсии для 2,1 миллиона пенсионеров до 20 процентов к уровню 2016 года.

Кроме того, с 1 июля 2018 года назначение базовой пенсии будет осуществляться по новой методике. Ее размер будет зависеть от стажа участия в пенсионной системе.

Все эти меры в 2018 году обеспечат увеличение в 1,8 раза нового размера базовой пенсии по сравнению с 2017 годом.

Ежегодно в стране рождается порядка 400 тысяч детей, что выше уровня 1999 года почти в два раза. Такую хорошую тенденцию надо и далее поддерживать.

По моему поручению с 1 июля 2017 года будут увеличены размеры единовременного пособия на рождение на 20 процентов.

Необходимо пересмотреть также прожиточный минимум. Он должен соответствовать реальным потребительским расходам казахстанцев. Это позволит с 1 января 2018 года повысить для 3 миллионов человек размеры базовых пенсий, пособий для инвалидов, семьям, потерявшим кормильца, адресной помощи и пособий для воспитывающих детей-инвалидов.

С 1 января 2018 года нужно поднять порог оказания адресной социальной помощи с 40 до 50 процентов от величины прожиточного

минимума и внедрить ее новый формат. При этом все, кто может работать, должны получать поддержку только при условии участия в программе занятости.»¹³⁵.

Необходимо отметить, что в ежегодных посланиях Главы государства всегда уделяется внимание вопросам социальной политики (*Послания Президента Республики Казахстан от 30 ноября 2015 года «Казахстан в новой глобальной реальности: рост, реформы, развитие»; 27 января 2012 года «Социально-экономическая модернизация - главный вектор развития Казахстана»; от 14 декабря 2012 года «Стратегия "Казахстан-2050": новый политический курс состоявшегося государства»; от 6 февраля 2008 года «Повышение благосостояния граждан Казахстана - главная цель государственной политики» и т.д.*).

2. В статье «Социальная модернизация Казахстана: 20 шагов к Обществу Всеобщего Труда» Президентом Республики Казахстан Назарбаевым Н.А. определена необходимость разработки Концепции социального развития страны до 2030 года, которая обозначит новый этап социальной модернизации. «.....Правительству совместно с НДП «Нур Отан» до 1 апреля 2013 года разработать проект Общенациональной Концепции социального развития Республики Казахстан на период до 2030 года, опирающейся на положение Стратегии «Казахстан-2030» и другие стратегические документы, совмещающей вопрос развития казахстанской социальной системы и общества с задачами экономической модернизации.»¹³⁶.

Во исполнение поручения Главы государства Правительством Республики Казахстан утверждена Концепция социального развития Республики Казахстан до 2030 года¹³⁷ (далее – Концепция), которая будет способствовать достижению стратегической цели по вхождению Казахстана в число 30-ти самых развитых государств мира к 2050 году. Так, в указанной Концепции предусмотрены общие направления действий для достижения желаемого состояния в будущем и результатом процесса стратегического планирования в рассматриваемой сфере. Кроме того, предложены периоды ее реализации и основные подходы реформирования нормативной правовой базы в социальной сфере.

Обзор обращений физических и юридических лиц за 2016 год¹³⁸

В Министерство здравоохранения и социального развития РК за 2016 год поступило 8186 обращений физических и юридических лиц, в том числе

¹³⁵ Послание Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность»

¹³⁶ Программная статья Президента Казахстана Нурсултана Назарбаева «СОЦИАЛЬНАЯ МОДЕРНИЗАЦИЯ КАЗАХСТАНА: Двадцать шагов к Обществу Всеобщего Труда». <http://www.inform.kz/ru/social-naya-modernizaciya-kazahstana-dvadcat-shagov-k-obschestvu-vseobschego-truda>

¹³⁷ Постановление Правительства Республики Казахстан от 24 апреля 2014 года № 396 «Об утверждении Концепции социального развития Республики Казахстан до 2030 года и Плана социальной модернизации на период до 2016 года»

¹³⁸ <http://www.mz.gov.kz/ru/node/339979>

с портала электронного правительства поступило 1177 (14%) обращений, 481 (6%) обращению присвоены уникальные номера.

Их значительная часть 6729 (82%) приходится на обращения физических лиц, и 1457 (18%) на обращения юридических лиц.

По характеру: 1188 (14%) обращений относятся к вопросам труда и занятости населения, 1116 (14%) - пенсионное обеспечение, 1048 (13%) – помощь в организации лечения, 911 (11%) - здравоохранение, **798 (10%) - социальное обеспечение**, 603 (7%) – качество оказания медицинских услуг, **457 (6%) – выплата компенсации и пособия**, 399 (5%) – установление группы инвалидности, услуги, 238 (3%) – оплаты труда, 212 (2%) – экологическая экспертиза, 181 (2%) – повышение квалификации кадров, 164 (2%) – бесплатное или льготное обеспечение лекарственными препаратами, 144 (2%) - трудоустройство, 133 (1%) – фармакология, обеспечение лекарственными препаратами и медицинским оборудованием, 96 (1%) - предоставление архивных документов, 81 (1%) – предоставление жилья, 46 (1%) – миграции, 371 (5%) – прочие.

В науке права социального обеспечения было высказано мнение, что пособия - это ряд видов социального обеспечения, различающихся по целям, источникам выплат, характеру оснований предоставления, субъектам. Объединяет их лишь то, что все это денежные выплаты из социальных фондов. Одинаковые же наименования используются в силу отсутствия иного термина.¹³⁹

В «широком смысле» социальное обеспечение часто включает значительный спектр правоотношений. Многие полагают, что в него следовало бы включить не только бесплатное медицинское обслуживание, лечение, но и бесплатное образование, пользование достижениями культуры и другие социально-экономические мероприятия, предусмотренные Конституцией страны. Каждое из этих прав предусматривает удовлетворение различных потребностей граждан и обеспечивается соответствующими, предусмотренными Конституцией мероприятиями и средствами. Так, право на материальное обеспечение в старости, в случае болезни, полной или частичной утраты трудоспособности, а также потери кормильца, осуществляется различными формами социального обеспечения. Специальные формы предусмотрены для обеспечения права на охрану здоровья, т.е. на бесплатное медицинское обслуживание и лечение. Различные потребности граждан имеют свои, специфические формы их удовлетворения, соответственно этому образуются и фонды денежных средств. Следовательно, для толкования понятия «социальное обеспечение» в более широком смысле достаточных оснований не имеется.¹⁴⁰

Тем не менее для всех видов денежных выплат, которые называются пособиями, характерен ряд как общих признаков, позволяющих относить их

¹³⁹ Шайхатдинов В.Ш. Теория социального обеспечения. - Саратов: Изд. Саратовского Университета, 2005 .

¹⁴⁰ bugabooks.com/book/293-finansy-denezh-noe-obrashhenie-kredit/65-131-yekonomi-cheskie-osnovy-i-principy-socialnogo-obespecheniya.html

к одному виду социального обеспечения - пособиям, так и ряд признаков, устанавливающих существенные различия между отдельными видами пособий. В законодательстве Республики Казахстан предусмотрены различные виды пособий.¹⁴¹

Пособия как социальная помощь занимают важное место в системе социального обеспечения. История Республики Казахстан знает периоды, когда пособия были единственным источником средств существования некоторых семей. Наиболее актуально это было в 90-е годы, в период наивысшей социальной депрессии и безработицы, особенно для молодых семей, имеющих детей.¹⁴²

Ранее существовавшая система социальных пособий претерпела существенные изменения, обусловленные как трансформацией социально-экономических основ общества, изменением пенсионного законодательства, так и несовершенством действовавших систем социальных пособий. Так, появление безработицы как массового явления потребовало разработки принятия специальных мер, изменения пенсионного законодательства, и т.д.¹⁴³

Именно поэтому пособия представляются как денежные периодические социальные выплаты, которые носят характер государственной помощи гражданам и которые представляются в случаях и на условиях, предусмотренных законодательством. Пособия предоставляются исключительно в денежной форме и призваны выравнивать доходы нуждающихся семей и граждан. Основная задача пособий состоит в оказании материальной помощи государством семьям или строго определенным субъектам.

Пособия имеют ряд отличительных признаков от пенсий, компенсаций, материальной помощи, различных льгот, мотивационных выплат и т.д. Часто к этим признакам относят следующие:

По кругу лиц. Если пенсии могут получать в основном неработающие граждане, то пособия рассчитаны на всех. Пособия могут получать как работающие, так и неработающие граждане, в том числе и пенсионеры.

По целевому назначению. Пособия выплачиваются с целью полной или частичной компенсации дополнительных расходов семьи в предусмотренных законодательством случаях.

По срокам выплаты. Пособия выплачиваются не постоянно, а временно, компенсируя утраченный заработок или дополнительные расходы. А пенсия, например, выплачивается постоянно и регулярно.¹⁴⁴

¹⁴¹ А.М. Людина «Понятие, сущность, значение пособий и их отличие от других видов материальных выплат». Вестник КазНУ. 2012.

¹⁴² Жумагулов Г.М., Ахметова Г. Право социального обеспечения: учебник. - Алматы: Юридическая литература, 2005.

¹⁴³ Сулейманова Г.В. Право социального обеспечения: учебник для вузов. - 3-е изд., пераб. и доп. - М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К», 2009.

¹⁴⁴ Жумагулов Г.М., Ахметова Г. Право социального обеспечения: учебник. - Алматы: Юридическая литература, 2005.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Социальная политика любого государства является наиболее важной частью его внутренней политики. В условиях перехода Казахстана к устойчивому развитию проблема совершенствования системы социального обеспечения населения становится особенно острой и актуальной.

Конституция Республики Казахстан провозглашает основные направления государственного управления и государственной политики Казахстана, в том числе и в области социального обеспечения населения.

В частности статья 28 Конституции Республики Казахстан гласит¹⁴⁵: *«Гражданину Республики Казахстан гарантируется минимальный размер заработной платы и пенсии, социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца и по иным законным основаниям. Поощряется добровольное и социальное страхование, создание дополнительных форм социального обеспечения и благотворительность.»* Таким образом, Конституция гарантирует социальную защиту граждан Республики Казахстан. Не случайно Конституция провозглашает высшими ценностями жизнь, права и свободы человека и гражданина, а также утверждает солидарность и консолидацию общества на основе согласования интересов. Здесь весьма актуально звучат слова Б. Кистяковского: «В чем же настоящие и истинные цели государства? Они заключаются в осуществлении солидарных интересов людей. При помощи государства осуществляется то, что нужно, дорого, ценно всем людям. Государство само по себе есть всеобъемлющая форма солидарности между людьми, и вместе с тем оно ведет к созданию и выработке наиболее полных и всесторонних форм человеческой солидарности. Общее благо — вот формула, в которой выражаются цели и задачи государства».¹⁴⁶

На основе анализа международного опыта можно сделать вывод, что наиболее эффективные и комплексные системы социальной защиты обычно включают в себя следующие основные элементы:

- 1) государственные пособия;
- 2) обязательное социальное страхование;
- 3) накопительное пенсионное обеспечение;
- 4) социальную помощь.

Государственные пособия предназначены для обеспечения всех граждан гарантированными выплатами на определенном уровне в случае наступления обстоятельств, подлежащих социальной защите.

Справочно:

Среди стран с максимальным государственным участием в системе социальной защиты следует отметить Францию, Италию, Бельгию, Германию, Австрию, Японию. Минимальное участие государства, передача большинства инструментов социальной

¹⁴⁵ Конституция Республики Казахстан принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года

¹⁴⁶ Е.К. Кубеев «Проблемы становления социального государства и реализации конституционного права граждан на социальное обеспечение: тенденции и перспективы современного Казахстана». Вестник КарГУ. <http://articlekz.com/article/11677>

защиты частному рынку распространено в ряде стран Латинской Америки. В большинстве стран - США, Великобритании, Аргентине, Голландии, Дании, Швеции, Польше, Латвии - используется смешанная система. Как правило, системы с полной солидарностью - государственные, персонифицированные системы накопительного характера преимущественно частные, а при ограниченной солидарности обычно используется смешанная система, предполагающая участие как государственных, так и частных институтов. Как показывает международный опыт, степень участия государственных институтов влияет на такие основные показатели, как охват населения и административные расходы. Более высокие административные расходы на содержание системы социального страхования - в частных системах, более низкие - в государственных и смешанных. В государственных системах обеспечен почти полный охват трудоспособного населения, высок уровень охвата в смешанных системах, относительно низок в частных системах.

Системы с полной солидарностью характеризуется минимальными стимулами, в то время как в системах, основанных на персонификации учета взноса, - стимулы максимальные. При этом стимулирование стабильной оплачиваемой трудовой деятельности достигается через предоставление дополнительных преимуществ трудящимся и зависит от степени взаимосвязи между взносом и выплатой.

Таким образом, нормы рассматриваемого закона соответствуют нормам Конституции Республики Казахстан.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

В зависимости от сферы действия международные правовые акты можно разделить на четыре группы: в первую группу входят универсальные международные правовые акты, принятые ООН (Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г. и др.); во вторую - акты специализированных организаций (Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ), Международной организации труда (МОТ)); в третью - акты регионального характера (заключенные в рамках Совета Европы (СЕ), Содружества Независимых Государств (СНГ)); в четвертую - двусторонние международные договоры и соглашения Республики Казахстан.

Провозглашая себя социальным государством, Казахстан тем самым подчеркнул приверженность международно-правовым актам в области прав человека. В первую очередь это Всеобщая декларация прав человека, согласно пункту 1 статьи 25 которой *каждый человек имеет право на такой жизненный уровень, включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, который необходим для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи, и право на обеспечение на случай безработицы, болезни, инвалидности и т.д.*¹⁴⁷

¹⁴⁷ Всеобщая декларация прав человека, принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года

Этот принцип развит в пункте 1 статьи 11 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах: *«Участвующие в настоящем Пакте государства признают право каждого на достойный жизненный уровень для него и его семьи, включающий достаточное питание, одежду и жилище, и на непрерывное улучшение условий жизни. Государства-участники примут надлежащие меры к обеспечению осуществления этого права, признавая важное значение в этом отношении международного сотрудничества, основанного на свободном согласии»*.¹⁴⁸

Необходимо отметить, что в международных актах не только закрепляется право каждого человека на социальное обеспечение, включая социальное страхование, но и определяется тот уровень жизни, который ему должен гарантироваться. По существу, это тот социально-минимальный уровень, который включает в себя все необходимое для обеспечения здоровья и благосостояния человека и его семьи. Вместе с тем эти акты содержат перечни всех социальных рисков, защиту от наступления которых призвано гарантировать государство.

Таким образом, международные нормативные правовые акты, регламентирующие социальное обеспечение, выполняют две основные функции: во-первых, они устанавливают универсальные стандарты социального обеспечения, а во-вторых, закрепляют систему сохранения прав граждан на социальное обеспечение в случае их миграции в рамках договаривающихся государств.

Анализируемый Закон не содержит норм, противоречащих международным обязательствам Республики Казахстан в этой сфере.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

Закон о пособии не содержит норм, противоречащих нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан.

Исследуемый Закон не содержит норм, противоречащих нормам Кодексов Республики Казахстан.

Показатель 4. Наличие коллизий между нормами закона и нормами иных законов

Для обнаружения коллизий между нормами анализируемого закона и нормами иных законов были рассмотрены нормативные правовые акты, регулирующие одни и те же либо смежные общественные отношения.

Так, в процессе анализа были выявлены противоречия между нормами следующих законов:

¹⁴⁸ Закон Республики Казахстан от 21 ноября 2005 года N 87 «О ратификации Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах»

1. Подпункты 2), 3), 4) статьи 4 рассматриваемого Закона противоречат статье 9 Закона РК «О льготах и социальной защите участников, инвалидов Великой Отечественной войны и лиц, приравненных к ним» (далее – Закон о ВОВ).

Так, пункты 1 и 2 статьи 9 Закона о ВОВ предусматривают другие категории лиц, приравненных по льготам и гарантиям к участникам войны:

«1. Семьи погибших военнослужащих, а именно:

семьи военнослужащих, партизан, подпольщиков, лиц, указанных в статьях 5, 6, 7 и 8 настоящего Закона, погибших (пропавших без вести) или умерших в результате ранения, контузии или увечья, полученных при защите бывшего Союза ССР, при исполнении иных обязанностей воинской службы (служебных обязанностей) или вследствие заболевания, связанного с пребыванием на фронте;

семьи погибших в Великую Отечественную войну лиц из числа личного состава групп самозащиты объектов и аварийных команд местной противовоздушной обороны, семьи погибших работников госпиталей и больниц города Ленинграда;

семьи военнослужащих, лиц начальствующего и рядового состава, призванных на сборы военнообязанных Министерства обороны, органов внутренних дел и государственной безопасности бывшего Союза ССР погибших (умерших) во время выполнения задач по охране общественного порядка при чрезвычайных обстоятельствах, связанных с антиобщественными проявлениями;

семьи военнослужащих, погибших (пропавших без вести) или умерших вследствие ранения, контузии, увечья, заболевания, полученных в период боевых действий в Афганистане или в других государствах, в которых велись боевые действия;

семьи военнослужащих погибших (умерших) при прохождении воинской службы в мирное время;

семьи лиц, погибших при ликвидации последствий катастрофы на Чернобыльской АЭС и других радиационных катастроф и аварий на объектах гражданского или военного назначения;

семьи умерших вследствие лучевой болезни или умерших инвалидов, а также граждан, смерть которых в установленном порядке связана с воздействием катастрофы на Чернобыльской АЭС и других радиационных катастроф и аварий на объектах гражданского или военного назначения и ядерных испытаний.

К членам семей, которым предоставляется право на льготы, относятся:

дети и другие иждивенцы погибшего (пропавшего без вести, умершего), которым в связи с этим выплачивается государственное социальное пособие по случаю потери кормильца;

родители; супруга (супруг), не вступивших в повторный брак.

2. Жены (мужья) умерших инвалидов войны и приравненных к ним инвалидов, а также жены (мужья) умерших участников войны, партизан, подпольщиков, граждан, награжденных медалью «За оборону Ленинграда» и знаком «Житель блокадного Ленинграда», признававшихся инвалидами в результате общего заболевания, трудового увечья и других причин (за исключением противоправных), которые не вступали в другой брак.»

Тогда как подпунктами 2), 3), 4) статьи 4 анализируемого Закона относятся только следующие граждане, имеющие право на получения пособия:

«2) родители и не вступившие в повторный брак вдовы воинов погибших (умерших, пропавших без вести) в Великой Отечественной войне;

3) семьи военнослужащих, сотрудников специальных государственных органов, погибших (пропавших без вести) или умерших вследствие ранения, контузии, увечья, заболевания, полученных в период боевых действий в Афганистане или в других государствах, в которых велись боевые действия; семьи военнослужащих, сотрудников специальных государственных органов, погибших (умерших) при прохождении воинской службы, службы в специальных государственных органах, в мирное время, семьи сотрудников органов внутренних дел, погибших при исполнении служебных обязанностей; семьи погибших при ликвидации последствий катастрофы на Чернобыльской АЭС и других радиационных катастроф и аварий на объектах гражданского или военного назначения; семьи умерших вследствие лучевой болезни или умерших инвалидов, а также граждан, смерть которых в установленном порядке связана с воздействием катастрофы на Чернобыльской АЭС и других радиационных катастроф и аварий на объектах гражданского или военного назначения и ядерных испытаний;

4) не вступившие в повторный брак жены (мужья) умерших инвалидов войны и приравненных к ним инвалидов, а также жены (мужья) умерших участников войны, партизан, подпольщиков, граждан, награжденных медалью «За оборону Ленинграда» или знаком «Жителю блокадного Ленинграда», признававшихся инвалидами в результате общего заболевания, трудового увечья и других причин (за исключением противоправных);»

Наличие данного противоречия между вышеуказанными нормами позволит правоприменителю произвольно вырабатывать разную практику применения данных норм, что повлечет нарушение системности правового регулирования, снижая тем самым его эффективность. Также полагаем в силу недостаточной определенности вышеуказанной категории лиц позволяет уполномоченному органу варьировать по своему выбору, что повышает вероятность произвольного применения нормы.

В этой связи, целесообразно привести в соответствие нормы рассматриваемого Закона с нормами Закона о ВОВ, поскольку полагаем, что данный фактор затрудняет реализацию законных прав граждан.

2. В рассматриваемом законе статьей 3 регламентируется: *«Если инвалид не явился в подразделение МСЭ на переосвидетельствование в*

установленный законодательством Республики Казахстан срок, то выплата пособия ему приостанавливается до момента признания его вновь инвалидом.», тогда как в пункте 3 статьи 10 Закона РК «О государственных социальных пособиях по инвалидности, по случаю потери кормильца и по возрасту в Республике Казахстан» предусмотрено следующее: *«Если инвалид не явился в подразделение МСЭ на переосвидетельствование в назначенный для этого срок, то выплата пособия ему приостанавливается, а в случае признания его вновь инвалидом – возобновляется со дня приостановления, но не более чем за один месяц, если подразделение МСЭ признает его за этот период инвалидом.*».

Считаем, что указанная норма рассматриваемого Закона противоречит соответствующей норме Закона о пособии по инвалидности, в части указания срока приостановления выплаты пособия. Полагаем необходимым, в целях исключения указанного противоречия, внести в специальный закон соответствующие изменения.

3. Абзацем вторым пункта 4 статьи 6 рассматриваемого закона указывается срок со дня приостановления выплаты до дня переосвидетельствования *шесть месяцев*, тогда как в Законе о пособиях по инвалидности по аналогичному основанию указан срок *три года* (абзац второй пункта 3 статьи 10).

В данном случае указанная разница в сроках противоречит, создавая проблемы в процессе правоприменительной деятельности с одной стороны и ограничивая реализацию законных прав граждан с другой стороны.

В этой связи, полагаем необходимым увеличить срок в три года аналогично Закону о пособиях по инвалидности.

4. Из содержания статей 5 и 7 анализируемого Закона, предусматривающие порядок выплаты и размеры пособия, следует, что пособия выплачиваются в соответствии с Законом о *республиканском бюджете*.

Тогда как статья 2 Закона предусматривает, что выплата пособия осуществляется за счет средств *государственного бюджета*.

Государственный бюджет состоит из республиканского и местного бюджетов, тогда как в законе указываются нормы расходов средств только из республиканского бюджета.

Полагаем необходимым, в целях устранения несоответствия между нормами Закона, в статью 2 внести изменения, с указанием выплаты пособия за счет средств республиканского бюджета.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Статья 5 рассматриваемого Закона представляет собой «устаревшую форму» назначения пособия. Так, в соответствии с данной статьей обращение граждан для получения пособия необходимо их личное присутствие.

Тогда как, в соответствии с поручениями Главы Государства, предусмотренные в послании «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» в рамках разработки и принятия программы

«Цифровой Казахстан» следует адаптировать законодательство под новые реалии. В этой связи, в целях ускоренной технологической модернизации экономики, необходимо развивать в стране цифровые сервисы в здравоохранении и образовании, и другие.

В целях повышения качества государственных услуг населению следует развивать «электронное правительство», который является важным аспектом противодействия коррупции и повышения доверия граждан к деятельности государственных органов.

Таким образом, считаем необходимым, предусмотреть нормы, регламентирующие право обращения гражданам через веб-портал «электронного правительства», предоставляющий государственные услуги и сервисы в электронном виде и обеспечивающий единую точку доступа для получения самой необходимой информации о государственных услугах.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

В целом считаем, что рассматриваемый закон неэффективно реализуется согласно нижеперечисленным основаниям:

1) рассматриваемый Закон о пособиях является рамочным, большей части декларативным, и не в полной мере отражающий порядок выплаты специального государственного пособия.

Так из 11 статей действующего закона две статьи закона (статьи 3-1, 3-2) дублируют аналогичные статьи Закона РК «О государственных пособиях семьям, имеющим детей» (статьи 2, 9). В частности, указанные статьи предусматривают компетенции центрального исполнительного органа и Государственной корпорации.

Далее, содержание 7 статей Закона аналогичны со статьями Законов РК «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда», «О государственных социальных пособиях по инвалидности, по случаю потери кормильца и по возрасту в Республике Казахстан». В частности, статьи, предусматривающие основные понятия, средства на выплату пособия, право граждан на пособие, порядок назначения и выплаты пособия, основания отказа в назначении, прекращении или приостановлении выплаты пособия и порядок введения в действие закона.

Следовательно, оставшиеся 2 статьи Закона не дублируются, не поглощаются другими законами;

2) закон не раскрывает весь механизм порядка обращения за назначением, выплаты, переоформления и удержания из пособий. Так, например в Законе РК «О государственных пособиях семьям, имеющим детей» вышеперечисленные нормы конкретно детализируются и регламентируются отдельными статьями;

3) отмечаем, что специальное государственное пособие как один из видов пособий не оправдан, в связи с минимальным его размером, при этом

не решает вопросов получателю данного пособия.

К примеру, в законодательстве Российской Федерации и Республики Беларусь отдельного законодательного акта, регламентирующий аналогичный вид пособия, отсутствует.

Как свидетельствует социологический опрос, гражданам выгоднее взамен пособия заменить некоторыми аналогичными льготами, предусмотренные Законом РК «О льготах и социальной защите участников, инвалидов Великой Отечественной войны и лиц, приравненных к ним». К примеру, по выплатам на расходы коммунальных услуг, топлива, пользования телефоном, обеспечения лекарствами, очковой оптикой, проезда всеми видами транспорта общего пользования (кроме такси) и другие;

4) в действующем законодательстве содержатся два закона, регулирующие специальные государственные пособия: рассматриваемый закон и Закон РК «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда». Основная часть статей этих законов дублируются, совпадает предмет регулирования и уполномоченный орган один и тот же, то есть данные законы предусматривают выдачу одного вида государственного пособия.

Таким образом, в целях исключения дублирования, противоречий, а также ускорения процесса замены устаревших или не соответствующих норм предлагаем рассматриваемый Закон поставить на утрату либо объединить с аналогичными специальными законами. Кроме того, при анализе Закона РК «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда» научными сотрудниками А.К. Канатовым, Е. Ахметовым также отмечено, что закон является рамочным и требует объединения с Законом РК «О пенсионном обеспечении в Республике Казахстан»¹⁴⁹

Вместе с тем, в свете реализации поручений Главы Государства относительно разработки новой социальной политики и оптимизации системы социального обеспечения в рамках социально-экономических реформ, проводимых в Республике Казахстан, необходимо продолжать работу по модернизации действующего законодательства в сфере социального обеспечения.¹⁵⁰

В этой связи, с учетом особенностей современного этапа развития социального законодательства считаем рассмотреть вопрос о консолидации лишь его отдельных институтов. Например, о необходимости объединения

¹⁴⁹ Справка по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 414 «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда» (исп. А.К. Канатов, А. Ахметов)

¹⁵⁰ Послание Президента Республики Казахстан от 30 ноября 2015 года «Казахстан в новой глобальной реальности: рост, реформы, развитие»

двух или более основных законов о социальном обслуживании населения с целью унификации их текстов и устранения повторов следующих действующих законов:

«О специальном государственном пособии в Республике Казахстан»;

«О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда»;

«О социальной защите граждан, пострадавших вследствие ядерных испытаний на Семипалатинском испытательном ядерном полигоне»;

«О социальной защите граждан, пострадавших вследствие экологического бедствия в Приаралье»;

«О реабилитации жертв массовых политических репрессий»;

«О льготах и социальной защите участников, инвалидов Великой Отечественной войны и лиц приравненных к ним»;

«О государственных социальных пособиях по инвалидности, по случаю потери кормильца и по возрасту в Республике Казахстан»;

«О государственных пособиях семьям, имеющим детей».

Так, к примеру в Германии, где уже продолжительное время действует Социальный кодекс, в котором сведены воедино различные формы отношений в области социальных льгот и социального обслуживания, а также многообразные формы социальной помощи.

В этой связи, важнейшим признаком современного социального государства является активная социальная политика, при этом речь идет не об отдельных законодательных актах, а о внутренне упорядоченной и согласованной системе законодательства о социальной защите населения.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Считаем, что нормы подпунктов 8) и 8-1) статьи 4 закона носят дублирующий характер:

«8) дети-инвалиды до шестнадцати лет;

8-1) дети-инвалиды с шестнадцати до восемнадцати лет первой, второй, третьей групп;».

Так, согласно Закону Республики Казахстан от 13 апреля 2005 года №39 «О социальной защите инвалидов в Республике Казахстан» *ребенок-инвалид – лицо в возрасте до восемнадцати лет, имеющее нарушение здоровья со стойким расстройством функций организма, обусловленное заболеваниями, увечьями (ранениями, травмами, контузиями), их последствиями, дефектами, которое приводит к ограничению жизнедеятельности и необходимости его социальной защиты.*

Следовательно, предлагаем объединить рассматриваемые подпункты.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. В подпункте 12) статьи 4 анализируемого Закона закреплено право на получение пособий лицами, которым назначены пенсии за особые заслуги перед Республикой Казахстан.

Однако не ясно, в каком действующем нормативном правовом акте закреплено понятие *«особые заслуги перед Республикой Казахстан»*.

Ранее существовало постановление Верховного Совета Республики Казахстан от 17 января 1992 года «Об утверждении Положения о пенсиях за особые заслуги перед Республикой Казахстан», которое утратило силу Указом Президента Республики Казахстан от 23 января 1996 года № 2788.

В этой связи, необходимо восполнить этот пробел в действующем законодательстве.

2. В Правилах назначения и выплаты специального государственного пособия, утвержденных Приказом Министра здравоохранения и социального развития Республики Казахстан от 3 июня 2015 года № 445 (*далее - Правила*), предусмотрены основания выплаты пособия в случаях смерти или выезда получателя (пункт 4 Правил):

«4. Пособие выплачивается ежемесячно за текущий месяц и на период соблюдения условий, по которым пособие назначено с момента возникновения права на его получение в размерах, установленных Законом.

В случае смерти получателя, пособие выплачивается по месяц смерти включительно.

В случае выезда получателя пособия на постоянное место жительства за пределы Республики Казахстан, выплата пособия производится по месяц снятия с регистрации по месту жительства.»

Однако в статье 6 рассматриваемого Закона отсутствует основание выплаты пособия в случае переезда получателя.

Руководствуясь статьей 61 Конституции РК нормы, касающиеся правосубъектности физических лиц, должны регулироваться на уровне закона, а не подзаконным актом.

В этой связи, в целях устранения противоречия, а также расширения практики принятия законов прямого действия, считаем необходимым вышеуказанное основание выплаты пособия в случае переезда получателя регламентировать в рассматриваемом Законе.

3. В пункте 2 статьи 5 анализируемого Закона предусмотрено:

«2. Лица, указанные в статье 4 настоящего Закона, обращаются за назначением пособия в Государственную корпорацию с приложением документов, перечень которых определяется центральным исполнительным органом.»

Данный перечень документов, подтверждающих право на получение пособия, предусмотрен в пункте 5 Правил:

«5. Граждане, имеющие право на получение пособия по основаниям, указанным в статье 4 Закона, для назначения пособия представляют в отделение Государственной корпорации по месту жительства заявление по

форме согласно приложению 1 к настоящим Правилам и для идентификации – документ, удостоверяющий личность (удостоверение личности, свидетельство о рождении, удостоверение лица без гражданства, вида на жительство иностранца постоянно проживающего в Республике Казахстан) с приложением следующих документов:

- 1) документы, подтверждающие право на получение пособия;
- 2) сведения о номере банковского счета в уполномоченной организации по выдаче пособий.».

Необходимо отметить, что данный перечень является исчерпывающим, более того в указанный пункт не вносились изменения или дополнения со дня принятия рассматриваемых Правил.

Следовательно, в целях не допущения в подзаконных актах расширения действий, не предусмотренных Законом, а также минимизации отсылочных норм в законах и расширению практики принятия законов прямого действия предлагаем вышеуказанный перечень предусмотреть в рассматриваемом Законе.

4. В рассматриваемом Законе отсутствуют нормы, регламентирующие, что суммы пособий, не полученные своевременно по вине органа, назначающего или осуществляющего выплату, выплачиваются за прошлое время без ограничения сроков.

Считаем необходимым, что вышеуказанные нормы должны быть, поскольку касаются определенного вида деятельности, реализации закрепленной за органом функции. Такое «упущение» требует от правоприменителя применение закона по аналогии, что способствует формированию разной практики применения норм действующего законодательства.

5. В анализируемом Законе отсутствуют нормы, позволяющие обратиться за назначением пособия через веб-портал «электронного правительства».

Предлагаем данный пробел устранить.

6. Пунктом 3 статьи 8 анализируемого Закона предусмотрено:

«3. Выплата пособия приостанавливается на период отбывания получателем пособия уголовного наказания, назначенного судом в виде лишения свободы. В случае, если такой получатель пособия относится к гражданам, указанным в подпункте 3) статьи 4 настоящего Закона, то пособие может быть переоформлено на другого члена семьи, имеющего на это право.»

Возникает вопрос, в случае незаконного обвинения или осуждения получателя пособия, при этом у данного гражданина отсутствуют близкие родственники, на которых возможно переоформление пособия, каков порядок выплаты пособия за «упущенное» время, если приняты меры по реабилитации невиновного.

Считаем необходимым, в целях восполнения пробела разработать механизм выплаты пособия по вышеуказанному основанию.

7. Закон не предусматривает ответственность за нарушение законодательства о специальном государственном пособии.

Тогда как в законах, регламентирующие другие виды пособий, предусмотрена ответственность должностных лиц за нарушение действующего законодательства.

В этой связи, считаем необходимым, предусмотреть статью об ответственности должностных лиц за нарушение норм рассматриваемого закона.

8. Законом не предусмотрено право гражданина обратиться повторно для назначения пособия.

Тогда как, Правила назначения и выплаты специального государственного пособия, предусматривают порядок обращения повторно для назначения пособия.

Данные нормы, касающиеся правосубъектности физических лиц (статья 61 Конституции РК), должны регулироваться на уровне закона, а не подзаконным актом.

9. В рассматриваемом законе отсутствуют нормы, регламентирующие выплату пособия в случае признания переосвидетельствованного трудоспособным.

Предлагаем данный пробел устранить.

10. Пунктом 4 статьи 3 Закона предусматривается, что *лицам, имеющим одновременно право на получение специального государственного пособия по нескольким основаниям, пособие выплачивается только по одному основанию по их выбору.*

Однако порядок перевода с одного вида пособия на другой нормами Закона не регламентируется. В этой связи полагаем необходимым предусмотреть в Законе механизм перевода пособия по выбору получателя.

11. Пунктом 20 Правил назначения и выплаты специального государственного пособия предусматриваются основания приостановления выплаты пособия, тогда как считаем, данные нормы должны регулироваться на уровне закона, поскольку касаются правосубъектности физических лиц (статья 61 Конституции РК).

В этой связи, целесообразно восполнить указанный пробел, предусмотрев в Законе основания приостановления выплаты пособия.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере информатизации, Закон содержит допустимое число отсылочных и бланкетных норм.

Применение отсылочных и бланкетных норм является оправданным и не противоречит статье 62 Конституции Республики Казахстан и требованиям Закона Республики Казахстан «О правовых актах».

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

В пункте 3 статьи 8 рассматриваемого Закона предусмотрено:

«3. Выплата пособия приостанавливается на период отбывания получателем пособия уголовного наказания, назначенного судом в виде лишения свободы. В случае если такой получатель пособия относится к гражданам, указанным в подпункте 3) статьи 4 настоящего Закона, то пособие может быть переоформлено на другого члена семьи, имеющего на это право.»

Тем самым право на переоформление выплаты на другого члена семьи закреплено с использованием неопределенной конструкции **«может быть»** в случае, если уголовное наказание в виде лишения свободы назначается лицам, относящимся к:

- семьи военнослужащих, сотрудников специальных государственных органов, погибших (пропавших без вести) или умерших вследствие ранения, контузии, увечья, заболевания, полученных в период боевых действий в Афганистане или в других государствах, в которых велись боевые действия;

- семьи военнослужащих, сотрудников специальных государственных органов, погибших (умерших) при прохождении воинской службы, службы в специальных государственных органах, в мирное время, семьи сотрудников органов внутренних дел, погибших при исполнении служебных обязанностей;

- семьи погибших при ликвидации последствий катастрофы на Чернобыльской АЭС и других радиационных катастроф и аварий на объектах гражданского или военного назначения; семьи умерших вследствие лучевой болезни или умерших инвалидов, а также граждан, смерть которых в установленном порядке связана с воздействием катастрофы на Чернобыльской АЭС и других радиационных катастроф и аварий на объектах гражданского или военного назначения и ядерных испытаний;

Вследствие неясного толкования норма создает возможность для совершения коррупционного преступления, так как ставит решение данного вопроса от усмотрения уполномоченного органа.

В этой связи, для исключения двоякости толкования предлагаем исключить использование в норме конструкции **«может быть»** и закрепить следующую редакцию:

«3. Выплата пособия приостанавливается на период отбывания получателем пособия уголовного наказания, назначенного судом в виде лишения свободы. В случае, если такой получатель пособия относится к гражданам, указанным в подпункте 3) статьи 4 настоящего Закона, то пособие переоформляется на другого члена семьи, имеющего на это право.»

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона.

1. В пункте 4 статьи 3 Закона о пособии указано, что *«лицам, имеющим одновременно право на получение специального государственного пособия по нескольким основаниям, пособие выплачивается только по одному основанию по их выбору.»*

На наш взгляд, данная норма ущемляет право граждан на получение всего объема государственной социальной помощи, так как граждане, имеющие одновременно право на получение специального государственного пособия по нескольким основаниям, недополучают причитающиеся им выплаты, что ставит их в неравные условия по сравнению с теми гражданами, которые претендуют на получение пособия по одному основанию. Существование нескольких оснований для получения специального государственного пособия свидетельствует о наличии у лиц более тяжелой жизненной ситуации по сравнению с другими гражданами.

В этой связи, рекомендуем исключить пункт 4 статьи 3 Закона в целях получения специальных государственных пособий для определенных лиц в полном объеме.

2. Полагаем, редакция нормы подпункта 2) статьи 4 рассматриваемого Закона требует редакционной поправки:

«2) родители и не вступившие в повторный брак вдовы воинов погибших (умерших, пропавших без вести) в Великой Отечественной войне;».

В частности, предлагаем указать и вдовцов, данном случае мужчины и женщины обладают равными правами и возможностями в обществе в рамках гендерного равенства.

3. Считаем, что нормы подпункта 4) рассматриваемой статьи поглощают нормы подпункта 2).

«2) родители и не вступившие в повторный брак вдовы воинов погибших (умерших, пропавших без вести) в Великой Отечественной войне;»

«4) не вступившие в повторный брак жены (мужья) умерших инвалидов войны и приравненных к ним инвалидов, а также жены (мужья) умерших участников войны, партизан, подпольщиков, граждан, награжденных медалью "За оборону Ленинграда" или знаком "Жителю блокадного Ленинграда", признававшихся инвалидами в результате общего заболевания, трудового увечья и других причин (за исключением противоправных);»

В соответствии с пунктом 3 статьи 24 Закона Республики Казахстан от 6 апреля 2016 года № 480 «О правовых актах» текст нормативного правового акта излагается с соблюдением норм литературного языка, юридической терминологии и юридической техники, его положения должны быть предельно краткими, содержать четкий и не подлежащий различному толкованию смысл. В целях исключения различного толкования предлагаем объединить нормы указанных подпунктов.

4. В подпункте 4-1) статьи 4 Закона о пособии предусмотрено:

«4-1) Герои Советского Союза, Герои Социалистического Труда, кавалеры орденов Славы трех степеней, Трудовой Славы трех степеней, лица, удостоенные почетного звания "Қазақстанның ғарышкер-ұшқышы";».

В данной норме перечислены граждане, имеющие право на пособие, за особые заслуги перед Советским Союзом, тогда как не указаны лица, заслуженные перед Республикой Казахстан.

В этой связи, считаем необходимым в качестве граждан, имеющих право на получение пособия, указать также и удостоенных почетных званий, высших степеней отличия Республики Казахстан.

5. Подпункт 9) статьи 4 анализируемого закона предусматривает:

«9) многодетные матери, награжденные подвесками «Алтын алка», «Кумис алка» или получившие ранее звание «Мать-героиня», а также награжденные орденами «Материнская слава» I и II степени;».

Возникает вопрос, а имеют ли право пенсионеры, имеющие статус многодетных матерей?

В процессе анализа действующего законодательства в сфере социального обеспечения не выявлен нормативный правовой акт, регламентирующий статус многодетных матерей-пенсионеров.

В этой связи, предлагаем уполномоченному органу исключить данный недостаток Закона путем законодательного закрепления статуса многодетных матерей-пенсионеров.

6. В анализируемом законе встречаются слова *«умерших, пропавших без вести»*, тогда как в Гражданском кодексе РК предусмотрено, что гражданин может быть, по заявлению заинтересованных лиц, **объявлен** судом **умершим**, а также по заявлению заинтересованных лиц, **признан** судом **безвестно отсутствующим** (статьи 28, 31 ГК РК).

Предлагаем, в целях единообразного применения дефиниций и приведения в соответствие с Гражданским кодексом РК, по всему тексту рассматриваемого Закона слова *«умерших, пропавших без вести»* заменить словами *«объявлены умершими, признаны безвестно отсутствующими»*.

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на март месяц 2017 года.

Справка

по результатам анализа закона Республики Казахстан от 21 июля 2007 года № 300 «Об экспортном контроле»

1 Общая информация

1.1. Разработчик:

Министерство по инвестициям и развитию Республики Казахстан

1.2. Цель закона:

Обеспечение национальной безопасности, укрепление режима нераспространения оружия массового поражения, содействие формированию стабильной и безопасной системы международных отношений, укрепление международной безопасности и стабильности, предотвращение распространения оружия массового поражения и средств его доставки.

1.3. Предмет правового регулирования:

Закон устанавливает основы и порядок осуществления экспортного контроля вооружений, военной техники, ядерных и специальных неядерных материалов, продукции военного назначения, товаров и технологий двойного применения (назначения), сырья, материалов, оборудования, технологий, научно-технической информации и услуг, связанных с их производством и использованием в интересах международной и национальной безопасности, и укрепления режима нераспространения оружия массового поражения.

1.4. Отрасль законодательства:

Законодательство о государственном регулировании хозяйственной деятельности; законодательство об обороне, безопасности и правопорядке.

2. Соответствие законопроекта стратегическим целям государства:

Стратегией «Казахстан-2050» определены семь долгосрочных приоритетов, одним из которых является - национальная безопасность.

В соответствии с Указом Президента Республики Казахстан от 1 февраля 2010 года «О Стратегическом плане развития Республики Казахстан до 2020 года» обеспечение внутривнутриполитической стабильности и национальной безопасности является важнейшим условием развития Казахстана как независимого суверенного государства. Основные усилия в период до 2020 года будут сконцентрированы на дальнейшем укреплении и развитии государства, нейтрализации угроз и вызовов национальной безопасности, формировании благоприятной внешней среды.

Система национальной безопасности будет ориентирована на активные действия по формированию конструктивной и безопасной внешней и внутренней среды, использование имеющихся и потенциальных возможностей для устойчивого развития страны, и комплексного продвижения интересов Казахстана в регионе и мире. В основу национальной безопасности будет положено обеспечение превентивного выявления и устранения возникающих угроз.

Описание соответствия:

В целом Закон содержит необходимые положения для функционирования государственной системы экспортного контроля.

Между тем Министерством по инвестициям и развитию Республики Казахстан разработан законопроект «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам экспортного контроля», предполагающий поправки, по следующим аспектам развития экспортного контроля: введение регуляторного механизма по контролю посреднической деятельности в сфере экспортного контроля; развитие внутрифирменных систем экспортного контроля на предприятиях; регламентация вида оружия «боевое ручное стрелковое оружие»; введение новых определений, таких как «технология», «идентификация», «неосязаемая передача технологий»; корректирование действующих терминов и определений.

Соответствие закона международным обязательствам, Конституции и вышестоящим законам.

Закон не противоречит Конституции Республики Казахстан, а также международным обязательствам, нормам конституционных законов и кодексов Республики Казахстан.

Коллизии между нормами закона и нормами иных законов.

В настоящее время в связи с последними событиями, произошедшими в городах Актобе и Алматы, законодатель активизировал работу по укреплению правовых основ безопасности страны. Согласно поручениям Главы государства, уполномоченными органами (КНБ, МВД) были внесены в Парламент страны НПА в области обеспечения национальной безопасности. В частности, в Мажилис были направлены законопроекты по вопросам противодействия экстремизму и терроризму, контрразведывательной деятельности, дактилоскопической и геномной регистрации, пробации, укрепления информационной безопасности.

В современных условиях наблюдается тенденция роста террористической угрозы, активизация усилий со стороны международного терроризма в приобретении продукции в интересах осуществления террористических актов с использованием ОМУ (оружие массового уничтожения), что обуславливает необходимость обеспечения мер по противодействию терроризму. Контроль за перемещением товаров и технологий, которые могут быть использованы для создания ОМУ, а также вооружения и военной техники, отнесен к приоритетным направлениям политики нашего государства.

Учитывая динамику происходящих событий по видоизменению законодательных основ национальной безопасности возникает необходимость ревизии содержательной части Закона «Об экспортном контроле» с целью ее совершенствования. Так, в первую очередь, нужно рассмотреть вопросы приведения в соответствие принципов экспортного контроля и компетенции уполномоченного органа новым требованиям

(целям, принципам и полномочиям) Концепции национальной безопасности. Во-вторых, приведение имманентного тождества принципам контрразведывательной деятельности в рамках нового Закона в новой редакции в этой сфере. В-третьих, необходимо отождествить компетенции уполномоченных органов по противодействию терроризму и экстремизму полномочиям государственных органов системы экспортного контроля.

2. Обратной стороной системы экспортного контроля является минимизация рисков в реализации основных направлений государственной политики в области.

2.1. В частности, это касается компетенции уполномоченных органов в сфере экспорта, реэкспорта, импорта, реимпорта, транзита и переработки продукции вне территории Республики Казахстан. Необходимо систематизировать и скорреспондировать полномочия государственных органов, как во вне, так и во внутрь, то есть речь идёт об исключении дублирования в осуществлении отраслевых компетенций органов национальной безопасности и других государственных органов (в том числе и Правительства РК). Цель – результативная контрразведывательная деятельность.

2.2. Одним из основных принципов экспортного контроля выступает **доступность информации** по законодательству Республики Казахстан об экспортном контроле, подпункт 3) пункта 2) статьи 4 Закона.

Между тем, данная норма противоречит принципу сокрытия сил, средств, действий, планов и намерений путем зашифровки и **закрытия доступа** к источникам секретной информации, закреплённого в пункте б) статьи 4 внесённого в Мажилис Парламента проекта Закона «О контрразведывательной деятельности» (*постановление Правительства Республики Казахстан от 26 октября 2016 года № 623*).

Наличие единой понятийно-терминологической системы в законе и ее соответствие действующему законодательству.

Статье 1 Закона используются основные понятия, которые единообразно и в соответствии с действующим законодательством применяются в тексте закона.

Избыточность в регулировании.

Так, в пункте 5) статьи 6 Закона предусмотрено, что уполномоченный орган осуществляет лицензирование экспорта и импорта продукции.

Однако, в пункте 3) статьи 9 Закона указано, что лицензирование экспорта и импорта продукции осуществляется **в соответствии с законодательством Республики Казахстан о разрешениях и уведомлениях.**

Отсюда вывод, о необходимости объединения аналогичных норм п.5) ст. 6 и п.3) ст.9 Закона.

Выявление бланкетных, отсылочных норм и норм декларативного характера.

А) Считаем некорректной норму, закрепленную в подпункте 1) статьи 12 Закона: «1. Государственный контроль на предотгрузочном этапе и (или) конечного использования продукции осуществляется в форме проверки и **иных формах**». Нормой единообразно не определено в каких формах проводится госконтроль.

На основании изложенного, считаем необходимым конкретизировать указанную статью Закона с указанием законодательных актов.

В) аналогичную юридическую природу имеют следующие бланкетные нормы:

- пункт 2) статьи 13 Закона: «1. Документы, относящиеся к внешнеэкономическим сделкам с продукцией, результатами интеллектуальной творческой деятельности, должны храниться в течение пяти лет, если более длительный срок хранения не установлен **законодательством Республики Казахстан**.»;

- пункт 4) статьи 16 Закона: «4. Документы и информация, составляющие государственные секреты, коммерческую и иную охраняемую законом тайну, а также конфиденциальная информация, касающаяся участников внешнеэкономической деятельности (заявителей), в области экспортного контроля не могут разглашаться, использоваться должностными лицами уполномоченного органа и государственных органов Республики Казахстан системы экспортного контроля в неслужебных целях, а также не могут передаваться государственным органам и третьим лицам, за исключением случаев, **предусмотренных законами Республики Казахстан**.».

- пункт 4) статьи 17 Закона: «4. Государственные органы Республики Казахстан осуществляют взаимодействие в области экспортного контроля с международными организациями, государственными органами зарубежных стран, а также иностранными неправительственными организациями в пределах своей компетенции в порядке, **установленном законодательством Республики Казахстан**. Республика Казахстан содействует развитию контактов и обмену информацией между отечественными организациями и иностранными неправительственными организациями, целью которых является содействие эффективному функционированию внутригосударственных механизмов экспортного контроля.».

Также имеется декларативная норма, в пункте 4) статьи 17 Закона: «...**Республика Казахстан содействует развитию контактов и обмену информацией между отечественными организациями и иностранными неправительственными организациями, целью которых является содействие эффективному функционированию внутригосударственных механизмов экспортного контроля**.». Поскольку не закрепляет конкретные механизмы её реализации.

Нарушение требований юридической техники

В пункте 13) статьи 6 Закона, уполномоченный орган осуществляет иные полномочия, **предусмотренные настоящим Законом**, иными законами

Республики Казахстан, актами Президента Республики Казахстан и Правительства Республики Казахстан.

Использование данной формулировки указывает на распыление компетенции уполномоченного органа по тексту всего Закона. Однако в Законе предусмотрена отдельная статья, содержащая перечень полномочий. В этой связи рекомендуется сосредоточить в статье 6 Закона компетенцию уполномоченного органа.

В целях сокращения отсылочных норм и поскольку Закон носит специальный характер, полагаем целесообразным закрепить за уполномоченным органом и государственными органами в области экспортного контроля исчерпывающий перечень полномочий.

Мониторинг правоприменения.

Согласно пункту 2) статьи 12 Закона «проверка осуществляется в соответствии с Предпринимательским кодексом Республики Казахстан. Иные формы государственного контроля осуществляются в соответствии с настоящим Законом». Законом «Об экспортном контроле» не урегулирована сфера прокурорского надзора. Необходимо предусмотреть соответствие полномочия органов прокуратуры, в области экспортного контроля. Так как, в соответствии с Законом Республики Казахстан от 21 декабря 1995 года «О прокуратуре», «Прокуратура Республики Казахстан от имени государства осуществляет высший надзор за точным и единообразным применением законов на территории Республики».

Необходимо анализируемый Закон дополнить нормой, регламентирующей деятельность органов прокуратуры в этой области.

Вызывает обоснованные сомнения п.8 статьи 9 Закона, в котором закреплено следующее положение: «Контроль за перемещением продукции через Государственную границу РК осуществляют органы государственных доходов». Учитывая специфику системы экспортного контроля необходимо детализировать компетенции других государственных органов, вопросы взаимодействия между иными специальными правоохранительными органами.

Следует констатировать целесообразность актуализации данного нормативного правового акта согласно новой редакции Закона Республики Казахстан «О контрразведывательной деятельности» (*Постановление Правительства Республики Казахстан от 26 октября 2016 года № 623*) и Стратегии национальной безопасности Республики Казахстан на 2017-2020 гг.

На основании проведенного анализа Закона Республики Казахстан «Об экспортном контроле» следует отметить, что в дальнейшей законопроектной деятельности необходимо учесть указанные замечания и предложения.

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на март месяц 2017 года.

СПРАВКА

**по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан
от 13 июля 1999 года № 414 «О государственном специальном
пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах,
на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или
на работах с вредными и тяжелыми условиями труда»**

Показатель 1. Общая информация:

Название закона: «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда»

1.1. Предмет правового регулирования:

Предметом правового регулирования выступает социальная позиция государства в отношении граждан, имевших по состоянию на 1 января 1998 года установленный законодательством стаж на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда.

1.2. Отрасль законодательства: 080.002.000 Государственные пособия (постановление Правительства РК от 26 декабря 2002 года № 1378 «О Классификации отраслей законодательства Республики Казахстан»)

1.3.Соответствие закона стратегическим целям государства

Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года №858 утверждена Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, которая, в свою очередь, корреспондирует с пунктом 2 статьи 24 Конституции Республики Казахстан. Концепция является основой для разработки соответствующих программ в области правовой политики государства, перспективных и ежегодных планов законопроектных работ Правительства Республики Казахстан, проектов нормативных правовых актов Республики.

Согласно вышеотмеченной Концепции правовой политики одним из узловых направлений построения социального государства является дальнейшее формирование действенных механизмов обеспечения социальных прав и реализации современной социальной политики. Социально-правовая политика государства, носящая комплексный, многоотраслевой характер, направлена на решение целого спектра социально значимых проблем. К ним, в частности, относятся вопросы правового регулирования образования и здравоохранения, обеспечения занятости и социальной защиты населения, охраны окружающей среды и недопущения чрезвычайных ситуаций. В условиях рыночной экономики, наличия рынка труда и проблем занятости населения актуальным является вопрос трудовых правоотношений. В этой связи необходимо постоянное совершенствование трудового законодательства на основе системного анализа практики его

применения и учета международного опыта в данной сфере. При этом требуют проработки вопросы дальнейшей дифференциации трудового и социального законодательства в зависимости от характера трудовой деятельности и условий труда работников, а также вопросы расширения сферы применения и инструментов социального партнерства. Необходимо правовое регулирование вопросов участия лиц с ограниченными возможностями в трудовой деятельности, осуществляемой коллективами национальных компаний, национальных институтов развития и других юридических лиц, акционером которых является государство. Также следует предусмотреть специальные требования безопасности и условия труда для таких лиц с учетом состояния их здоровья.

Концепцией правовой политики до 2020 года постулировано, что законодательство в социальной сфере должно быть мобильным с учетом динамики приоритетов социальной политики государства, расширения перечня и оснований предоставляемых государством социальных благ, создания новых форм участия граждан в определении источников средств, направляемых на социальное обеспечение. Уровень социальной защиты и социального обеспечения будет систематически корректироваться в зависимости от роста финансовых возможностей государства, что предполагает непрерывный нормотворческий процесс в данной сфере.

Одним из перспективных направлений развития социального законодательства являются: использование имеющихся и создание новых безопасных финансовых инструментов, используемых при размещении пенсионных активов; совершенствование системы социальной защиты отдельных категорий граждан, в том числе лиц, для которых социальные выплаты являются единственным источником средств существования.

Закон отвечает основным положениям Указа Президента Республики Казахстан от 1 февраля 2010 года № 922 «О Стратегическом плане развития Республики Казахстан до 2020 года», в котором отмечается, что в целях укрепления социальной стабильности продолжится создание системы социальной защиты, основанной на адресности и эффективности, исключающей иждивенчество. Многоуровневая система социального обеспечения будет соответствовать современным стандартам и уровню жизни в Казахстане. Повышение базовых социальных выплат, последовательное увеличение пенсионных выплат, расширение охвата населения социальным страхованием обеспечат достойные условия жизни для лиц пожилого возраста, инвалидов, лиц, потерявших кормильца, и иных граждан, нуждающихся в социальном обеспечении.

В Послании Президента Республики Казахстан - Лидера Нации Н.А. Назарбаева народу Казахстана от 14 декабря 2012 года Стратегия «Казахстан-2050»: новый политический курс состоявшегося государства, одним из приоритетов обозначено формирование новой социальной модели. В частности, в Стратегии подчеркивается, что «Наша главная цель – социальная безопасность и благополучие наших граждан. Это лучшая

гарантия стабильности в обществе. В нашем обществе растет запрос на обновленную и более эффективную социальную политику, способную справиться с вызовами времени. Решать вопросы социальной безопасности и благополучия граждан – это трудная и очень серьезная задача, которая касается каждого казахстанца. Поэтому здесь должны быть тщательно взвешенные подходы.

Государство будет нести полную ответственность за адресную поддержку социально уязвимых слоев общества – пенсионеров, инвалидов, нетрудоспособных, больных детей и др. Необходимо постоянно совершенствовать систему социального и пенсионного обеспечения, всемерно защищать материнство и детство».

В продолжение правовых идей заложенных в Стратегии «Казахстан-2050»: новый политический курс состоявшегося государства была разработана Концепция дальнейшей модернизации пенсионной системы Республики Казахстан до 2030 года, утвержденная Указом Президента Республики Казахстан от 18 июня 2014 года №841.

Целью разработки Концепции является модернизация пенсионной системы, которая позволит обеспечить адекватность пенсионных выплат для достойного уровня жизни в пенсионном возрасте.

Задачами Концепции являются: 1) обеспечение финансовой устойчивости, прозрачности пенсионной системы, гарантирующей исполнение социальных обязательств перед участниками пенсионной системы; 2) расширение охвата населения пенсионной системой как обязательной, так и добровольной ее составляющими; 3) диверсификация источников дохода в пенсионном возрасте (государственные, частные, профессиональные, солидарные и накопительные); 4) обеспечение доступности и качества пенсионных услуг; 5) повышение прозрачности инвестиционного управления пенсионными активами. Для реализации поставленных задач будет проведена работа по следующим основным направлениям: 1) на базовом уровне в целях снижения бедности среди пенсионеров и стимулирования участия граждан в пенсионной системе будет усовершенствован механизм назначения государственных базовых пенсий; 2) на обязательном уровне будет сохранен накопительный компонент и введен дополнительный компонент - условно-накопительный, формируемый за счет 5 % взносов работодателей в пользу своих работников; 3) будет сохранен и получит дальнейшее развитие третий - добровольный уровень, формируемый за счет добровольных пенсионных взносов работников и/или работодателей.¹⁵¹

¹⁵¹ <http://www.akorda.kz>

Таким образом, можно констатировать, что анализируемый Закон соответствует стратегическим целям государства, в целом, и целевым индикаторам смежного отраслевого законодательства.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Исследуемый Закон РК не содержит норм, противоречащих нормам Конституции Республики Казахстан.

Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан.

Анализируемый Закон РК не содержит норм, противоречащих международным обязательствам Республики Казахстан в этой сфере.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

Исследуемый Закон РК не содержит норм, противоречащих нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан.

Исследуемый Закон РК не содержит норм, противоречащих нормам Кодексов Республики Казахстан.

Наличие коллизий между нормами закона и нормами иных законов

Закон РК «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда» (далее - Закон) не содержит искусственных норм, порождающих коллизии между нормами Закона и нормами иных Законов.

Наличие устаревших норм закона

В настоящее время, в связи с введением электронного каталога законодательных актов устаревшие законы автоматически ставятся на утрату. Следовательно, наличие устаревших норм закона минимизировано «автоматикой».

Вместе с тем, есть необходимость пересмотреть систему социальной защиты лиц, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда и выплаты им социальных пособий в рамках Единого закона о пенсионном обеспечении.

И этому есть правовое объяснение. Так, на имя Министра труда и социальной защиты РК Дуйсеновой Т.Б. был направлен Депутатский запрос от 2 октября 2013 года № Дз-166 «О предоставлении сведений об общем количестве мужчин в Казахстане, получающих государственное специальное пособие».

На вышеуказанный запрос Министерство труда и социальной защиты населения Республики Казахстан ссылаясь на Закон, направил ответ, что в связи с введением накопительной пенсионной системы, которая должна со временем полностью заменить солидарную пенсионную систему, льготы по раннему выходу на пенсию для лиц, занятых во вредных производствах, с января 1998 года были отменены, а также с 2000 года в целях социальной защиты граждан, имевших по состоянию на 1 января 1998 года по условиям ранее действовавшего законодательства необходимые условия для назначения льготной пенсии по Списку № 1, но не достигших на этот момент времени предусмотренного для выхода на пенсию возраста, был введен новый вид выплаты — государственное специальное пособие

Указанная мера социальной защиты рассчитана на получение пособия в течение 10 лет до достижения общеустановленного пенсионного возраста, то есть на предпенсионный период. При достижении пенсионного возраста получателю пособия пунктом 3 статьи 6 Закона предоставляется право выбора между получением данного пособия или назначением пенсионных выплат из Государственного центра по выплате пенсий в соответствии с пенсионным законодательством.

Следует отметить, что в рамках действующего законодательства с 1 января 1998 года все работающие граждане перечисляют обязательные пенсионные взносы в накопительные пенсионные фонды, в связи с чем за трудовой стаж, выработанный после 1 января 1998 года, осуществляются пенсионные выплаты в рамках накопительной пенсионной системы исходя из индивидуальных пенсионных накоплений, сформированных за счет обязательных пенсионных взносов».¹⁵²

Необходимо обратить внимание на следующие формулировки с предложенного ответа на Депутатский запрос (*ключевые слова выделены курсивом*).

1. С 2000 года в целях социальной защиты граждан, имевших по состоянию на 1 января 1998 года по условиям ранее действовавшего законодательства необходимые условия для назначения льготной пенсии по Списку № 1, но не достигших на этот момент времени предусмотренного для выхода на пенсию возраста, был *введен новый вид выплаты — государственное специальное пособие*.

2. Указанная мера социальной защиты рассчитана на получение пособия в течение 10 лет до достижения общеустановленного пенсионного возраста, то есть на *предпенсионный период*. *По достижении пенсионного возраста получателю пособия пунктом 3 статьи 6 Закона предоставляется*

¹⁵²<http://www.parlam.kz>

право выбора между получением данного пособия или назначением пенсионных выплат из Государственного центра по выплате пенсий в соответствии с пенсионным законодательством.

Таким образом, как видно из официального ответа, государственное специальное пособие (в рамках исследуемого Закона) может быть выплачено как в предпенсионный период, так и, по выбору получателя, после наступления пенсионного возраста, в соответствии с пенсионным законодательством. Значит «состоявшийся» пенсионер может и отказаться от пенсии в пользу уже ранее выплачиваемого ему государственного специального пособия. Тем самым выплаты предпенсионного периода с государственным специальным пособием поглотят собой и пенсионный период.

На наш взгляд, для обеспечения преемственности предпенсионных и пенсионных выплат необходимо расширить правовые границы Закона РК «О пенсионном обеспечении в РК» 2013 года и включить туда отдельной главой 2.1. регулирование вопросов о специальном пособии лицам предпенсионного возраста, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда. В свою очередь, исследуемый Закон поставить на утрату.

Дополнительные аргументы.

1. Из всего 8 статей действующего Закона РК «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда» три статьи не несут никакой правовой нагрузки и дублируются или поглощаются Законом РК «О пенсионном обеспечении в Республике Казахстан». В частности, это статьи 1, 2 и 8.

2. Уполномоченный орган по назначению пособия и пенсии один и тот же.

3. Единый и обслуживающий оператор в рамках организации оказания государственной услуги по принципу «одного окна» - государственная корпорация «Правительство для граждан».

4. Статья 5 Закона РК «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда» представляет собой «устаревшую форму» изложения юридических конструкций. Так, порядок и срок назначения пособия (статья 5 Закона) достаточно популярно детализирован в Стандарте государственной услуги «Назначение государственных социальных пособий».¹⁵³

¹⁵³<http://adilet.zan.kz>

Вместе с этим, в Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» от 31 января 2017 года, четвертым приоритетом обозначено «улучшение качества человеческого капитала». В частности, «По поручению главы государства Правительством предусмотрено поэтапное повышение пенсий в 2017-2018годах. С1июля 2017года размеры солидарных пенсий будут повышены на11%, с учетом 9%-ного повышения вначале года; размеры базовой пенсии будут повышены на13%, с учетом также 7%-ного повышения вначале года. В итоге мы обеспечиваем повышение размеров пенсий до 20% с1июля 2017года по сравнению с размером пенсий 2016 года. В связи с увеличением прожиточного минимума до16% с1января 2018года будут повышены размеры пособий по инвалидности, по потере кормильца и базовой пенсии. С1 июля 2018 года будет изменена методика назначения базовой пенсии. В соответствии с новыми подходами она будет назначаться в зависимости от стажа участия в пенсионной системе.¹⁵⁴ Ожидается, что с 1 июля 2018 года средние размеры пенсий (с учетом базовой пенсии) будут повышены до 45% по отношению к уровню 2016 года».

Следовательно, автоматически повышение пенсии повлечёт собой повышение государственного специального пособия, то есть так называемые предпенсионные выплаты. Это лишний раз доказывает, как социальную, так и правовую взаимозависимость анализируемых выплат со стороны государства. И это, в свою очередь, позволяет придерживаться аргументированной и изложенной выше позиции.

Наличие неэффективно реализуемых норм закона

Неэффективность норм анализируемого Закона возможна только в случае ненадлежащего исполнения приоритетов, заложенных в (упомянутой выше) Концепции дальнейшей модернизации пенсионной системы Республики Казахстан до 2030 года. Это, в частности, касается следующих двух концептуальных направлений: расширение охвата населения пенсионной системой и повышение качества предоставляемых пенсионных услуг; совершенствование обязательной профессиональной схемы пенсионного обеспечения лиц, занятых на работах с вредными (особо вредными) условиями труда.

Так Реализация Концепции позволит обеспечить: 1) адекватность пенсионных выплат и создание сбалансированной финансово-устойчивой системы пенсионного обеспечения; 2) сохранение до 2030 года коэффициента замещения совокупными пенсионными выплатами на уровне не менее 40 % утраченного заработка при стаже участия в пенсионной системе не менее 35 лет и регулярности отчислений 12 раз в год (на уровне международных стандартов); 3) расширение охвата накопительной пенсионной системой до 80 % занятого населения к 2030 году; 4)

¹⁵⁴<http://www.akorda.kz>

сохранность пенсионных накоплений; 5) оптимизацию института государственной гарантии по сохранности пенсионных накоплений.

Модернизированная пенсионная система будет являться многоуровневой. Первый уровень включает в себя выплаты за счет средств государственного бюджета (солидарная и базовая пенсионные выплаты/минимальная гарантированная пенсия). Второй уровень включает в себя выплаты за счет: 1) обязательных пенсионных взносов, осуществляемых самим работником; 2) обязательных профессиональных пенсионных взносов, перечисляемых работодателем в пользу работников, занятых на работах с вредными (особо вредными) условиями труда; 3) обязательных пенсионных взносов в условно-накопительный компонент за счет работодателя. Третий уровень включает в себя все выплаты из добровольного компонента.

Аргументации и предпосылки, а также выводы успешной реализации пенсионной системы приводятся в показателе «Наличие устаревших норм закона».

Наличие дублирующих норм закона

Исследуемый Закон РК не содержит дублирующих норм Закона.

Наличие пробелов в законе

Исследуемый Закон РК является адресным и направлен конкретно в отношении лиц «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда».

Однако из отдельных обращений граждан Республики Казахстан наличествуют вопросы о пробельности. Как известно, в Законе имеются два Списка, утверждаемые Правительством РК: Список №1 производств, работ, профессий, должностей и показателей на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда и Список №2 производств, работ, профессий, должностей и показателей с вредными и тяжелыми условиями труда.

Так из обращения граждан выявлено, что перечень производств, работ, профессии, должностей и показателей приравненных к вредным не является исчерпывающим.

Так из обращения от 9 декабря 2016 года (на сайте уполномоченного органа) на задаваемый вопрос: «Должность врача-эпидемиолога (санитарно-эпидемиологической службы) относится к вредным условиям труда. Может ли специалист, проработавший в этой должности 40 лет, претендовать на пособие по вредным условиям труда по достижении пенсионного возраста?» следует официальный ответ из уполномоченного органа, что «Ваша профессия (врач-эпидемиолог) к сожалению, не поименована в перечне

профессий вышеназванного Списка №1, №2».¹⁵⁵

И даже основные критерии для включения в Перечень, утверждаемые подзаконными актами: Первое - наличие вредных производственных факторов; Второе - не менее 80% занятости на работах с вредными (особо вредными) условиями труда (на основании научных исследований в странах СНГ); Третье - сохранение вредных условий труда (не ниже 3 класса вредности), связанных со спецификой производства (по результатам аттестации производственных объектов), не дают возможности признать некоторые работы, относящиеся к вышеуказанным Спискам, по которым предоставляются государственные специальные пособия.

Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Одним из эффективных инструментов нормотворческой деятельности систематизации законодательства, дальнейшей консолидации в разрезе отраслей законодательства, а также освобождению его от устаревших и дублирующих норм, восполнению пробелов в правовом регулировании, устранению внутренних противоречий в действующем праве выступает **минимизация отсылочных норм в законах и, соответственно, расширение практики принятия законов прямого действия в рамках круга вопросов**, по которым в соответствии с Конституцией могут приниматься законодательные акты.

Необходимо отметить, что Закон РК «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда», хоть и представляет из себя всего наличие восьми статей, содержит достаточное количество норм, которые имеют бланкетную (отсылочную) природу. В результате появления последних, на наш взгляд, будут и имеют место коррупционные правонарушения, ущемление прав, свобод человека и законных интересов граждан и организаций.

Детали же раскрыты через институт бланкетности, отсылочности, отражающиеся в подзаконных актах.

РЕЧЬ ИДЕТ о статьях 1, 4, 5, 6, 7 Закона РК «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда». При этом необходимо отметить, что отмеченные статьи (хоть и бланкетные) имеют актуализированную (автоматизированную) природу.

Вместе с тем, проблема ни в бланкетности анализируемых статей, а в констатации факта о возможности постановки исследуемого Закона на утрату, что тщательно было проанализировано и отмечено в показателе «Наличие устаревших норм закона».

¹⁵⁵<https://www.enbek.gov.kz>

Наличие в законе коррупциогенных факторов

Коррупциогенность минимизируется, если существует четкий порядок принятия решения. Исследуемый Закон РК не содержит искусственных норм коррупционного характера. При этом открытым остается вопрос о формировании Списков, утверждаемых Правительством РК: Список №1 производств, работ, профессий, должностей и показателей на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда и Список №2 производств, работ, профессий, должностей и показателей с вредными и тяжелыми условиями труда.

С учётом положений, указанных в показателе «Наличие пробелов в Законе» есть необходимость минимизировать коррупциогенную составляющую при формировании вышеотмеченных Списков.

Небольшой пример для сравнения.

Помимо Списка № 1 производств, работ, профессий, должностей и показателей на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда и Списка №2 производств, работ, профессий, должностей и показателей с вредными и тяжелыми условиями труда, утвержденные постановлением Правительства и относящиеся к Закону РК «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда» имеется согласно Закону Республики Казахстан от 21 июня 2013 года «О пенсионном обеспечении в Республике Казахстан» Правительство Республики Казахстан Перечень производств, работ, профессий работников, занятых на работах с вредными (особо вредными) условиями труда, в пользу которых агентами по уплате обязательных профессиональных пенсионных взносов за счет собственных средств осуществляются обязательные профессиональные пенсионные взносы. Анализ показал, что «Списки и Перечень» в содержательной части не идентичны. Хотя вред для здоровья лиц, задействованных на таких производствах, работах, профессиях (по сути) ничем не отличается.

Отсюда исходит вывод, что отсутствует законодательное закрепление критериев формирования Списков и Перечня (не подвергая сомнению коррупционный фактор).

Наличие иных недостатков закона.

К одному из недостатков исследуемого Закона возможно отнести случай, опубликованный 17 сентября 2016 года (Астана, Казинформ), в котором констатирована реальность незаконного обогащения жителя Калининграда за счет казахстанской пенсии.

1. Карагандинский областной филиал департамента «Государственный центр по выплате пенсий» обратился в Гурьевский районный суд (Калининградская область) с иском к жителю РФ о взыскании неосновательного обогащения. Как сообщает ИА МедиаКалибр, истец

указал, что ответчик скрыл факты выхода из гражданства Республики Казахстан, снятия с регистрационного учета и переезда на постоянное место жительства за пределы республики. При этом с конца 2008 года ответчик получает пенсионные выплаты из Пенсионного фонда Российской Федерации и пособие из республиканского бюджета Казахстана. Таким образом ответчик получил неосновательное обогащение в размере 816 318 тенге, или 162 938 рублей на момент обращения. Ответчик на судебное заседание не явился. Изучив материалы дела, суд пришел к следующему: ответчик с 21 января 2004 года по 31 декабря 2013 года получал государственное специальное пособие на основании Закона Республики Казахстан «О государственном специальном пособии лицам, работавшим на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда или на работах с вредными и тяжелыми условиями труда» от 13 июля 1999 года. В соответствии с положениями указанного закона только граждане Республики Казахстан имеют право на получение данного пособия. Между тем установлено, что ответчик утратил гражданство Республики Казахстан и с конца 2008 года получал пенсию по старости в отделении Пенсионного фонда Российской Федерации по Калужской области. В 2014 году ответчик переехал в Гурьевский район Калининградской области и получал пенсию в местном отделении УПФР. В связи с тем, что ответчик, не являвшийся гражданином Республики Казахстан, продолжал получать пособие из республиканского бюджета Казахстана, суд пришел к выводу о необходимости взыскания с него неосновательного обогащения. Гурьевский районный суд решил взыскать с ответчика в пользу республиканского бюджета Республики Казахстан 162 938 рублей.¹⁵⁶

В данном случае требует совершенствования нормы о порядке утраты права на получение государственных специальных пособий.

2. Хотелось бы обратить внимание на то, что Закон (по своей юридической природе) является рамочным.

СПРАВОЧНО, Рамочный закон, (закон-рамка) — в ряде государств, придерживающихся традиционной французской правовой системы, форма законодательных актов, принимаемых парламентом, который устанавливает общие принципы регулирования правовых в какой-либо сфере. На основе рамочного закона органы регламентарной власти принимают соответствующие нормативные акты. В странах, придерживающихся англо-саксонской правовой системы рамочный закон называется скелетным законом.

Такого рода Рамочные или Скелетные законы, каким является исследуемый Закон, конечно, не являются образцовыми в пласте действующего законодательства. Во-первых, необходимо актуализировать этот Закон под новые направления Концепции дальнейшей модернизации пенсионной системы Республики Казахстан до 2030 года. Во-вторых, минимизировать коррупционные риски при определении (очеловечивании)

¹⁵⁶ http://www.ewww.inform.kz/ru/kaliningradec-nezakonno-obogatilsya-za-schet-kazahstanskoy-pensii_a2950077

Списка №1 производств, работ, профессий, должностей и показателей на подземных и открытых горных работах, на работах с особо вредными и особо тяжелыми условиями труда и Списка №2 производств, работ, профессий, должностей и показателей с вредными и тяжелыми условиями труда. В-третьих, попытаться найти разграничительную правовую грань между понятиями «обязательные профессиональные пенсионные взносы» и «государственным специальным пособием» (которое может трансформироваться в первое) с целью объединения предпенсионных и пенсионных выплат в рамках Единого Закона РК «О пенсионном обеспечении».

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на март месяц 2017 года.

Справка
по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан
от 9 июля 1998 года № 272 «О естественных монополиях»
(далее – Закон)

Показатель 1. Общая информация о Законе:

В настоящее время разработан и находится на стадии рассмотрения в Мажилисе проект нового Закона в сфере естественных монополий *(далее – проект нового закона, новый Закон, законопроект)*.

Цель закона: определяется напрямую в действующем Законе. Так, в соответствии со статьей 1 целями настоящего Закона являются:

1) определение правовых основ государственного регулирования и контроля деятельности в сферах естественных монополий;

2) достижение баланса интересов потребителей и субъектов естественной монополии;

3) применение процедур регулирования деятельности субъектов естественных монополий, обеспечивающих преемственность, открытость, объективность, прозрачность и независимость принимаемых решений;

4) обеспечение соответствия утверждаемых тарифов качеству услуг в сферах естественных монополий, на которые распространяется регулирование.

В данной норме содержатся положения и цели, и задачи. Между тем, цели и задачи различаются, а четкое определение «цель» и «задача» закона имеет важное значение.¹⁵⁷

Справочно:

Цель имеет следующие характеристики:

- конкретность конечного результата;
- является непосредственным следствием потребности субъекта;
- имеет долю неопределенности;

Задача – это конкретизация путей решения проблемной ситуации. Задача всегда исходит из цели и является средством ее реализации.¹⁵⁸

Аналогичное определение цели закона содержится в ст.1 нового проекта Закона о естественных монополиях *(за исключением пп.3) ст.1 действующего закона)*.

Закон регулирует деятельность в сферах естественных монополий, а также направлен на обеспечение защиты интересов потребителей, субъектов естественных монополий. В проекте нового Закона данное обстоятельство выражено в преамбуле: «Настоящий Закон регулирует деятельность в сферах естественных монополий и направлен на достижение баланса интересов потребителей и субъектов естественной монополии».

¹⁵⁷ Пархоменко О. В. Цели и задачи закона // Научно-методический электронный журнал «Концепт». – 2015. – Т. 13. – С. 271–275. – URL: <http://e-koncept.ru/2015/85055.htm>.

¹⁵⁸ Подробнее: <http://thedifference.ru/otliche-celi-ot-zadachi/>

Это означает, что цель введения правового режима естественной монополии - защита публичных интересов. Конечная цель данного Закона - достижение баланса интересов потребителей и субъектов.

Предложение: статья 1 проекта нового Закона назвать «Цели и задачи настоящего Закона».

1.1. Предмет правового регулирования: деятельность в сферах естественных монополий, обеспечение баланса интересов потребителей и субъектов естественной монополии. Закон распространяется на отношения, возникающие на рынке услуг (товаров, работ), связанные с существованием и деятельностью субъектов естественных монополий.

1.2. Отрасль законодательства:

Согласно постановлению Правительства РК от 26 декабря 2002 года № 1378 «О Классификации отраслей законодательства Республики Казахстан» Закон соответствует следующей классификации:

- 120.000.000. Законодательство о государственном регулировании хозяйственной деятельности

120.001.000 Антимонопольное законодательство.

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства:

Постановлением Правительства Республики Казахстан от 19 декабря 2014 года № 1360 утверждена «Программа по тарифной политике в сферах естественных монополий в Республике Казахстан до 2020 года». Основные моменты такой Программы включают:

1) затратный метод, в настоящее время используемый большинством субъектов естественных монополий во всех отраслях промышленности для установления тарифов, необходимо заменить на долгосрочный Предельный тариф, который оказался эффективным для привлечения долгосрочных инвестиций в генерирующие компании;

2) необходимо упростить соответствующие правила в отношении подачи заявления на утверждение тарифов, тарифных смет и инвестиционных программ, поскольку в настоящее время вся процедура не является прозрачной и носит бюрократический характер;

3) нормативные ограничения в отношении естественных монополий (например, запрет на оказание нерегулируемых услуг), должны быть ослаблены и субъекты естественных монополий должны помимо регулируемых услуг иметь возможность получать прибыль от занятия другими непрофильными видами деятельности.

С точки зрения государственных интересов естественные монополии рассматриваются как важнейший бюджетобразующий и структурообразующий фактор развития экономики. В своем Послании народу Казахстана от 11 ноября 2014 года «Нұрлы Жол – путь в будущее» Глава государства Н.А.Назарбаев обратил внимание на необходимость поддержки отраслей, создающих наибольший мультипликативный эффект на рост экономики и занятости. При этом отмечен интерес международных финансовых институтов к инвестициям в инфраструктуру ЖКХ и особенно

сетей водо- и теплоснабжения, модернизация которых, на сегодняшний день, требует инвестиций свыше 2 триллионов тенге.

В этой связи Правительство Казахстана предпринимает меры по внедрению конкуренции в потенциально конкурентные секторы сферы естественных монополий, а также по улучшению инвестиционного климата и привлечению частных инвестиций (в том числе посредством ГЧП) в сферу жилищно-коммунального хозяйства, а также в другие отрасли, являющихся предметом регулирования естественных монополий.

Дерегулирование сферы естественных монополий сократит вмешательство государства в экономику. Кроме того, согласно действующему законодательству применяется только затратный метод тарифного регулирования, который заключается в том, что нормируются затраты субъекта естественной монополии (далее - СЕМ), прибыль СЕМ, ограничиваются издержки. Субъектам естественных монополий не выгодно показывать доходы, стимулировать производство. Последствия затратного метода выражаются в потерях ресурсов. Так, потеря воды, согласно статданным, достигает порядка 35 %, что по сравнению с развитыми странами в несколько раз выше. Потери тепла – на уровне 30 %, электрической энергии – на уровне 17 %.¹⁵⁹

Между тем, в План законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2017 год включен новый законопроект **«О естественных монополиях»**. Новым Законом предусматривается возможность применения иных методов тарифообразования: стимулирующий метод тарифного регулирования; метод индексации; и др.

Законопроект направлен на решение следующих концептуальных задач, сформированных, в том числе, с учетом предложений субъектов естественных монополий, общественных объединений и неправительственных организаций:

1) поэтапное внедрение соответствующих лучшему международному опыту стимулирующих методов регулирования деятельности субъектов естественных монополий в целях повышения эффективности их деятельности;

2) сокращение административных барьеров в сфере естественных монополий;

3) повышение прозрачности и эффективности деятельности субъектов и уполномоченного органа, в том числе с точки зрения аналитических методов и правил, применяемых им при осуществлении своих функций.

На сегодняшний день данный законопроект согласован с субъектами естественных монополий, общественными объединениями.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Концепция Проекта Закона Республики Казахстан «О естественных монополиях»

¹⁶⁰ Интернет-ресурс Министерства национальной экономики Республики Казахстан // <http://economy.gov.kz/ru/>

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции.

П. 4 ст. 26 Конституции РК устанавливает, что каждый имеет право на свободу предпринимательской деятельности, **свободное использование своего имущества** для любой законной предпринимательской деятельности. Монополистическая деятельность регулируется и ограничивается [законом](#). Недобросовестная конкуренция запрещается.

Вместе с тем пп. 5-1), п. 1, ст. 5 Закона **запрещает** субъекту естественной монополии **передавать принадлежащее на праве собственности или ином законном основании имущество**, используемое в технологическом цикле при производстве и (или) предоставлении регулируемых услуг (товаров, работ), в доверительное управление, имущественный найм (аренду), включая лизинг, что не корреспондируется с вышеуказанными конституционными нормами.

Полагаем, что запрещать субъекту естественной монополии свободно использовать свое имущество противоречит принципу свободы предпринимательской деятельности. Так как согласно пп. 17) статьи 3 Закона **субъект естественной монополии** - индивидуальный **предприниматель** или юридическое лицо, занятые производством товаров, выполнением работ и (или) предоставлением услуг потребителям в условиях естественной монополии.

В связи с этим полагаем целесообразным уполномоченному органу в данной сфере пересмотреть некоторые запреты установленные для субъектов естественных монополий.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан.

В рамках ЕвразЭС в сфере естественных монополий страны работают на основании Договора о Евразийском экономическом союзе, ратифицированного Законом РК от 14.10.2014 № 240-V, Соглашений о единых принципах и правилах регулирования деятельности субъектов естественных монополий, о правилах доступа к услугам субъектов естественных монополий в сфере транспортировки газа по газотранспортным системам и т.д. согласно перечня естественных монополий РК.

Кроме того, в п.2 статьи 1-1 Закона закреплено правило, что, если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в настоящем Законе, то применяются правила международного договора. Также Законом РК от 28.12.2016 [№ 34-VI](#) в статью 4 Закона «О естественных монополиях» был внесен п. 4, прямо предусматривающий расширение сфер естественных монополий в соответствии с международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан.

Однако в рамках действующего Закона невозможно совершенствовать методы тарифного регулирования с применением системы Единой методологии тарифообразования, принятой решением Евразийской экономической комиссии от 7 октября 2014 года № 10, поскольку Законом определяется применение только одного метода – затратного, так как он принят в период мирового финансово-валютного кризиса и была необходимость сдерживания цен и тарифов.

В связи с этим полагаем необходимым уполномоченному органу в данной сфере рассмотреть вопрос совершенствования действующих процедур тарифообразования, создания условий для внедрения стимулирующих и иных методов их регулирования на уровне стран ЕвразЭС.

Помимо этого хотелось бы отметить про **Рекомендации ОЭСР касательно Международного сотрудничества по исследованию и практики (судопроизводство) Конкуренции.**

16 сентября 2014 года, Совет ОЭСР принял Рекомендацию, которая призывает правительства стимулировать законы и практику по конкуренции, таким образом, чтобы поощрять дальнейшее сотрудничество среди органов по конкуренции и понизить вред, возникающий из антиконкурентной практики и слияния с эффектом снижения конкуренции. Рекомендация 2014 года, касающаяся Международного сотрудничества по исследованию практики (судопроизводство) конкуренции, заменяет старую Рекомендацию Совета ОЭСР 1995 и делает шаг вперед в борьбе против антиконкурентной практики.

Объяснение Рекомендации

Международное сотрудничество между органами по конкуренции многие годы являлось центральным вопросом в повестке дня ОЭСР. Первая рекомендация была принята в 1967 году и серии его пересмотров привели к Рекомендации ОЭСР по Международному сотрудничеству 1995 года, которая значительно повлияла на становление нынешней формы международного правоприменительного сотрудничества.

Однако, тенденции в глобализации, технологические преимущества и возрастающее число компании, осуществляющие свой бизнес во всем мире, вернули международное правоприменительное сотрудничество назад на повестку дня ОЭСР.

В 2013 году, исследование, проведенное ОЭСР и Международным Конкурентным Сообществом, показало что, очень мало количество органов сотрудничают с другими органами в правоприменении закона о конкуренции (особенно из-за правовых и/или практических ограничений к сотрудничеству). Указывается, что есть 120 стран с законами о конкуренции и эффективными органами применяющих их. Положения, подпадающие под несколько юрисдикций, склонны увеличиваться и органы по конкуренции все больше сталкиваются с ситуациями, где эффективное применение национального закона о конкуренции зависит от сотрудничества с другими правоприменителями.

Инновационные решения для международного сотрудничества

Рекомендация 2014 состоит из двух разделов, которые предлагают правоприменителям новые, а именно инновационные решения:

- первый раздел, призывающий к принятию национальных положений, которые позволят агентствам по конкуренции обмениваться конфиденциальной информацией без необходимости получения предварительного согласия от источника информации (так называемые «ворота информации»).

- второй раздел, призывающий к широкому сотрудничеству в форме исследовательского содействия, включающий возможность исполнения рейдов органами по конкуренции (осмотры помещения предприятия), запросы информации, свидетельства, показания свидетелей, и т.д. от имени другого агентства.

Другие разделы в Рекомендации направлены на следующие проблемы:

- обязательство на эффективное сотрудничество – Важно минимизировать влияние законодательства, которое может ограничить сотрудничество между органами по конкуренции (такое как: законодательство, запрещающее отечественному предпринимательству сотрудничество на практике с другими органами по конкуренции).

- уведомления об исследовании – технологические продвижения и прогресс в прозрачности деятельности органов по конкуренции потребовали усиленные механизмы уведомления и более гибкие способы, такие как: уведомление по почте и другим электронным инструментом.¹⁶¹

Указанные Рекомендации ОЭСР используются в национальной сфере естественных монополий.

Анализ положений данных международных актов свидетельствует о соответствии Закона международным обязательствам РК.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

В целях выявления соответствия Закона нормам Конституционных законов РК были проанализированы следующие законодательные акты:

- 1) Конституционный закон РК «О Президенте Республики Казахстан»;
- 2) Конституционный закон РК «О Парламенте Республики Казахстан и статусе его депутатов»;
- 3) Конституционный закон РК «О Правительстве Республики Казахстан».

Анализ данных актов свидетельствует о соответствии Закона нормам Конституционных законов РК.

¹⁶¹ Интернет-ресурс на английском языке OECD // Рекомендации ОЭСР касательно Международного сотрудничества по исследованию и практике (судопроизводство) Конкуренции <http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/international-coop-competition-2014-recommendation.htm>

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан.

На основе проведенного анализа отмечаем, что Закон соответствует нормам кодексов Республики Казахстан. Законом РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам конкуренции и государственной поддержки жилищного строительства» в сфере естественных монополий были внесены значительные поправки в Предпринимательский кодекс РК, в [Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях](#), [Кодекс РК «О таможенном деле в Республике Казахстан»](#), [Кодекс РК «О налогах и других обязательных платежах»](#) и [Экологический кодекс РК](#).

Между тем, в п. 3 статьи 118 Предпринимательского кодекса РК установлено, что *«субъектом естественной монополии является индивидуальный предприниматель или юридическое лицо, занятые производством товаров, выполнением работ и (или) предоставлением услуг потребителям в условиях естественной монополии»*. Тогда, как, в проекте нового Закон РК «О естественных монополиях» субъектом естественной монополии признается **физическое** или юридическое лицо, занятые предоставлением услуг потребителям в сфере естественной монополии (пп.3 ст4). Норму законопроекта необходимо привести в соответствие с кодексом.

Показатель 4. Наличие коллизий между нормами закона и нормами иных законов

Правовому регулированию естественных монополий присущ комплексный характер - оно осуществляется с помощью норм различных отраслей права (гражданского, предпринимательского, административного, налогового, уголовного и др.), т.е. сочетает в себе административно-правовые (публичные) и гражданско-правовые (частные) нормы.

Более того, выведение отдельных сфер хозяйствования из-под влияния рыночных, конкурентных механизмов саморегулирования предполагает рассмотрение Закона в комплексе с соответствующими отраслевыми законами.

Коллизии между нормами рассматриваемого Закона и иных законов могут возникнуть из-за произвольности включения или исключения тех или иных отраслей из списка естественно-монопольных.

В результате проведенного анализа считаем необходимым отметить следующее.

1. Выявлена коллизия между п.3 ст. 118 Предпринимательского кодекса РК и пп. 3) ст. 4 законопроекта в части определения субъекта. Законопроект, признавая одним из субъектов естественных монополий физическое лицо, а не индивидуального предпринимателя (ПК РК), расширяет круг субъектов.

2. Подпункт 26) статьи 3 Закона закрепляет определение понятие **«потребитель»** как физическое или юридическое лицо, пользующееся или намеревающееся пользоваться регулируемыми услугами (товарами, работами) субъектов естественной монополии и регулируемого рынка.

Вместе с тем согласно подпункту 15) статьи 1 Закона РК «О защите прав потребителей» **потребителем** является физическое лицо, имеющее намерение заказать или приобрести либо заказывающее, приобретающее и (или) использующее товар (работу, услугу) исключительно для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью.

Ввиду того, что Законом предполагаются лишь пользователи субъектов естественной монополии, а также в целях исключения двоякого толкования считаем целесообразным определение понятия «**потребитель**» заменить на «**потребитель регулируемого рынка**».

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Не выявлено.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

1. Правовой режим естественной монополии является специальным (исключительным) режимом и представляет собой разновидность государственного регулирования экономики. С экономической точки зрения это означает выведение отдельных сфер хозяйствования из-под влияния рыночных, конкурентных механизмов саморегулирования. С юридической точки зрения исключительность означает, с одной стороны, наделение хозяйствующего субъекта специальным правом функционировать вне конкуренции, а с другой - выражается в обоснованном ограничении свободы экономической деятельности.

Специфика данного Закона такова, что нет четкого законодательного решения вопросов о том, что такое естественная монополия и кто является субъектом естественной монополии, деятельность которой подлежит государственному регулированию. Так, согласно пп.15) ст. 3 Закона, *естественная монополия - состояние рынка услуг (товаров, работ), при котором создание конкурентных условий для удовлетворения спроса на определенный вид услуг (товаров, работ) невозможно или экономически нецелесообразно в силу технологических особенностей производства и предоставления данного вида услуг (товаров, работ)*. Аналогичное определение содержится и в совместных соглашениях в сфере естественных монополий стран ЕвразЭС.

Данное определение подвергается критике,¹⁶² смысл которой сводится к следующему:

1) определение не отражает объективную необходимость государственного регулирования деятельности субъектов естественных монополий;

¹⁶² См.: Варламова А.Н. Естественные монополии: понятие, отличие от смежных институтов, проблемы правового регулирования // Законодательство. 2006. № 4. С. 23.; Андреева Л. О совершенствовании законодательства о естественных монополиях в интересах потребителей /Л. Андреева./Человек и закон. -2010. - № 9. - С. 14 - 19

2) определение не отражает особую значимость для общества и государства отраслей экономики (видов деятельности), которые находятся в состоянии естественной монополии;

3) определение не отражает состояние естественной монополии как определенную отрасль экономики (вид или сферу экономической деятельности). Не возникает перехода от термина «состояние» к терминам «отрасль экономики», виды или «сферы» экономической деятельности, тогда как деятельность субъектов естественных монополий регулируется в определенных, названных здесь же в законе, сферах деятельности.

Это означает, что закрепленное в законодательстве понятие «естественная монополия» основано не на экономическом анализе, а исключительно на соображениях «целесообразности». Выделение именно тех отраслей, которые перечислены в п.1 ст 4 Закона «О естественных монополиях», никак не обосновано, и в этот список часто вносятся изменения. Другими словами, если убрать из закона определение естественной монополии, как объекта регулирования, то его юридическая суть не изменится.

По существу, естественную монополию можно рассматривать как весьма условное понятие. Однако в рамках ЕвразЭС закреплена именно указанная формулировка понятия естественной монополии и Казахстан не может в одностороннем порядке его менять.

2. На практике зачастую встречаются обращения граждан по применению законодательства при утверждении тарифов. То есть, возникают вопросы ценовой политики, правила предоставления тех или иных коммунальных и др. услуг, а также какими нормативными документами они подтверждаются.¹⁶³

Закон предусматривает обязанность субъекта естественной монополии довести до сведения потребителя информацию об изменении тарифов (цен, ставок сборов) или их предельных уровней не позднее чем за тридцать календарных дней до введения их в действие, а субъект естественной монополии малой мощности – не позднее чем за пятнадцать календарных дней до введения их в действие (п.4 ст.18 Закона).

Помимо этого п.п. 7-8) статьи 7 обязывает субъекта естественной монополии размещать в порядке, определенном уполномоченным органом, информацию о тарифах и тарифные сметы на регулируемые услуги (товары, работы) не позднее пяти календарных дней со дня их утверждения на своем интернет-ресурсе, в случае отсутствия технической возможности – на интернет-ресурсе местного исполнительного органа либо на интернет-ресурсе уполномоченного органа.

¹⁶³ Интернет-ресурс Комитета по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей, Вопросы и ответы от 26.11.2016 // <http://kremzk.gov.kz/rus/menu2/voprosy/?cid=0&page=1>

Вместе с тем, данные положения закона не эффективно работают на практике и зачастую игнорируются субъектами естественных монополий.

Таким образом возникают ситуации при которых граждане не могут узнать правомерность взимания начисленных сумм предоставляемых услуг, поскольку в самих счетах указывается только стоимость, а не тариф услуг. К примеру, граждане не имеют свободного доступа к утвержденному тарифу на производство, передачу, распределение и снабжение тепловой энергией того или иного предприятия,¹⁶⁴ что доказывает неэффективность реализуемость указанных норм Закона.

В целях недопущения завышения тарифов за предоставляемые услуги, а также их общедоступности полагаем необходимым усилить контроль уполномоченному органу за нарушения указанных норм, путем закрепления их соответствующими полномочиями на законодательном уровне.

3. Также у граждан возникают вопросы обязаны ли собственники квартир заключать договора с предприятиями которые оказывают коммунальные услуги по энергоснабжению.¹⁶⁵

Госорган предоставил ответ о том что, в соответствии с пунктом 2 статьи 482 Гражданского Кодекса Республики Казахстан (далее – ГК РК), договор энергоснабжения является публичным ([статья 387](#) ГК РК).

Согласно пункту 1 статьи 387 ГК РК, публичным договором признается договор, заключенный лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, и устанавливающий его обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такое лицо по характеру своей деятельности должно осуществлять в отношении каждого, кто к нему обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и тому подобное).

В соответствии с подпунктом 8) статьи 7 Закона Республики Казахстан «О естественных монополиях», субъект естественной монополий обязан заключать в соответствии с типовыми договорами, утвержденными уполномоченным органом, индивидуальные договоры с потребителями на каждый вид предоставляемых регулируемых коммунальных услуг (товаров, работ), а также на каждый вид и (или) совокупность иных предоставляемых регулируемых услуг (товаров, работ).

При этом, в соответствии с пунктом 2 статьи 483 ГК РК, в случаях, когда абонентом по договору энергоснабжения выступает гражданин, использующий энергию для бытового потребления, договор считается заключенным с момента первого фактического подключения абонента в установленном порядке к присоединенной сети.

¹⁶⁴ Интернет-ресурс Комитета по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей, Вопросы и ответы от 10.02.2017 // <http://kremzk.gov.kz/rus/menu2/voprosy/?cid=0&page=1>

¹⁶⁵ Интернет-ресурс Комитета по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей, Вопросы и ответы от 10.02.2017 // <http://kremzk.gov.kz/rus/menu2/voprosy/?cid=0&page=1>

Необходимо отметить, что в случае, если потребитель намерен заключить индивидуальный письменный договор с субъектом естественной монополии, ему необходимо обратиться в энергоснабжающую организацию с офертой в порядке статьи 395 ГК РК.

В качестве примера, Усть-Каменогорское ЗАО «ВКРЭК» обратилось в суд с иском к частному предпринимателю Дернову Ю.Д., самовольно подключившемуся к электросети, о взыскании стоимости потребленной им электрической энергии. Поскольку энергоснабжающая организация доказала факт потребления электрической энергии, требования истца об оплате отпущенной тепловой энергии были признаны судом обоснованными.¹⁶⁶

Так анализируя судебную практику по данному вопросу можно сделать вывод о том что отсутствие письменного договора с потребителем не освобождает ответчика от обязанности возместить стоимость потребленной энергии.

В этой связи считаем необходимым исключить возможность двоякого толкования вышеуказанных норм.

4. пп. 7-6) статьи 7 Закона обязывает субъекта естественной монополии раз в полугодие уведомлять потребителей о ходе исполнения инвестиционных программ (проектов), тарифных смет через свой интернет-ресурс **либо** интернет-ресурс уполномоченного органа в порядке, [определяемом](#) уполномоченным органом.

Считаем, что в целях повышения прозрачности деятельности субъекта естественной монополии по предоставлению регулируемых услуг (товаров, работ) перед потребителями и иными заинтересованными лицами, слова «**либо**» заменить словами «**и через**».

Аналогичное замечание к пп. 7-7) статьи 7 Закона.

6. Помимо этого неэффективность норм показывают данные проверок органов прокуратуры законности деятельности монополистов в коммунальной сфере. По результатам проведенных проверочных мероприятий выявлено около 200 предприятий, которые оказывали населению услуги без утверждения тарифов в установленном порядке. К примеру, в с.Жетыген (*Илийский район, Алматинская область*) деятельность по предоставлению услуг водоснабжения и водоотведения осуществляется ИП «Жетыген», обслуживающий порядка 950 абонентов. Однако ИП не состоит в составе Государственного регистра субъектов естественных монополий, что позволило ему в нарушение требований законодательства о естественных монополиях оказывать свои услуги по неутвержденным тарифам.

Аналогичные факты осуществления деятельности субъектами без включения в [Регистр](#) установлены в Алматинской (20), Западно-Казахстанской (20), Актюбинской (3), Карагандинской (2), Восточно-Казахстанской (1) областях и в сфере транспорта (146).

¹⁶⁶ Решение Усть-Каменогорского городского суда по иску ЗАО «ВКРЭК» к ЧП Дернову Ю.Д. от 10 мая 2000 г.

При проверке исполнения тарифных смет и инвестиционных обязательств у более чем 40 субъектов выявлены нарушения, повлекшие необоснованное завышение тарифов на коммунальные услуги на сумму свыше 3 млрд. тенге.

Так, коммунальное предприятие «Таусамалы» (*Алматинская область*) услуги по водоснабжению оказывались по завышенному тарифу. Только за 66 дней предприятием получен необоснованный доход в размере 1,8 млн. тенге. По акту прокуратуры введен компенсирующий тариф.

Поставлен вопрос о пересмотре тарифа КГП «Управление городскими автодорогами», которое при предоставлении услуг водоснабжения в с.Кенгир Карагандинской области получило необоснованный доход на сумму 27,2 млн. тенге.

В целом, по выявленным нарушениям законности в территориальные подразделения Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики внесены представления с требованием о перерасчете тарифов и возмещении убытков 1 млн. потребителей, а также привлечении субъектов естественных монополий и доминантов к административной ответственности.¹⁶⁷

В целях недопущения нарушения норм Закона, таких как завышение тарифов за предоставляемые услуги, а также их общедоступности полагаем необходимым усилить контроль уполномоченному органу за деятельностью субъектов естественных монополий, путем закрепления их соответствующими полномочиями на законодательном уровне.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

В Законе и законопроекте - не выявлено.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

В целях выявления пробелов в Законе были проанализированы обращения граждан и юридических лиц, обзоры правоприменительной практики, в том числе социологические исследования по вопросам практики, научные публикации, материалы научно-практических конференций, семинаров, информация, содержащаяся в СМИ и на интернет-ресурсах.

Проведенный анализ показал наличие некоторых проблемных вопросов в сфере естественных монополий, возникающих по причине наличия пробелов в анализируемом Законе.

1. Консультативно-совещательный орган при уполномоченном органе создается по решению руководителя уполномоченного органа для выработки предложений по вопросам, отнесенным к компетенции такого органа. Деятельность консультативно-совещательных органов регламентируется Положением, а не нормой Закона. Кроме того, непонятен статус независимых экспертов, их полномочия и ответственность. В Законе отсутствуют нормы,

¹⁶⁷ Пресс-служба Генеральной прокуратуры // <http://prokuror.gov.kz/rus/novosti/press-releasy/o-proverkah-zakonnosti-deyatelnosti-monopolistov-v-kommunalnoy-sfere>

раскрывающие их деятельность (кроме понятий, изложенных в статье 3 Закона).

Также, необходимо отметить, что в настоящее время в Закон «Об электроэнергетике» Правительством вносятся понятие «независимый эксперт».

2. В Законе также отсутствуют требования, предъявляемые к кандидатуре руководителя субъекта естественной монополии, которые должны устанавливаться уполномоченным органом, так как помимо высшего профессионального образования и стажа работы на руководящих должностях в сфере оказания регулируемых услуг могут быть и другие критерии.

В этой связи полагаем целесообразным в статью 7 «Обязанности субъекта естественной монополии» включить следующую норму: «Руководитель субъекта естественной монополии обязан соответствовать требованиям, предъявляемым к его кандидатуре, **устанавливаемым уполномоченным органом**».

3. Анализ обращений граждан показывает их заинтересованность к расчетам коммунальных услуг.

К примеру, просят разъяснить как взимается плата за использование жильцами, жильцом и какая единица измерения принимается в расчет при исчислении коммунальных услуг.¹⁶⁸

Кроме того, у многих возникают вопросы касательно деятельности АО «Казахтелеком».¹⁶⁹ В связи с поступающими в Комитет многочисленными обращениями граждан, относительно взимания АО «Казахтелеком» абонентской платы за период отсутствия услуг по вине абонента в связи с их неоплатой, Комитетом в адрес уполномоченного органа в области связи – Министерства информации и коммуникаций Республики Казахстан направлено письмо о необходимости инициирования внесения изменений и дополнений в Правила, в части регулирования взимания операторами связи абонентской платы. Так из представленного Министерством ответа следует, что предложения Комитета по инициированию внесения соответствующих изменений и дополнений в Правила, в части регулирования взимания операторами абонентской платы учтены. В ближайшее время проект поправок в Правила будет направлен на согласование в заинтересованные государственные органы, в том числе в Министерство национальной экономики Республики Казахстан.¹⁷⁰

4. В статье 23 применяется понятие стратегические товары, однако нет определения их понятия.

¹⁶⁸ Интернет-ресурс Комитета по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей, Вопросы и ответы от 06.01.2017 // <http://kremzk.gov.kz/rus/menu2/voprosy/?cid=0&page=1>

¹⁶⁹ Интернет-ресурс Комитета по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей, Вопросы и ответы от 04.01.2017 // <http://kremzk.gov.kz/rus/menu2/voprosy/?cid=0&page=1>

¹⁷⁰ Интернет-ресурс Комитета по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей, Вопросы и ответы от 07.02.2017 // <http://kremzk.gov.kz/rus/menu2/voprosy/?cid=0&page=1>

В этой связи полагаем необходимым перенести пп.13) статьи 3 действующего Закона, определяющего, что *«стратегические товары – уголь, газ, мазут, дизельное топливо, используемые в качестве топлива для производства тепловой энергии субъектами естественных монополий, электрическая энергия – для субъектов естественных монополий в сферах передачи и распределения электрической энергии, водоснабжения и (или) водоотведения, тепловая энергия – для субъектов естественных монополий в сфере теплоснабжения и для нормативных потерь в сфере передачи и (или) распределения тепловой энергии, газ – для собственных нужд и потерь для субъектов естественных монополий в сфере транспортировки газа или газового конденсата по магистральным и (или) распределительным трубопроводам, покупная вода – для субъектов естественных монополий в сферах водоснабжения, производства тепловой энергии».*

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере естественных монополий, Закон содержит допустимое число отсылочных и бланкетных норм.

Применение отсылочных и бланкетных норм является оправданным и не противоречит статье 62 Конституции Республики Казахстан и требованиям Закона Республики Казахстан «О правовых актах».

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

Не выявлено.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона.

На основе анализа проекта нового Закона выявлены следующие недостатки.

1. Понятийный аппарат.

Статья 4 проекта нового Закона включает определение 25 понятий.

Понятие естественных монополий остается прежним, естественную монополию рассматривают как состояние рынка товара, что является не совсем правильным потому, что отношения, возникающие при обращении определенного товара, не включают в себя иные отношения, которые возникают в естественно-монопольной отрасли. Однако в рамках ЕвразЭС закреплена именно указанная формулировка понятия естественной монополии и Казахстан не может в одностороннем порядке его менять.

2. Статью 1 проекта нового Закона назвать «Цели и задачи настоящего Закона» (см. Показатель 1 справки).

3. В пп.10) статьи 4 проекта нового Закона под *уполномоченным органом* понимают *государственный орган, осуществляющий руководство в сферах естественных монополий*. Очень размытое понятие, его необходимо конкретизировать, поскольку данный госорган обладает большими

полномочиями, включая контроль и надзор, регулирование ценовой и тарифной политикой в рассматриваемой сфере.

В этой связи считаем, что в пп.10) статьи 4 необходимо закрепить следующее определение: *«10) уполномоченный орган – это государственный орган, уполномоченный осуществлять государственное регулирование и контроль за деятельностью субъектов естественных монополий и иные функции, предусмотренные настоящим Законом, иными законами Республики Казахстан, актами Президента Республики Казахстан и Правительства Республики Казахстан».*

Анализ положений Закона проведен по состоянию законодательства на март месяц 2017 года.

АНАЛИТИЧЕСКИЕ СПРАВКИ, НАПРАВЛЕННЫЕ В ОБЩЕСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ В СФЕРЕ АРХИТЕКТУРЫ, ГРАДОСТРОИТЕЛЬНОЙ И СТРОИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Справка по результатам анализа Закона Республики Казахстан от 16 июля 2001 года № 242-III «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан»

1. Общая информация

1.1. Разработчик:

Комитет по делам строительства и жилищно-коммунального хозяйства Министерства национальной экономики Республики Казахстан.

1.2. Цель закона:

Целью закона является правовое регулирование отношений, возникающих между государственными органами, физическими и юридическими лицами в процессе осуществления архитектурной, градостроительной и строительной деятельности и формирование полноценной среды обитания и жизнедеятельности человека, устойчивое развитие населенных пунктов и межселенных территорий.

1.3. Предмет правового регулирования:

Архитектурная, градостроительная и строительная деятельность.

1.4. Отрасль законодательства:

Законодательство о государственном регулировании хозяйственной деятельности.

2. Анализ Закона Республики Казахстан «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан» (далее - Закон)

Избыточность в регулировании

1. Согласно пункту 1 статьи 13 Закона физические и юридические лица Республики Казахстан имеют право на полную, своевременную и достоверную информацию о состоянии среды обитания и жизнедеятельности, ее предполагаемых изменениях, намечаемой архитектурной, градостроительной и строительной деятельности, за исключением информации ограниченного в законодательном порядке доступа или относящейся к государственным секретам.

Однако в соответствии с подпунктом 8) статьи 1 Закона Республики Казахстан от 16 ноября 2015 года «О доступе к информации» информация с ограниченным доступом это информация, отнесенная к государственным секретам, личной, семейной, врачебной, банковской, коммерческой и иным охраняемым законом тайнам, а также служебная информация с пометкой «Для служебного пользования».

Следовательно, в содержании понятия «информация ограниченного доступа» включены государственные секреты. В этой связи полагаем нецелесообразным в рамках пункта 1 статьи 13 разделять категории «информация ограниченного доступа» и «информация, относящаяся к государственным секретам».

Коррупционные факторы в законе

2. Согласно пункту 2 статьи 32 Закона отнесение физических и юридических лиц к определенной категории осуществляется лицензиаром при выдаче **лицензии в соответствии с квалификационными требованиями**, предъявляемыми к проектной деятельности и строительно-монтажным работам в сфере архитектуры, градостроительства и строительства, и указывается в особых условиях действия лицензии.

Единые квалификационные требования и перечень документов, подтверждающих соответствие им, для осуществления деятельности в сфере архитектуры, градостроительства и строительства утверждены приказом и.о. Министра национальной экономики Республики Казахстан от 9 декабря 2014 года № 136. В соответствии с приказом для занятия проектной деятельностью и строительно-монтажными работами лицензиатам II категории предъявляется в качестве одного из квалификационного требования:

опыт работы лицензиата не менее пяти лет, при этом опыт работы исчисляется со дня получения лицензии или иного **равнозначного разрешительного документа** для иностранных лиц на осуществление строительно-монтажных работ

лицензиатам I категории:

для иностранных лиц в качестве опыта работы учитывается **равнозначный разрешительный документ** на осуществление проектной деятельности (проектно-изыскательской деятельности в части проектирования).

... понятие «равнозначного» документа не раскрыто в законодательстве Казахстана и на практике, скорее всего, будет толковаться уполномоченными органами в сфере архитектуры, градостроительства и строительства (далее - «Уполномоченные органы») по своему усмотрению¹⁷¹.

Кроме того обратим внимание на следующий момент, что приказ устанавливает следующее квалификационное требование к лицензиатам I категории для занятия строительно-монтажными работами: наличие **минимальной материально-технической оснащенности** на праве собственности (хозяйственного ведения или оперативного управления) и (или) аренды, включающей **минимальный комплект оборудования**,

¹⁷¹ Ниталиева С. Изменения в правила лицензирования деятельности в сфере архитектуры, градостроительства и строительства // Интернет-сайт юридической фирмы «GRATA» <http://www.gratanet.com/ru/news/details/2317a>

контрольно-измерительные приборы, машины и механизмы, которые устанавливаются в соответствии с техническими требованиями к выполнению строительно-монтажных работ в зависимости от технических требований, к заявленным работам подвита лицензируемого вида деятельности.

На форуме на вопрос относительно настоящего требования: «... а что входит в этот перечень», был дан ответ: «Минимальная техническая оснащенность зависит от выбранных подвидов деятельности. Здесь вам подскажут инженеры. Конкретного перечня нигде и не найдете. Но при этом не факт, что инспектор не затребует наличия «того чего на белом свете вообще не может быть». Это в смысле будет проверка на соответствие квалификационным требованиям (будет смотреть помещение, производственную базу, оборудование, договоры, инструкции и прочая) с составлением соответствующего акта»¹⁷².

В данном случае в целях исключения свободного усмотрения и принятия решения уполномоченным лицом, считаем целесообразным, уточнить количественно формулировку «минимальная материально-техническая оснащенность».

Коллизии нормативных правовых актов

3. В соответствии с подпунктом 4) пункта 4 статьи 33 Закона государственная архитектурно-строительная инспекция (государственный строительный инспектор) наделяется **правом посещения** объектов и комплексов **после получения уведомления** о начале производства строительно-монтажных работ не позднее пяти рабочих дней с момента получения уведомления.

Однако учитывая, что по подпункту 2) пункта 3 статьи 31-1 Закона государственный архитектурно-строительный контроль и надзор осуществляется за достоверностью данных, указанных в уведомлении, считаем посещение объектов строительства, должно быть выражено обязанностью архитектурно-строительной инспекции.

Кроме того отмечаем, что по пункту 72 Правил организации застройки и прохождения разрешительных процедур в сфере строительства, утвержденных приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30 ноября 2015 года № 750, орган государственного архитектурно-строительного контроля и надзора **посещает** объекты и комплексы не позднее 5 (пяти) рабочих дней со дня получения уведомления о начале производства строительно-монтажных работ в соответствии со статьей 33 Закона.

4. Пункт 5 статьи 34-4 Закона определяет: «Физические лица и аккредитованные юридические лица при осуществлении деятельности по техническому обследованию надежности и устойчивости зданий и

¹⁷² Тема «Лицензия на СМР III категории» // опубликовано на казахстанской юридическом форуме <http://forum.zakon.kz/> от 5 января 2016г

сооружений **обязаны иметь на праве собственности или аренды административно-производственную базу**, компьютеры, оснащенные лицензионным программным обеспечением для выполнения поверочных расчетов, средства измерений и контроля, нормативную документацию и аккредитованную лабораторию (привлеченную)».

При этом пункт 17 Правил и разрешительных требований по аккредитации организаций, осуществляющих инжиниринговые услуги по техническому надзору и экспертные работы по техническому обследованию надежности и устойчивости зданий и сооружений на технически и технологически сложных объектах первого и второго уровней ответственности, утвержденных приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 23 ноября 2015 года № 709, устанавливает следующие требования заявителям для прохождения аккредитации: ...

иметь на праве собственности или привлеченную (на основании договора) *аккредитованную лабораторию*;

иметь **административно-бытовые помещения** на праве собственности или аренды на срок более одного года, удовлетворяющие требованиям Санитарных правил «Санитарно-эпидемиологические требования к содержанию и эксплуатации жилых и других помещений, общественных зданий», утвержденных приказом и.о. Министра национальной экономики Республики Казахстан от 24 февраля 2015 года № 125 (зарегистрированный в Реестре нормативных правовых актов за № 10637);

иметь материально-техническую оснащенность, в том числе *средства измерений и контроля*, необходимых для выполнения возложенных обязанностей и функций, а также *компьютеры*, оснащенные лицензионными программными обеспечениями необходимыми для выполнения расчетов, составления и оформления графических и иных материалов;

иметь *нормативно-техническую и методологическую литературу*, необходимую для выполнения возложенных обязанностей и функций.

Если сравнивать требования, установленные Законом, с требованиями подзаконного НПА, можно наблюдать разночтения. Во-первых, по Закону лица должны иметь административно-производственную базу, тогда как по приказу - административно-бытовые помещения. При этом неизвестно, какое количество помещений должно быть в наличии у субъекта. Во-вторых, приказ Министра указывает необходимость материально-технической оснащенности. Отмечаем, что слова «в том числе» предполагают, что в содержание материально-технической оснащенности помимо прочего должны быть включены *средства измерений и контроля*, а также *компьютеры*. Тогда как по Закону техническая оснащенность ограничена средствами измерения и компьютерами.

Пробелы в законе

5. Статья 4 Закона указывает: «**Субъектами** архитектурной, градостроительной и строительной деятельности являются **государственные органы, физические и юридические лица**, участвующие в формировании и развитии среды обитания и жизнедеятельности человека на территории Республики Казахстан.

Лица без гражданства, иностранцы и иностранные юридические лица могут быть наделены в установленном законодательством порядке правом выполнения на территории Республики Казахстан работ (услуг), относящихся к архитектурной, градостроительной и (или) строительной деятельности, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан».

Также главой 3 Закона устанавливаются права, обязанности и ответственность субъектов архитектурной, градостроительной и строительной деятельности (статьи 14, 15, 16). При этом как права, так и обязанности субъектов архитектурной, градостроительной и строительной деятельности распространяются на все категории субъектов архитектурной, градостроительной и строительной деятельности. Однако полагаем, что правовой статус одной категории субъектов, таких как физические и негосударственные юридические лица должен существенно отличаться от другой категории (государственные органы и государственные юридические лица). Полагаем, что разделение субъектов архитектурной, градостроительной и строительной деятельности на категории позволит расширить и конкретизировать их права, обязанности и ответственность.

6. Пункты 2 и 3 статьи 13 Закона указывают:

«2. Информирование физических и юридических лиц о состоянии среды их обитания и жизнедеятельности, а также о намерениях по застройке (перепланировке) территории осуществляется местными исполнительными органами районов (городов) через средства массовой информации **или посредством проведения общественных обсуждений**, экспозиций и выставок.

3. До утверждения градостроительной и архитектурно-строительной документации **физические и юридические лица имеют право принимать участие в обсуждениях**, вносить предложения по изменению принимаемых решений, затрагивающих общественные или частные интересы».

На основании пункта 3 статьи 13 физические и юридические лица наделены правом участия в обсуждениях по решениям в градостроительной и архитектурно-строительной области. Для реализации установленного законом права должна быть установлена соответствующая обязанность по созданию условий обсуждений. Между тем пункт 2 статьи 13 определяет обязанность местных исполнительных органов по информированию населения через СМИ или общественные обсуждения и т.д. То есть общественное обсуждение является одним из видов информирования, но не обязательным, если информирование проводится через СМИ. Таким образом

право физических и юридических лиц по принятию участия в обсуждениях ограничивается пунктом 2 статьи 13.

7. Пункты 5 и 6 статьи 13 гласят:

«5. Участие **физических и юридических лиц** в обсуждениях при принятии градостроительных, архитектурных или строительных решений может выражаться в форме:

- 1) прямого участия;
- 2) представительства;
- 3) иной, не запрещенной законодательством форме.

6. Если архитектурная, градостроительная и (или) строительная деятельность на данной территории затрагивает интересы **граждан, общественных объединений и юридических лиц**, то они имеют право:

1) на отмену в административном или судебном порядке решения о размещении, проектировании, строительстве (реконструкции) или вводе объектов в эксплуатацию, осуществляемых с нарушением законодательства или государственных нормативов;

2) на введение ограничений, приостановление или прекращение в административном или судебном порядке деятельности, осуществляемой с нарушением законодательства или государственных нормативов;

3) обжаловать в судебном порядке действия местных исполнительных органов областей (города республиканского значения, столицы), районов (городов областного значения), а также заключения экспертизы проектов;

4) предъявлять в суд иски о возмещении вреда, причиненного здоровью граждан и (или) имуществу в связи с допущенными субъектами или должностными лицами нарушениями законодательства или государственных нормативов;

5) в установленном законодательством порядке обращаться по иным фактам нарушения законодательства и государственных нормативов в сфере архитектурной, градостроительной и строительной деятельности».

Полагаем целесообразным согласовать перечень участников правоотношений в пунктах 5 и 6 статьи 13. Так, если общественные объединения наделены правами по пункту 6, то необходимо указать их и в пункте 5 статьи 13. Кроме того по пункту 5 все физические лица могут принимать участие в обсуждениях, однако в пункте 6 обозначены только права граждан.

8. Глава 4 Закона посвящена государственному управлению в области архитектуры, градостроительства и строительства. Согласно подпункту 1) статьи 19 Правительство Республики Казахстан **проводит государственную политику** в сфере архитектурной, градостроительной и строительной деятельности.

По подпункту 1) статьи 20 к компетенции уполномоченного органа по делам архитектуры, градостроительства и строительства относятся **проведение государственной политики** в области архитектуры,

градостроительства, строительства, развития производственной базы строительной индустрии.

При этом глава 4 Закона не закрепила ни за одним из органов государственного управления полномочие по **определению** государственной политики в области архитектуры, градостроительства, строительства.

Полагаем, что Правительство должно определять государственную политику, а уполномоченный орган – проводить или реализовывать государственную политику.

9. Согласно подпункту 1) пункта 8 статьи 27-2 Закона сооружения должны быть спроектированы и построены таким образом, чтобы в случае пожара прочность несущих элементов обеспечивалась **в течение определенного срока.**

Рекомендуем уточнить документ или лицо, устанавливающее или определяющее срок обеспечения прочности несущих элементов сооружения при пожаре.

10. Статья 27-2 Закона определяет требования безопасности к **сооружениям.**

При этом подпункт 7) статьи 1 Закона дает определение понятию «сооружение» — искусственно созданный объемный, плоскостной или линейный объект (наземный, надводный и (или) подземный, подводный), имеющий естественные или искусственные пространственные границы и предназначенный для выполнения производственных процессов, размещения и хранения материальных ценностей или *временного пребывания (перемещения) людей*, грузов, а также размещения (прокладки, проводки) оборудования или коммуникаций.

Помимо этого подпунктом 60) статьи 1 Закона дано определение понятию «здание», под которым понимается искусственное строение, состоящее из несущих и ограждающих конструкций, образующих обязательный наземный замкнутый объем, в зависимости от функционального назначения используемое *для проживания или пребывания людей*, выполнения производственных процессов, а также размещения и хранения материальных ценностей. Здание может иметь подземную часть.

Таким образом «сооружение» и «здание» имеют различное содержание и не являются идентичными понятиями. Кроме того по тексту закона используется словосочетание «сооружения и здания», например «техническое обследование надежности и устойчивости зданий и сооружений». В этой связи требования к сооружениям не распространяются на здания, если они прописаны законом только для сооружений.

На основании этого считаем целесообразным требования безопасности по статье 27-2, закрепить не только для сооружений, но и зданий.

11. Пункт 2 статьи 34-3 Закона предусматривает перечень обязанностей подрядчика (генерального подрядчика):

1) осуществлять строительно-монтажные работы в соответствии с представленной заказчиком утвержденной проектной (проектно-сметной)

документацией, требованиями законодательства Республики Казахстан и нормативно-технических документов;

2) осуществлять все виды и формы собственного производственного контроля качества строительства (входной, операционный, промежуточный, приемочный, лабораторный, геодезический и другие);

3) обеспечить надлежащее и своевременное ведение исполнительной технической документации;

4) своевременно устранять недостатки (дефекты и недоделки), выявленные в процессе строительства;

5) проводить лабораторный контроль качества выполняемых (выполненных) строительно-монтажных работ и применяемых строительных материалов, изделий и конструкций по запросу органов государственного архитектурно-строительного контроля и надзора;

6) обеспечить допуск на объект должностных лиц органов государственного архитектурно-строительного контроля и надзора по контролю за деятельностью технического надзора;

7) исполнять предписания органов государственного архитектурно-строительного контроля и надзора, указания лиц, осуществляющих технический и авторский надзоры;

8) не допускать препятствий и вмешательства в работу органов государственного архитектурно-строительного контроля и надзора;

9) осуществлять иные обязанности, предусмотренные законами Республики Казахстан.

Вместе с тем право свободного доступа на объект имеют не только должностные лица органов государственного архитектурно-строительного контроля и надзора (подпункт 2-2 статьи 34 и пункт 4 статьи 34-1), но и лица, осуществляющие авторский и технический надзор. В этой связи полагаем необходимым дополнить перечень обязанностей подрядчика обеспечением допуска на объект лиц, осуществляющих авторский и технический надзор.

12. Подпункт 1-1 статьи 60 Закона указывает: «В случае строительства (расширения, модернизации, технического перевооружения, реконструкции, реставрации, капитального ремонта) объектов и их комплексов без проектной (проектно-сметной) документации либо по проектной (проектно-сметной) документации, не прошедшей в установленном порядке экспертизу, строительные-монтажные работы **приостанавливаются** в соответствии с Кодексом Республики Казахстан об административных правонарушениях».

Возобновление строительные-монтажных работ производится только при наличии соответствующей проектной (проектно-сметной) документации, прошедшей в установленном порядке экспертизу».

Однако в отличие от статьи 314 Кодекса Республики Казахстан от 5 июля 2014 года «Об административных правонарушениях» по части первой статьи 316 Кодекса строительные-монтажные работы не приостанавливаются: «Строительство (реконструкция, реставрация, расширение, техническое перевооружение, модернизация, капитальный ремонт) объектов и их

комплексов без проектной (проектно-сметной) документации либо по проектной (проектно-сметной) документации, не прошедшей в установленном порядке экспертизу, по которой требуется ее проведение, –

влечет штраф на физических лиц в размере ста двадцати, на должностных лиц – в размере ста шестидесяти, на субъектов малого предпринимательства или некоммерческие организации – в размере двухсот, на субъектов среднего предпринимательства – в размере трехсот восьмидесяти, на субъектов крупного предпринимательства – в размере пятисот восьмидесяти месячных расчетных показателей».

Полагаем, что строительство объектов без проектной документации либо по проектной (проектно-сметной) документации, не прошедшей в установленном порядке экспертизу, должно быть приостановлено.

13. В соответствии с подпунктом 1) пункта 3 статьи 64-8 Закона эксперту запрещается проводить экспертизу по проектам, в подготовке которых данный эксперт принимал прямое или косвенное участие либо выполненным с участием супруга (супруги) и (или) близких родственников.

Аналогично данной норме необходимо установить ограничение и в пункте 10 статьи 64-1, согласно которой не допускаются включение в состав экспертных комиссий (экспертных групп), а также привлечение для иной формы участия в комплексной вневедомственной экспертизе проектов специалистов, прямо или косвенно принимавших участие в подготовке и (или) разработке рассматриваемых проектов либо являющихся представителями проектных организаций, их разработавших.

14. В соответствии с пунктом 7 статьи 66 Закона к участию в конкурсах (тендерах) не допускаются:

1) физические и юридические лица, которым в установленном законодательством порядке не разрешено ведение хозяйственной деятельности на территории Республики Казахстан;

2) юридические лица, объявленные банкротами;

3) лица, являющиеся организаторами (устроителями) конкурса (тендера) либо членами его жюри (тендерной комиссии);

4) не зарегистрированные в установленном законодательством порядке организации.

В свою очередь считаем целесообразным, дополнить пункт 7 статьи 66 Закона новыми основаниями не допуска к участию в конкурсе. В частности заимствовать основания, определенные пунктом 1 статьи 6 Закона Республики Казахстан от 4 декабря 2015 года «О государственных закупках». Так, например, подпункт 1) пункта 1 статьи 6, обозначает: «Потенциальный поставщик не вправе участвовать в проводимых государственных закупках, если близкие родственники, супруг (супруга) или свойственники первых руководителей данного потенциального поставщика и (или) уполномоченного представителя данного потенциального поставщика обладают правом принимать решение о выборе поставщика либо являются

представителем заказчика или организатора государственных закупок в проводимых государственных закупках».

15. В соответствии с подпунктом 31) статьи 1 Закона строительная деятельность – это деятельность по созданию основных фондов производственного и непроизводственного назначения путем возведения новых и (или) изменения (расширения, модернизации, технического перевооружения, реконструкции, реставрации, капитального ремонта) существующих объектов (зданий, сооружений и их комплексов, коммуникаций), монтажа (демонтажа), связанного с ними технологического и инженерного оборудования, **изготовления (производства) строительных материалов**, изделий и конструкций, а также осуществления работ по консервации строительства незавершенных объектов и утилизации объектов, выработавших свой ресурс.

Между тем регулирование изготовления и производства строительных материалов в Законе отсутствует. Можно выделить исключительно статью 27-3, которая посвящена требованиям безопасности строительных материалов»: «Строительные материалы должны соответствовать требованиям нормативных правовых актов, устанавливающих комплекс обязательных требований безопасности, в том числе нормы радиационной и химической безопасности, позволяющих строить сооружения, которые с учетом экономических аспектов пригодны к использованию и использование которых обеспечивает выполнение требований, установленных в статье 27-2 настоящего Закона».

По мнению участников парламентских слушаний на тему **«Совершенствование законодательства Российской Федерации в части повышения ответственности в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства»** требуют более детального правового регулирования и вопросы производства строительных материалов, а также ценообразования в данной сфере. Как бы ни были отлажены этапы строительства, использование некачественных строительных материалов влияет на качество всего строительства. В настоящее время производство основных строительных материалов не требует получения каких-либо разрешений, отсутствует их обязательная сертификация. Качество строительных ресурсов зачастую не соответствует минимальным требованиям, необходимым для обеспечения надежности, безопасности и энергоэффективности объектов капитального строительства. По мнению участников мероприятия, решением данной проблемы может явиться установление прозрачной системы ценообразования при производстве строительных материалов, определение четких требований к их качеству, в том числе требований по безопасности и энергоэффективности.¹⁷³

¹⁷³ Парламентские слушания на тему **«Совершенствование законодательства Российской Федерации в части повышения ответственности в области строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства»** Комитета Совета Федерации по федеративному устройству, региональной политике, местному самоуправлению и делам Севера от 26 февраля 2015 года // Интернет-

Возможность различного толкования норм права

16. Пункт 1 статьи 69 Закона определяет: «1. Гарантийный срок эксплуатации объектов строительства **устанавливается в соответствии с Гражданским кодексом Республики Казахстан.**

Во всех иных случаях гарантийный срок устанавливается в зависимости от **нормативного срока эксплуатации** построенного объекта (в соответствии с классом капитальности строения в целом или произведенных отдельных видов строительно-монтажных работ) при заключении договора между заказчиком и подрядчиком (генеральным подрядчиком) на строительство, но **не может быть менее двух лет** со дня приемки объекта в эксплуатацию. Данный предел гарантийного срока не распространяется на временные строения и сооружения подсобно-вспомогательного назначения, предназначенные для личного пользования граждан».

В данном случае возникают следующие вопросы:

1) что понимать под «*иными случаями*», учитывая, что строительство осуществляется по договору строительного подряда, который прямо регулируется Гражданским кодексом РК;

2) может ли приведенная норма Закона означать, что двухлетний минимальный гарантийный срок предусмотрен только для тех случаев, когда стороны договорились об установлении гарантийного срока (учитывая, что пункт 1 статьи 655 Гражданского кодекса РК диспозитивно регулирует возможность такого выбора).

Иными словами, подрядчик может либо вообще отказаться предоставлять какие-либо гарантии, либо, если он принимает обязательства по гарантийным срокам, то эти сроки не могут быть менее двух лет со дня приемки объекта в эксплуатацию. Если логика императивного регулирования гарантийных сроков в отношении конкретных объектов строительства связана с нормативным сроком эксплуатации таких объектов, то вызывает сомнение и представляется непоследовательным допустимость отказа подрядчиком от предоставления каких-либо вообще гарантий качества выполненной им работы. С учетом сказанного, пункт 1 статьи 69 Закона требует уточнения о том, на какие случаи распространяется требование об установлении гарантийного срока минимальной продолжительностью в два года.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Шайкенов В., Идаятова А. Проблемы регулирования гарантийных сроков в строительстве по гражданскому законодательству Казахстана // журнал «Эксперт Казахстан», 2016, - № 9. - с. 22-23

Уточнение редакции

17. Пункты 7 и 8 статьи 34-1 Закона гласят: «7. ...**Физические лица, имеющие аттестат эксперта технического надзора**, осуществляют деятельность на объектах технически несложных второго и третьего уровней ответственности.

8. **Физические лица** и аккредитованные юридические лица при осуществлении деятельности по техническому надзору обязаны иметь на праве собственности или аренды средства измерений и контроля, нормативную документацию и аккредитованную лабораторию (привлеченную)».

В пункте 8 рекомендуем уточнить слова «Физические лица» формулировкой «имеющие аттестат эксперта технического надзора», аналогично пункту 7.

Также по пункту 5 статьи 34-4 Закона: «**Физические лица, имеющие аттестат эксперта** на техническое обследование надежности и устойчивости зданий и сооружений, индивидуально осуществляют деятельность на объектах третьего уровня ответственности.

Физические лица и аккредитованные юридические лица при осуществлении деятельности по техническому обследованию надежности и устойчивости зданий и сооружений обязаны иметь на праве собственности или аренды административно-производственную базу, компьютеры, оснащенные лицензионным программным обеспечением для выполнения поверочных расчетов, средства измерений и контроля, нормативную документацию и аккредитованную лабораторию (привлеченную)».

18. Пункт 1 статьи 64-9 Закона гласит: «**Эксперты** в своей деятельности независимы от субъектов архитектурной, градостроительной и строительной деятельности».

В связи с тем, что экспертную деятельность осуществляют экспертные организации (пункт 1 статьи 64-1 Закона): «Комплексная вневедомственная экспертиза проектов в области строительства объектов проводится экспертными организациями и осуществляется экспертами...», считаем целесообразным, дополнить пункт 1 статьи 64-9 экспертными организациями, которые также как и эксперты должны быть независимы от иных субъектов архитектурной, градостроительной и строительной деятельности.

Предложения Профессионального объединения аккредитованных экспертных организаций «Палата экспертных организаций» по внесению изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан»

По вопросу саморегулирования Палаты экспертных организаций

1. Пункт 1 статьи 64-11 Закона гласит: «Деятельность палаты регулируется настоящим Законом, законодательством Республики Казахстан

о некоммерческих организациях и уставом. **Взимание вступительных взносов не допускается**». Однако организация и функционирование Палаты экспертных организаций требует определенных финансовых затрат. По этой причине Палатой установлено обязательство для своих членов по выплате членских взносов. В целях исключения возможности толкования пункта 1 статьи 64 Закона, как невозможность сбора «любых» видов взносов предлагается, обозначить, что взимание вступительных членских взносов не допускается, за исключением обязательных членских взносов.

Отмечаем, что в соответствии с пунктом 5) статьей 18 Закона Республики Казахстан «О саморегулировании» саморегулируемая организация **имеет право собирать членские взносы** и формировать имущество саморегулируемой организации из других, не запрещенных законами Республики Казахстан источников.

2. Пункт 3 статьи 64-11 Закона гласит: «В состав правления палаты также включаются **не менее трех представителей уполномоченного органа** по делам архитектуры и градостроительства и строительства».

В целях обеспечения принципа независимости частной экспертной деятельности полагаем целесообразным исключить настоящую норму. Отмечаем, что одним из общих принципов саморегулирования согласно пункту 2 статьи 4 Закона Республики Казахстан «О саморегулировании» является независимость, под которой понимается недопустимость вмешательства в деятельность саморегулируемых организаций со стороны государственных органов, иных организаций и должностных лиц.

По вопросу функций уполномоченного органа и Палаты

3. Подпункт 3-1) статьи 1 Закона дает определение понятию «**реестр аккредитованных экспертных организаций**», под которым понимается «единый перечень юридических лиц, наделенных правом на проведение комплексной вневедомственной экспертизы проектов строительства **объектов**».

В связи с тем, что по подпункту 2) пункта 4 статьи 64-11 к функциям Палаты относится аккредитация экспертных организаций и ведение реестра аккредитованных экспертных организаций целесообразно и в определении понятия «реестр аккредитованных экспертных организаций» установить, что единый перечень, **формируется палатой экспертных организаций**.

Кроме того полагаем необходимым в определении термина «реестр аккредитованных экспертных организаций» конкретизировать «объекты», подлежащих экспертизе аналогично подпункту 3-2) статьи 1, где уточняется, что аккредитованная экспертная организация – юридическое лицо, аккредитованное в порядке, установленном уполномоченным органом по делам архитектуры, градостроительства и строительства, осуществляющее комплексную вневедомственную экспертизу проектов строительства объектов (технико-экономических обоснований и проектно-сметной документации), **не отнесенную законодательством Республики**

Казахстан об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности к государственной монополии.

4. В Законе прослеживается дублирование функций уполномоченного органа и Палаты экспертных организаций. Так, согласно подпункту 2) пункта 4 статьи 64-11 Закона к функциям Палаты относится **аккредитация** экспертных организаций и **ведение реестра** аккредитованных экспертных организаций. Также статья 20 устанавливает за уполномоченным органом по делам архитектуры, градостроительства и строительства полномочие по **ведению реестра** аккредитованных экспертных организаций (в подпункте 11-7) и по **аккредитации** юридических лиц, претендующих на проведение комплексной вневедомственной экспертизы проектов строительства объектов (в подпункте 11-9).

В данном случае целесообразно исключить из компетенции уполномоченного органа функцию по ведению реестра и аккредитации.

По требованиям к экспертным организациям

5. Пункт 1 статьи 64-5 Закона указывает: «Аккредитованные экспертные организации:

проводят обязательную комплексную вневедомственную экспертизу проектов (технико-экономических обоснований и проектно-сметной документации), предназначенных для строительства, за исключением проектов, предусмотренных пунктом 1 статьи 64-4 настоящего Закона;

обязаны с момента создания палаты состоять ее членами (ассоциированными членами)».

При этом в пункте 2 статьи 64-10 Закона определены **обязанности** экспертных организаций:

1) пройти аккредитацию в соответствии с правилами аккредитации экспертных организаций;

2) в рамках ведения делопроизводства вести учет даты поступления документов на экспертизу и даты выдачи экспертных заключений.

В целях правильного расположения норм в структуре Закона считаем целесообразным, обязанность по вступлению организации в члены Палаты указать в пункте 2 статьи 64-10, исключив ее из пункта 1 статьи 64-5.

Кроме того формулировка «с момента создания палаты» может быть истолкована следующим образом: «экспертная организация должна состоять в Палате в качестве ее члена с момента создания Палаты, по сути с даты, когда экспертная организация возможно еще не существовала или не была аккредитована». В данном случае при формулировании обязанности следует уделить внимание не на моменте, когда экспертная организация вступает в Палату, а на цели такого вступления – осуществление экспертной деятельности.

Считаем, что вступление аккредитованными экспертными организациями в Палату должно быть связано исключительно с возможностью осуществлять экспертную деятельность. То есть отказ экспертной организации вступить в Палату не должно предполагать

нарушения закона. Нарушение будет в том случае, если экспертная организация осуществляет экспертную деятельность без членства в Палате. Таким образом, в целях однозначного понимания смысла положений Закона также необходимо установить оговорку о запрете занятия экспертной деятельностью без такого членства.

По вопросу государственной монополии

6. 47 шаг Плана нации - 100 шагов по реализации пяти институциональных реформ Н. Назарбаева предусматривает поэтапный отказ от государственной монополии на проведение экспертизы предпроектной и проектно-сметной документации, а также передачу экспертизы проектов в конкурентную среду.

Кроме того в статье Главы государства от 6 января 2016 года «План нации – Путь к казахстанской мечте» сказано, что отдельные виды экспертизы, в зависимости от технологической сложности работ, будут передаваться частному сектору. В 2016 – 2020 годах **в частный рынок планируется передать до 90% проектов.**¹⁷⁵

В целях реализации задач, поставленных в Плане нации, необходимо сокращение объектов экспертной деятельности, отнесенных к государственной монополии. В связи с чем, требует пересмотр статья 64-4 Закона, согласно которой к государственной монополии относится комплексная вневедомственная экспертиза проектов (технико-экономических обоснований и проектно-сметной документации) для:

1) строительства новых производственных зданий и сооружений, относящихся к потенциально опасным объектам строительства, а также новых технически и (или) технологически сложных объектов, их комплексов, инженерных и транспортных коммуникаций независимо от источников финансирования;

2) реконструкции, расширения, модернизации, технического перевооружения и капитального ремонта существующих объектов, финансируемых за счет бюджетных средств и иных форм государственных инвестиций, отнесенных к:

потенциально опасным;

технически и (или) технологически сложным.

В свою очередь полагаем, что к государственной монополии могут быть отнесена экспертиза:

1) новых объектов, имеющих статус межгосударственного (международного) значения;

2) уникальных объектов строительства;

3) реконструкции, расширения, модернизации технического перевооружения и капитального ремонта существующих объектов первого уровня ответственности.

Экспертиза иных видов объектов строительства должна быть передана в частный рынок.

¹⁷⁵ Официальный сайт Президента Республики Казахстан: <http://www.akorda.kz>

По вопросу деятельности экспертов

7. Пункт 3 статьи 64-6 гласит: «Эксперты не вправе осуществлять единолично экспертную деятельность, за исключением случаев привлечения их в качестве внештатных экспертов **по договору с другой аккредитованной или государственной экспертной организацией, а также выполнения экспертиз отдельных разделов (частей) проекта по поручению руководства экспертной организации**».

Действующая норма позволяет экспертам в области проектирования и состоящим в штате одной из экспертных организаций осуществлять экспертную деятельность в других экспертных организациях, только в случае если между экспертной организацией, в штате которой числится эксперт и иной экспертной организацией, достигнута соответствующая договоренность.

Полагаем, что требования пункта 3 статьи 64-4 противоречат принципу гражданского права «свобода договора», который означает, что любое лицо по своему усмотрению и без принуждения вправе заключать договор и определять условия этого договора. Так, согласно статье 14 Гражданского кодекса гражданин может заниматься любой не запрещенной законодательными актами деятельностью, совершать любые не запрещенные законодательными актами сделки и участвовать в обязательствах.

В данном случае действующий пункт 3 должен представлять два основания, когда эксперт может осуществлять единоличную деятельность. Первое основание это договор с экспертной организацией. Второе основание - поручение руководства экспертной организации. Между тем как понимаем пункт 3 толкуется как необходимость выполнения двух условий одновременно, наличия договора и поручения руководства. На основании изложенного предлагаем установить за экспертами право работать в иных экспертных организациях на условиях гражданско-правового договора без согласования с работодателем.

Уточнение редакции

8. Подпункт 9-2) статьи 1 имеет следующее содержание: «локальное экспертное заключение – заключение экспертизы проектов, оформляемое и выдаваемое заказчику на каждом этапе **экспертного сопровождения** по соответствующим разделам (частям) проекта, за исключением завершающего экспертизу этапа». Между тем в Законе отсутствует категория «экспертное сопровождение». Таким образом, локальное экспертное заключение это заключение экспертизы проектов, оформляемое и выдаваемое заказчику при проведении экспертизы отдельных разделов (частей) проектов, в случаях предусмотренных Законом.

9. Подпункт 16-1) статьи 1 Закона содержит определение понятия «субъекты экспертной деятельности в области проектирования», под которым понимаются **экспертные организации**, а также эксперты, являющиеся штатными работниками экспертных организаций либо временно привлеченные этими организациями в качестве внештатных экспертов для

исполнения комплексной вневедомственной экспертизы по отдельному разделу (части) в составе проекта или для участия в работе экспертных комиссий (групп) по комплексной градостроительной экспертизе.

На основании того, что экспертную деятельность в области проектирования имеет право осуществлять не каждая экспертная организация необходимо в подпункте 16-1) статьи 1 уточнить формулировку «экспертные организации», указав, что под субъектами экспертной деятельности понимается государственная экспертная организация (подпункт 39-1 статьи 1) и аккредитованные экспертные организации (статья 64-5).

10. Подпункт 23-5) статьи 20 устанавливает за уполномоченным органом по делам архитектуры, градостроительства и строительства полномочие по утверждению правил определения общего порядка отнесения зданий и сооружений к **технически** и (или) **технологически** сложным объектам.

В свою очередь одновременное использование в Законе терминов «технологически сложный объект» и «технически сложный объект» может ввести правоприменителя в заблуждение, так как в законодательстве отсутствует формулировки, определяющие содержательное отличие двух категорий. Данное обстоятельство провоцирует различное понимание и толкование значений этих понятий.

В связи с тем, что в подпункте 44) статьи 1 Закона определено содержание «техническая сложность объекта», рекомендуем по тексту Закона (подпункты 23-21), 23-27) статьи 20, пункт 1 статьи 32-1, пункт 7 статьи 34-1, статья 64-4) исключить слова «технологически» и использовать термин «технически сложный объект».

**СБОРНИК АНАЛИТИЧЕСКИХ СПРАВОК
ПО РЕЗУЛЬТАТАМ ПРАВОВОГО МОНИТОРИНГА**
(1-квартал 2017 года)

Сверстано и отпечатано
в ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан»
г. Астана, пр. Мәңгілік ел, д. 8, Дом министерств
8(7172) 74-02-06
e-mail: instzak-kz@mail.ru
<http://www.iz.adilet.gov.kz/ru>