

**ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан»
Центр правового мониторинга**

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

Астана 2017

УДК 340
ББК 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 (3-квартал 2017 года). – Астана: «ГУ Институт законодательства Республики Казахстан», 2017. - 266 с.

ISBN 978-601-7366-30-8

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 978-601-7366-30-8

УДК 340
ББК 67.0

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

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	5
----------	---

**АНАЛИТИЧЕСКИЕ СПРАВКИ, НАПРАВЛЕННЫЕ В
ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ОРГАНЫ**

1. Кодекс Республики Казахстан от 10 декабря 2008 года № 99-IV «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)»	6
2. Гражданский кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года (Особенная часть)	36
3. Кодекс Республики Казахстан от 30 июня 2010 года № 296-IV «О таможенном деле в Республике Казахстан»	61
4. Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415 «Об акционерных обществах»	83
5. Закон Республики Казахстан от 12 апреля 2005 года № 36 «О государственном социальном заказе, грантах и премиях для неправительственных организаций в Республике Казахстан»	98
6. Закон Республики Казахстан от 16 апреля 1997 года № 94 «О жилищных отношениях»	110
7. Закон Республики Казахстан от 5 октября 1995 года № 2486 «О производственном кооперативе»	129
8. Закон Республики Казахстан от 3 июля 2014 года № 228-V «О физической культуре и спорте»	138
9. Закон Республики Казахстан от 18 января 2012 года № 545-IV «О телерадиовещании»	152
10. Закон Республики Казахстан от 6 января 2011 года № 380-IV «О правоохранительной службе»	164
11. Закон Республики Казахстан от 5 декабря 1997 года № 195 «Об адвокатской деятельности»	178
12. Закон Республики Казахстан от 16 ноября 2015 года № 401-V «О доступе к информации»	193

13. Закон Республики Казахстан от 10 марта 2004 года № 533 205
«Об обязательном страховании в растениеводстве»
14. Закон Республики Казахстан от 14 июля 1997 года № 155 214
«О нотариате»
15. Закон Республики Казахстан от 3 июля 2013 года № 122-V 229
«О гарантированной государством юридической помощи»
16. Закон Республики Казахстан от 19 декабря 2003 года № 508 242
«О рекламе»
17. Закон Республики Казахстан от 8 февраля 2003 года № 385 255
«О семеноводстве»

ВВЕДЕНИЕ

Правовой мониторинг является важным институтом государственной правовой политики, основы которого закреплены в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан 24 августа 2009 года № 858. Из анализа данной Концепции вытекает, что правовой мониторинг предполагает мониторинг, как действующего законодательства и правоприменительной практики, так и правотворческой деятельности, а также тенденции развития отраслей права и правовых систем, что позволяет рассматривать правовой мониторинг как обязательное звено механизма реализации правотворческой политики.

В системе решения задач правового регулирования общественных отношений указанная Концепция в обобщенном виде наделяет правовой мониторинг функцией обеспечивающей подсистемы по совершенствованию законодательства и правоприменения и, одновременно, как целевую программу слежения за реализацией законодательного акта. Кроме того, правовой мониторинг должен обеспечивать каналы обратной связи и его результаты необходимо учитывать при принятии законодательных, управленческих и иных решений с широким привлечением общественного мнения.

В рамках правового мониторинга Институт законодательства Республики Казахстан 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.

В целях повышения эффективности законодательных актов, соответствующих потребностям общественного развития, а также предоставления результатов правового мониторинга, проведенного сотрудниками Центра правового мониторинга широкому кругу заинтересованных лиц, Институт ежеквартально осуществляет выпуск сборников аналитических справок по результатам проведенного правового мониторинга.

Аналитические справки по результатам правового мониторинга, содержащиеся в данном сборнике, направляются в соответствующие государственные органы для их учета при подготовке проектов законов данных актов, а также размещаются на официальном сайте Института.

АНАЛИТИЧЕСКИЕ СПРАВКИ, НАПРАВЛЕННЫЕ В ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ОРГАНЫ

Справка по результатам анализа Кодекса Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)» от 10 декабря 2008 года № 99-IV

Показатель 1. Общая информация о законе

1.1. Предмет правового регулирования

Предмет правового регулирования: доходы республиканского и местных бюджетов, налоги.

1.2. Отрасль законодательства

В соответствии с Классификацией отраслей законодательства Республики Казахстан, утвержденной постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 декабря 2002 года № 1378, анализируемый кодекс относится к отрасли 100.000.000. Налоговое законодательство.

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства

В Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» поставлена задача по приведению налогово-бюджетной политики к новым экономическим реалиям, а также указано: «Налоговую политику нужно нацелить на стимулирование выхода бизнеса из «тени» и расширение налоговой базы в несырьевом секторе. Важно провести оптимизацию действующих налоговых льгот. Необходимо по-новому рассмотреть специальные налоговые режимы в преддверии всеобщего декларирования. Требуют улучшения механизмы налогового администрирования. Прежде всего, это касается взимания налога на добавленную стоимость».

Также в Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 30 ноября 2015 года «Казахстан в новой глобальной реальности: рост, реформы, развитие» обозначено: «Следует отменить все неэффективные налоговые льготы. Налоговые режимы надо оптимизировать - оставить только три уровня. Это – общий, патент для индивидуальных предпринимателей и специальный налоговый режим для малого и среднего бизнеса, а также аграрного сектора. Такой механизм будет выводить «теневую экономику» на свет. Главной задачей Правительства должно стать повышение прозрачности налоговой сферы. Только так каждый субъект экономики будет заинтересован в том, чтобы платить налоги в полном объеме».

План нации - 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ Главы государства Н. Назарбаева включает ряд преобразований налогового законодательства. Например, шаг 37 - оптимизация налоговых и таможенных политик и процедур; шаг 45 –

оптимизация действующих налоговых режимов с обязательным ведением налогового учета доходов и расходов.

В пункте 2.3 **Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года**, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года, особо подчеркивается: «Развитое, ясное налоговое законодательство - одно из важнейших условий, способствующих формированию благоприятного инвестиционного климата, привлечению отечественных и иностранных инвестиций. В этой связи налоговое законодательство должно быть напрямую связано с индустриально-инновационной стратегией страны: оно должно помочь развитию несырьевых секторов и внедрить в стране новые технологии.

Общемировой тенденцией является снижение налогового бремени. При совершенствовании налогового законодательства целесообразно использовать передовой зарубежный опыт, который базируется на следующих общепризнанных принципах построения системы налогообложения:

- налоги должны быть по возможности минимальны;
- минимальны должны быть и затраты на их взимание;
- налоги не должны препятствовать конкуренции;
- налоги должны соответствовать структурной политике государства в экономической сфере;
- налоги должны быть нацелены на справедливое распределение доходов;

налоговая система должна исключать двойное налогообложение.

Следует проработать вопрос о возможности внедрения института консолидированного налогообложения, когда один или несколько налогов уплачивается «материнской» компанией от имени группы взаимосвязанных предприятий и такая группа взаимосвязанных предприятий рассматривается как единый налогоплательщик по этому налогу.

Необходимо продолжить работу по упрощению налоговой отчетности, реформированию отдельных видов налогов, обеспечению налогового стимулирования отдельных категорий налогоплательщиков.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Исследуемый кодекс не содержит норм, противоречащих нормам Конституции Республики Казахстан.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

Анализируемый кодекс обеспечивает выполнение и реализацию принятых международных обязательств государства в действующем национальном законодательстве.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан

Рассматриваемый кодекс соответствует нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

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

1. Подпункт 1) пункта 1 статьи 67 НК гласит:

«Уполномоченный орган утверждает следующие формы декларации по индивидуальному подоходному налогу и социальному налогу с приложениями к данной декларации:

декларация по индивидуальному подоходному налогу и социальному налогу для следующих категорий налогоплательщиков, являющихся:

налоговыми агентами;

агентами по уплате обязательных пенсионных взносов, а также других взносов в соответствии с законодательством Республики Казахстан о пенсионном обеспечении;

плательщиками социальных отчислений в соответствии с законодательством Республики Казахстан об обязательном социальном страховании;

плательщиками отчислений и (или) взносов в соответствии с законодательством Республики Казахстан об обязательном социальном медицинском страховании».

Даная редакция норма введена в действие с 1 января 2017 года. Ранее редакция подпункта 1) пункта 1 статьи 67 была иная и указывала, что уполномоченный орган утверждал декларации по индивидуальному подоходному налогу и социальному налогу по гражданам Республики Казахстан для следующих категорий налогоплательщиков, являющихся налоговыми агентами:

юридических лиц-резидентов Республики Казахстан, **за исключением** юридических лиц, применяющих специальный налоговый режим для субъектов малого бизнеса **на основе упрощенной декларации;**

юридических лиц-нерезидентов, осуществляющих деятельность в Республике Казахстан через постоянное учреждение;

индивидуальных предпринимателей, **за исключением** применяющих специальные налоговые режимы для крестьянских или фермерских хозяйств, для субъектов малого бизнеса **на основе упрощенной декларации.**

Однако в настоящий момент согласно новому содержанию статьи 67 НК юридические лица и индивидуальные предприниматели, работающие на основе упрощенной декларации должны сдавать формы деклараций по индивидуальному подоходному налогу и социальному налогу.

Вместе с тем статья 437 НК, регламентирующая сроки предоставления упрощенной декларации и уплаты налогов, в пункте 3 определяет: «**В упрощенной декларации** отражаются исчисленные суммы **индивидуального подоходного налога**, удерживаемого у источника выплаты, обязательных пенсионных взносов, обязательных профессиональных пенсионных взносов и социальных отчислений».

Таким образом, по пункту 1 статьи 67 НК и пункту 3 статьи 437 НК возникает обязательство отражать ИПН и СО одновременно в двух декларациях: в упрощенной декларации и декларации по индивидуальному подоходному налогу и социальным отчислениям. Данное обстоятельство может привести к удвоению налоговых начислений.

Рекомендуем устранить коллизию между нормами статей 67 НК и 437 НК.

В этой связи обращаем внимание и на противоречие приказа Министра финансов Республики Казахстан от 25 декабря 2014 года № 587 «Об утверждении форм налоговой отчетности и правил их составления» статье 67 НК. Так, в пункте 1 Приложения 17 к приказу (Правила составления налоговой отчетности (декларации) по индивидуальному подоходному налогу и социальному налогу по гражданам Республики Казахстан) указано:

«Декларация составляется налоговыми агентами, **за исключением** применяющих специальные налоговые режимы для крестьянских или фермерских хозяйств и для субъектов малого бизнеса **на основе упрощенной декларации**, по отношению к физическим лицам согласно главам 18, 19 раздела 6, разделу 12 Налогового кодекса, а также индивидуальными предпринимателями (за исключением применяющих специальные налоговые режимы для крестьянских или фермерских хозяйств, для субъектов малого бизнеса на основе упрощенной декларации), частными нотариусами, частными судебными исполнителями, адвокатами, профессиональными медиаторами по исчисленным, удержанным (начисленным) суммам обязательных пенсионных взносов, начисленным, перечисленным социальным отчислениям в свою пользу в размерах, установленных Законом о пенсионном обеспечении, Законом об обязательном социальном страховании».

Таким образом, вышеобозначенный приказ противоречит НК, в частности согласно статье 67 НК лица, действующие на основе упрощенной декларации, должны сдавать декларацию по индивидуальному подоходному налогу и социальному налогу, а согласно Правилам не должны. Данное обстоятельство также свидетельствует о необходимости устранения противоречий.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Подпункт 28) пункта 1 статьи 156 НК указывает: «**Из доходов физического лица, подлежащих налогообложению, исключаются** следующие виды доходов:

стоимость имущества, полученного физическим лицом в виде дарения или наследования от другого физического лица. Положения настоящего подпункта не распространяются на имущество, полученное индивидуальным предпринимателем и предназначенное для использования в предпринимательских целях, а также пенсионные накопления, унаследованные в установленном законодательством Республики Казахстан порядке, выплачиваемые единым накопительным пенсионным фондом и добровольными накопительными пенсионными фондами».

Следовательно, по НК при получении недвижимого имущества в дар или в порядке наследования физические лица (кроме имущества, полученного индивидуальным предпринимателем для осуществления предпринимательской деятельности) налогов не уплачивают. Вместе с тем относительно данного обстоятельства Е. Порохов отмечает: «у нас до сих пор, 20 лет уже, нет налога на наследство и на дарение. Понятно, что сейчас идет становление различных олигархических кланов, формирование семейного капитала различных групп, семей, и для них актуальной становится вопрос безопасной передачи капиталов своим потомкам. Важно не только передать капитал, но и не понести большого ущерба в виде налогов»¹.

На основании изложенного рекомендуем рассмотреть вопрос по исключению подпункта 28) пункта 1 статьи 156 НК.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

1. Согласно статье 26 НК налоговым обязательством признается обязательство налогоплательщика перед государством, возникающее в соответствии с налоговым законодательством Республики Казахстан, в силу которого налогоплательщик обязан встать на регистрационный учет в налоговом органе, определять объекты налогообложения и (или) объекты, связанные с налогообложением, исчислять и уплачивать налоги и другие обязательные платежи в бюджет, а также авансовые и текущие платежи по ним, **составлять налоговые формы, представлять налоговые формы**, за исключением налоговых регистров, в налоговый орган в установленные сроки.

Статья 61 НК определяет, что налоговые формы включают в себя **налоговую отчетность**, налоговое заявление и налоговые регистры. Налоговые формы составляются налогоплательщиком (налоговым агентом) на бумажном и (или) электронном носителях на казахском и (или) русском языках. При этом по пункту 1 статья 63 НК налоговая отчетность составляется в соответствии с требованиями форматно-логического контроля, утвержденного уполномоченным органом.

¹ Интервью Е. Порохова Интернет- ресурс Exclusive. от 22.01.2014г. - <http://exclusive.kz/evgenij-porohov-nalogovy-e-zakony-u-nas-gorazdo-liberal-nee-chem-v-evrope-ssha-vse-gubit-praktika-sovetskogo-eshhe-nalogovogo-administrirovaniya.html>

По статье 65 – 67 НК уполномоченный орган утверждает формы декларации, формы расчетов сумм.

При этом формы декларации утверждаются ежегодно², несмотря на то, что НК устанавливает перечень информации, которую может содержать форма приложений к декларации.

Вместе с тем НК не устанавливает крайний срок по утверждению форм налоговой отчетности. Так как от доступности формы налоговой отчетности зависит реализация налоговых обязательств, предлагаем в НК закрепить сроки утверждения форм деклараций. Помимо этого предлагаем использовать принцип определенности и стабильности в определении форм деклараций, то есть не утверждать формы ежегодно.

Справочно:

Из форума <http://buhforum.zakon.kz>:

«- Форма 911 появилась 9 декабря.

- а меня в налоговой отправили назад, сказав, что за 2017г нет еще форм».³

Относительно предоставления форм деклараций в публикациях указывается: «В рамках совершенствования системы налогового администрирования уже утверждены новые формы налоговых деклараций, что призвано в первую очередь упростить процедуру заполнения налоговой отчетности. Декларации по различным налогам имеют сейчас типовую форму, единообразный вид общей части, при заполнении титульных листов используются одинаковые условные обозначения и символы. Все это позволяет формализовать ряд процедур налогового контроля и широко внедрять автоматические формы проведения контроля на базе информационных технологий».⁴

На основании изложенного рекомендуем рассмотреть вопрос по сокращению количества предоставляемых форм отчетности и получения необходимой информации альтернативными способами.

2. Пункт 2 статьи 358 НК посвящается ставкам социального налога:

«Индивидуальные предприниматели, частные нотариусы, частные судебные исполнители, адвокаты, профессиональные медиаторы исчисляют **социальный налог в 2-кратном размере** месячного расчетного показателя, установленного законом о республиканском бюджете и действующего на дату уплаты, за себя и однократном размере месячного расчетного показателя за каждого работника.

Положение настоящего пункта не распространяется на:

1) налогоплательщиков в период временного приостановления ими представления налоговой отчетности в соответствии со статьей 73 настоящего Кодекса;

² На интернет-ресурсе КГД МФ РК <http://kgd.gov.kz/ru/section/formy-nalogovoy-otchetnosti> Формы налоговой отчетности за 2017, 2015-2016, 2014, 2013 гг.

³ Интернет –ресурс форума <http://buhforum.zakon.kz/topic/178774>. - публикация от 11.12.2016г.

⁴ Лобанов В.А. Цели, задачи и проблемы налогового администрирования в современных условиях развития налоговой системы Российской Федерации // Сибирская финансовая школа №4, 2004. - <http://journal.safbd.ru/ru/content/celi-zadachi-i-problemy-nalogovogo-administrirovaniya-v-sovremennyh-usloviyah-razvitiya>

2) индивидуальных предпринимателей, применяющих специальные налоговые режимы;

3) индивидуальных предпринимателей, относящихся к налогоплательщикам, указанным в пункте 3-1 настоящей статьи».

Таким образом, такие категории налогоплательщиков, как индивидуальные предприниматели, частные нотариусы, частные судебные исполнители, адвокаты, профессиональные медиаторы обязаны ежемесячно уплачивать социальный налог по фиксированной ставке независимо от дохода. Вместе с тем статья 27 НК указывает, что объектом налогообложения и (или) объектом, связанным с налогообложением, являются **имущество и действия**, с наличием и (или) на основании которых у налогоплательщика возникает налоговое обязательство. Также по пункту 2 статьи 29 НК налоговая ставка устанавливается **в процентах или в абсолютной сумме на единицу измерения объекта налогообложения или налоговой базы**.

Из вышеуказанных статей НК следует, что объект налогообложения выражается имуществом и действиями. Иное основание налогообложения не признается статьей 27 НК. При этом налоговая ставка исчисляется на единицу измерения объекта. То есть налоговая сумма должна зависеть от дохода. Однако статья 358 НК, устанавливая фиксированную ставку налога, предполагает, что даже в случае отсутствия действий (предпринимательской деятельности), а значит получения дохода налог уплачивается. В данном случае исчисление социального налога не привязано к результатам деятельности налогоплательщика.

Конечно, по пункту 2 статьи 358 НК положение пункта не распространяется на налогоплательщиков в период временного приостановления. Так, в соответствии со статьей 73 НК налогоплательщик имеет право на основании налогового заявления приостановить представление налоговой отчетности. Однако, налогоплательщик в случае принятия такого решения представляет заявление о приостановлении представления налоговой отчетности **на предстоящий период**.

Следовательно, если налогоплательщик не желает уплачивать социальный налог в связи с тем, что деятельность фактически не приносит дохода, то он может, реализовав свое право на приостановление деятельности, избежать уплаты социального налога. Между тем налогоплательщик не имеет возможность предвидеть результаты своей деятельности и спрогнозировать отсутствие дохода, чтобы своевременно приостановить предпринимательскую деятельность.

Таким образом, вне зависимости имеется доход или нет, налоговое обязательство в виде социального налога в размере 2 МРП должен быть уплачен.

Кроме того укажем, что согласно обобщению практики рассмотрения судами гражданских дел по искам физических лиц к налоговым органам некоторыми судами было признано, что лицо **должно нести обязанность по уплате социального налога** за себя, другие суды указывали, что в данном

случае нарушение является формальным, наличие у налогоплательщика только одного статуса индивидуального предпринимателя без осуществления им налогооблагаемой деятельности **не может расцениваться в качестве основания возникновения у него налоговых обязательств**. Надзорной судебной коллегией в результате рассмотрения таких дел сделан вывод об обязанности индивидуального предпринимателя, в силу требований налогового законодательства, при изложенных выше обстоятельствах исполнять налоговое обязательство по социальному налогу, начисляемому независимо от фактически полученного размера дохода налогоплательщика, поскольку налогоплательщик не прекратил свою деятельность и не был снят с учета, он продолжает оставаться плательщиком социального налога.⁵

На основании изложенного считаем необходимым изменение расчета социального налога.

3. Пункты 1 и 2 статьи 46 НК гласит: «1. Исковая давность по налоговому обязательству и требованию - период времени, в течение которого:

1) налоговый орган вправе начислить или пересмотреть исчисленную, начисленную сумму налогов и других обязательных платежей в бюджет;

2) налогоплательщик (налоговый агент) обязан представить налоговую отчетность, вправе внести изменения и дополнения в налоговую отчетность, отозвать налоговую отчетность;

3) налогоплательщик (налоговый агент) вправе потребовать зачет и (или) возврат налогов и других обязательных платежей в бюджет, пеней;

4) налоговый орган обязан провести зачет и (или) возврат налогов и других обязательных платежей в бюджет, пеней.

2. Если иное не предусмотрено настоящей статьей, срок исковой давности по налоговому обязательству и требованию **составляет пять лет**. Течение срока исковой давности начинается после окончания соответствующего налогового периода, за исключением случаев, предусмотренных настоящей статьей».

При этом для сравнения статья 71 Уголовного кодекса устанавливает, что лицо освобождается от уголовной ответственности, если со дня совершения уголовного правонарушения истекли следующие сроки:

1) один год после совершения уголовного проступка;

2) два года после совершения преступления небольшой тяжести;

3) пять лет после совершения преступления средней тяжести;

4) пятнадцать лет после совершения тяжкого преступления;

5) двадцать лет после совершения особо тяжкого преступления.

Таким образом, срок давности по части 1 статьи 371 УК, по которой уголовная ответственность предусмотрена за халатность, на четыре года меньше, чем по налоговым обязательствам.

⁵ Обобщение практики рассмотрения судами гражданских дел по искам физических лиц к налоговым органам (строка 146)

Справочно:**Статья 371. Халатность**

1. Халатность, то есть неисполнение или ненадлежащее исполнение лицом, уполномоченным на выполнение государственных функций, либо приравненным к нему лицом, либо должностным лицом, либо лицом, занимающим ответственную государственную должность, своих обязанностей вследствие недобросовестного или небрежного отношения к службе, если это повлекло причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства, –

наказывается штрафом в размере до одной тысячи месячных расчетных показателей либо исправительными работами в том же размере, либо ограничением свободы на срок до одного года, либо лишением свободы на тот же срок.

На основании изложенного, предлагаем уменьшить срок исковой давности по налоговым обязательствам до 2 лет. Полагаем данное обстоятельство уравнивает положение налогоплательщика и государственные структуры.

Справочно:

Выдержки из форума <http://buhforum.zakon.kz>:

- Пришло уведомление о том, что неправильно выбран налоговый режим. ИП открыл в 2014 (упрощенка), в видах деятельности один из пунктов выбрал "Консультационные услуги в области компьютерных технологий". Теперь в налоговой сказали, что упрощенку нельзя выбирать при "консультациях" и нужно передать все отчеты уже по другим формам (общеустановленный налоговый режим). Как же теперь оплачивать и сдавать отчеты, если уже по прежним поступлениям были оплачены налоги в размере 3%?

- 2 года (!) налоговая спала и теперь из-за их халатности, что пропустили его заявления не проверив на соответствие виду деятельности и режиму у ТС проблемы.⁶

Помимо изложенного, в своем интервью Е.Порохов указывает:

«В последнее время мы все чаще сталкиваемся с таким явлением, как злоупотребление налоговых чиновников. Скажем, предприниматель уплатил все налоги, вовремя подал налоговую отчетность, но допустил при этом какую-то техническую ошибку, например, при составлении налоговой отчетности, и налоговики этим пользуются, начисляя такой штраф, что он перекрывает все налоговые поступления»⁷;

«Но налоговый кодекс сможет проявить все свои преимущества, в том числе и для бизнеса только при наличии рачительного хозяина и адекватной правовой, судебной и политической системы. Если предприниматель будет уверен, что его собственность, его деньги никто не заберет, никто не сможет разорить его бизнес налоговыми штрафами, рейдерством, тогда он будет активно работать, тогда у него появится интерес к бизнесу».⁸

В этой связи целесообразно внести изменения в механизм проведения проверок, в том числе установить гарантии защиты прав налогоплательщиков.

⁶ Интернет –ресурс форума <http://buhforum.zakon.kz/topic/180345>. - публикация от 11.10.2016г.

⁷ Интервью Е.Порохова, опубликовано на Интернет-ресурсе [zakon.kz](http://www.zakon.kz/4546421-nravstvennye-i-pravovye-postulaty.html) от 14.03.2013 - <https://www.zakon.kz/4546421-nravstvennye-i-pravovye-postulaty.html>

⁸ Интервью Е. Порохова Интернет- ресурс Exclusive. от 22.01.2014г. - <http://exclusive.kz/evgenij-porohov-nalogovy-e-zakony-u-nas-gorazdo-liberal-nee-chem-v-evrope-ssha-vse-gubit-praktika-sovetskogo-eshhe-nalogovogo-administrirovaniya.html>

4. Параграф 1 главы 83 НК регламентирует порядок зачета и возврат налогов, других обязательных платежей в бюджет, пеней и штрафов. Статья 599 НК гласит: «Зачет излишне уплаченной суммы налога, платы, сбора и пени производится по представленному налогоплательщиком (налоговым агентом) налоговому заявлению на проведение зачета и возврата налогов, других обязательных платежей, таможенных платежей, пеней и штрафов (далее в целях настоящей статьи и статьи 600 настоящего Кодекса – налоговое заявление на зачет), если иное не установлено настоящей статьей, а также по другим основаниям, предусмотренным настоящей статьей и статьей 600 настоящего Кодекса».

Параграф 2 главы 11 НК посвящается вычетам. В соответствии со статьей 100 НК расходы налогоплательщика в связи с осуществлением деятельности, направленной на получение дохода, подлежат вычету при определении налогооблагаемого дохода, за исключением расходов, не подлежащих вычету в соответствии с НК.

Худайбергенов О. отмечает: «Наряду с тем, что государство получило 1,1 трлн тенге в виде НДС, оно должно вернуть около 600 млрд тенге экспортеров, при этом сумма общей задолженности государства перед бизнесом растет каждый год и превышает сейчас свыше 1,5 трлн тенге. И здесь тоже есть свои особенности - часть возврата основана на законных оборотах, а часть на фиктивных, но пока нет единого мнения касательно пропорций (оценки фиктивного оборота варьируются от 10% до 90%).

Фактически даже добросовестные предприниматели не уверены в том, что у них все правильно посчитано, ибо простая на первый взгляд конструкция НДС на самом деле усложняется за счет трактовки расходов, можно ли их относить к зачету или нет. И эта постоянная боязнь проверки резко снижает уровень комфорта для каждого предпринимателя»⁹.

Кроме этого раздел 18 НК, определяющий виды специальных налоговых режимов, устанавливает специальный налоговый режим на основе упрощенной декларации. Так, согласно статье 433 НК специальный налоговый режим на основе упрощенной декларации применяют индивидуальные предприниматели и юридические лица, которые не являются лицами, указанными в пунктах 3 и 4 статьи 428 НК, и соответствуют следующим условиям:

1) для индивидуальных предпринимателей:

предельная среднесписочная численность работников за налоговый период составляет двадцать пять человек, включая самого индивидуального предпринимателя;

предельный доход за налоговый период составляет 1400-кратный минимальный размер заработной платы, установленный законом о

⁹ Худайбергенов О. Новая налоговая политика: налог с продаж вместо НДС // Публикация на интернет-ресурсе zakon.kz от 19 февраля 2016: <https://www.zakon.kz/4775973-novaja-nalogovaja-politika-nalog-s.html>, со ссылкой на интернет-ресурс: Сайт газеты «Казахстанская правда»

республиканском бюджете и действующий на 1 января соответствующего финансового года;

2) для юридических лиц:

предельная среднесписочная численность работников за налоговый период составляет пятьдесят человек;

предельный доход за налоговый период составляет 2800-кратный минимальный размер заработной платы, установленный законом о республиканском бюджете и действующий на 1 января соответствующего финансового года.

Относительного данного режима Худайбергенов О. указывает, что он позволяет легальным способом снижать налоговую нагрузку: «Средний или крупный бизнес, особенно в торговле, начинает дробить свои обороты так, чтобы оно было распределено на многочисленные ТОО и ИП - пока обороты не превышают 30 тыс. МРП (чуть больше 60 млн тенге), налоговая нагрузка составляет 3% с оборота.

Фактически все это рождает постоянную борьбу между бизнесом и государством, которое пытается закрыть все лазейки, либо повышает налоговую нагрузку, либо делает очень сложным налоговый учет. Как следствие, даже добросовестный предприниматель не может быть уверен на 100% в том, что правильно ведет налоговый учет, что проверка не выявит обороты, которые нельзя брать в зачет, не говоря уже о достаточном количестве непорядочных налогоплательщиков на местах, которые любые инициативы по пополнению бюджета используют для личного обогащения, создавая дополнительные проблемы предпринимателям».¹⁰

Вышеобозначенные проблемы требуют своего разрешения на законодательном уровне через введение инструмента, исключающего возможность уклонения от налогообложения недобросовестных налогоплательщиков и пересмотра условий упрощенного режима.

5. Согласно подпункту 2) пункта 1 статьи 613 НК налоговым органом производится ограничение в распоряжении имуществом налогоплательщика (налогового агента), указанного в подпункте 4) пункта 1 статьи 609 НК в случае обжалования налогоплательщиком (налоговым агентом), за исключением крупного налогоплательщика, подлежащего мониторингу, уведомления о результатах проверки и (или) решения вышестоящего налогового органа, вынесенного по результатам рассмотрения жалобы на уведомление. При этом в случае, указанном в настоящем подпункте, ограничение производится налоговым органом без направления уведомления о погашении налоговой задолженности, предусмотренного подпунктом 5) пункта 2 статьи 607 НК, по истечении трех рабочих дней:

¹⁰ Худайбергенов О. Новая налоговая политика: налог с продаж вместо НДС // Публикация на интернет-ресурсе zakon.kz от 19 февраля 2016: <https://www.zakon.kz/4775973-novaja-nalogovaja-politika-nalog-s.html>, со ссылкой на интернет-ресурс: Сайт газеты «Казахстанская правда»

со дня подачи жалобы налогоплательщиком (налоговым агентом) в порядке, установленном главами 93 и 94 настоящего Кодекса;

со дня исключения налогоплательщика (налогового агента) из перечня крупных налогоплательщиков, подлежащих мониторингу.

По информации НПП налоговые органы, ссылаясь на указанное основание, при обжаловании уведомления о начисленной сумме налогов, ограничивают налогоплательщика в распоряжении имуществом и, руководствуясь пунктом 5 статьи 613 НК, направляют решение об ограничении имущества в органы, регистрирующие права на имущество. При этом, несмотря на то, что пунктом 3 статьи 613 прямо предусмотрены суммы, по которым устанавливаются ограничения, обременения на практике накладываются на все имущество налогоплательщика, стоимость, которой в разы превышает обжалуемую сумму налогов.

При этом опись ограниченного в распоряжении имущества в органы, регистрирующие права на имущество не направляется. Наложение ареста на все имущество парализует деятельность налогоплательщика. В этой связи, во избежание указанной выше ситуации, предлагается пункт 5 статьи 613 НК дополнить абзацем следующего содержания: «Обременение в пределах суммы налоговой задолженности налогоплательщика (налогового агента) накладывается на указанное в описи имущество, ограниченное в распоряжении».¹¹

6. Подпункт 7) пункта 1 статьи 611 НК указывает:

«1. Приостановление расходных операций по банковским счетам (за исключением корреспондентских) налогоплательщика (налогового агента), указанного в подпункте 2) пункта 1 статьи 609 настоящего Кодекса, производится в порядке, установленном законодательными актами Республики Казахстан, в следующих случаях:

7) неисполнения уведомления об устранении нарушений, выявленных по результатам камерального контроля, - по истечении пяти рабочих дней со дня истечения срока, указанного в пункте 2 статьи 587 настоящего Кодекса».

Вместе с тем по информации НПП в настоящее время налоговые органы при осуществлении полномочий в рамках камерального контроля злоупотребляют полномочиями по приостановлению расходных операций налогоплательщика.

Расходные операции приостанавливаются по любому поводу, имеют место случаи, когда расходные операции приостанавливаются не только в случае неисполнения уведомления по результатам камерального контроля, но и в случаях, когда налогоплательщики в связи с несогласием исполняют указанное уведомление путем предоставления пояснения. Таким образом налоговые органы фактически вынуждают налогоплательщика исполнить уведомление приемлемым для налогового органа способом.

¹¹ Письмо НПП № 2861/16 от 29 марта 2017г.

В связи с тем, что приостановление расходных операций налогоплательщика парализует предпринимательскую деятельность, предлагается норму подпункта 7) пункта 1 статьи 611 НК исключить из состава статьи 611 НК путем включения в статью 613 НК «Ограничение в распоряжении имуществом налогоплательщика (налогового агента)»¹².

Кроме того относительно пункта 1 статьи 611 НК Национальный Банк отмечает, что органы государственных доходов могут применить такую крайнюю меру как приостановление расходных операций по банковским счетам налогоплательщиков, напрямую не связанных с обеспечением выполнения налоговых обязательств налогоплательщиков и выставлением в дальнейшем инкассового распоряжения на их банковские счета. Также в данных распоряжениях не указывается сумма, на которую приостанавливаются расходные операции.

Таким образом, приостановление органами государственных доходов расходных операций по банковским счетам налогоплательщиков негативно сказывается на текущей деятельности налогоплательщика, а также на исполнении банком требований третьих лиц (судебных органов, контрапартнеров), поскольку не всегда происходит своевременная отмена органами государственных доходов распоряжений о приостановлении расходных операций при устранении причин, послуживших основанием для приостановления расходных операций.

На практике возникают следующие правовые и практические коллизии при исполнении решений о наложении ареста, распоряжений о приостановлении расходных операций и наличии инкассовых распоряжений:

1) ввиду отсутствия суммы в распоряжении о приостановлении расходных операций и невозможности определения «очередности», в рамках которой заблокированы деньги, не исполняется пункт 8 статьи 740 ГК РК, когда ограничения распоряжения деньгами, находящимися в банке (распоряжение о приостановлении расходных операций), не распространяются на изъятие денег по требованиям, относящимся к одной очереди и (или) вышестоящей в соответствии с очередностью, предусмотренной пунктом 2 статьи 742 ГК РК (например, блокируется исполнение инкассового распоряжения по четвертой очереди (удовлетворение других денежных требований));

2) при недостаточности денег для исполнения всех требований, предъявленных к банковскому счету клиента, изъятие денег происходит в определенной статьей 742 ГК РК очередности. При этом в рамках действия любого распоряжения о приостановлении расходных операций налоговых органов на основании статьи 611 Налогового Кодекса допускается самостоятельная уплата клиентом налогов и других обязательных платежей в бюджет, обязательных пенсионных взносов, обязательных профессиональных пенсионных взносов, социальных отчислений, а также таможенных платежей. Таким образом, создаются условия, когда данные

¹² Письмо НПП № 2861/16 от 29 марта 2017г.

средства могут быть уплачены клиентом в пользу бюджета и внебюджетных фондов, и не исполняются инкассовые распоряжения по удовлетворению требований о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, взысканию алиментов. При этом обращаем внимание, что взыскание в доход государства при недостаточности денег относится к третьей очереди, что нарушается действующей нормой о самостоятельной уплате налогов и других обязательных платежей в бюджет.¹³

В этой связи предлагается исключить распоряжения о приостановлении расходных операций по банковским счетам налогоплательщика как инструмент обеспечения исполнения невыполненного в срок налогового обязательства.

7. Статья 4 НК закрепляет принципы обязательности, определенности, справедливости налогообложения, единства налоговой системы и гласности налогового законодательства Республики Казахстан. В свою очередь помимо перечисленных принципов необходимо закрепление принципов стабильности и устойчивости налогового законодательства. Так, НК принят 10 декабря 2008 года, с этого времени в него вносились изменения и дополнения 124 законами.

По мнению белорусского аудитора и, консультанта по налоговому планированию Жук А. вредность постоянного редактирования законодательства выражается в росте материальных затрат налогоплательщиков на изучение указанных нововведений. Помимо прямых затрат времени своих сотрудников предприятия вынуждены нести финансовые расходы на консультантов, аудиторов, юристов, которые помогают бизнесу избегать нарушений налогового законодательства. При этом, как правило, не принося дополнительных поступлений в бюджет, редакционные уточнения Налогового кодекса ведут к вышеуказанным прямым расходам бизнеса, делая экономику государства беднее¹⁴.

Требование стабильности налоговой политики государства является одним из главных требований к ней /Сутырин С.Ф./ В условиях нестабильной налоговой политики налогоплательщик не в состоянии эффективно вести финансово-хозяйственную деятельность, так как сколь-нибудь долгосрочное планирование этой деятельности становится невозможным /Кожин В.Я.; Мельник Д.Ю.; Пеппер Дж./.

Сочетание множества разрозненных нормативных правовых актов по налогообложению и бухгалтерскому учету с множеством изменений этих актов привело на практике к тому, что избежать ошибок в сфере налогообложения трудно даже тем юридическим лицам, которые исправно отслеживают и изучают все акты, имеющие к ним отношение¹⁵

¹³ Письмо НБ № исх: 11-2-03/315 от: 04.04.2017

¹⁴ Жук А. Налоги-2017: стабильная нестабильность. –публикация от 24.11.2016г. - <https://www.belrynok.by/2016/11/24/nalogi-2017-stabilnaya-nestabilnost/>

¹⁵ Мосин Е.Ф. Нестабильность налогового законодательства - препятствие развитию экономики России // журнале "Жизнь и безопасность", 2001, N 1-2, с. 134-138. - <http://docs.cntd.ru/document/901811157>

В качестве основной проблемы казахстанского налогового законодательства Иванов А.Е. и Мосиенко А.Г. указывают постоянное внесение изменений в НК: «Нестабильность норм налогового законодательства снижает авторитет закона в глазах налогоплательщиков и заставляет регулярно отслеживать изменения этих норм, что не добавляет удобства в работе и зачастую просто дезориентирует налогоплательщика. Не отстают и подзаконные акты: даже во вновь утвержденные (Приказ министра финансов Республики Казахстан от 25.12.2014 № 587) правила составления налоговой отчетности (декларации) по корпоративному подоходному налогу в 2015 г. уже внесены изменения (28.04.2015). Это приводит к большому количеству ошибок при исчислении КПП и штрафным санкциям со стороны государства. С точки зрения налоговых органов ничего хорошего в постоянной сменяемости норм налогового законодательства тоже нет: у налогоплательщиков появляется много вопросов, а единственным источником получения ответов для многих является налоговый орган. Консультирование налогоплательщиков отнимает у сотрудников налоговых органов дополнительное время, которое они должны направлять на выполнение других функций»¹⁶.

Справочно:

Исполнительный директор Форума предпринимателей Казахстана Мунавара Палташева обратила внимание на многократные поправки в НК: «Как показывает анализ, одна из причин нарушений в сфере налогообложения – нестабильность налогового законодательства. Поверьте мне, на преднамеренные нарушения налогового законодательства налогоплательщики не идут. С 2009 года Налоговый кодекс изменялся со 111 сопутствующими законами, то есть это примерно 16 законов в год, всего было изменено свыше 2300 статей. Какой налогоплательщик успеет за такими изменениями? Отсюда и ошибки и нарушения. Складывается ощущение, что разработчики Налогового кодекса забывают, что частое изменение в законодательстве снижает инвестиционную привлекательность государства и предпринимательства. Поэтому сейчас, в нелегкое время для бизнеса, необходимо разработать среднесрочную налоговую политику и принять стратегический документ, который бы определил основные направления фискальной политики на среднесрочную перспективу. В этом году необходимо внести норму, чтобы изменения в налоговое законодательство вносились не чаще одного раза в год. Также необходимо запретить вносить изменения в сопутствующие законы к кодексу»¹⁷.

На основании изложенного предлагаем в рамках НК закрепить принцип стабильности налогового законодательства и рассмотреть вопрос по введению механизма, согласно которому внесение поправок в НК будет ограничен.

8. Подпункт 1) пункта 3 статьи 257 НК гласит:

«Сумма налога на добавленную стоимость не подлежит отнесению в зачет по операциям с налогоплательщиком, признанным

¹⁶ Иванов А.Е., Мосиенко А.Г. Проблемы в области налогообложения прибыли организаций в Республике Казахстан и возможности применения российского опыта для их решения. - <http://отрасли-права.рф/article/12948>

¹⁷ Kapital.kz обозначил основные проблемы, которые были озвучены на совещании с предпринимателями. – дата публикации 16.08.2016г. - <https://kapital.kz/business/52827/biznes-poprosil-pomocshi-u-karimamasimova.html>

лжепредприятием на основании вступившего в законную силу приговора или постановления суда, за исключением сумм налога на добавленную стоимость, отнесенных в зачет, по сделкам с налогоплательщиками, не указанными в приговоре или постановлении суда, либо признанными судом действительными в гражданско-правовом порядке».

Также подпункт 2) статьи 115 НК определяет:

«Вычету не подлежат расходы по операциям с налогоплательщиком, признанным лжепредприятием на основании вступившего в законную силу приговора или постановления суда, произведенные с даты начала преступной деятельности, установленной судом, за исключением расходов по сделкам с налогоплательщиками, не указанными в приговоре или постановлении суда, либо признанным судом действительными в гражданско-правовом порядке».

Вместе с тем относительно данных норм имеется следующая позиция, которую рекомендуем реализовать в НК: «...в России можно в ходе судебного разбирательства доказать проявление налогоплательщиком должной степени осмотрительности и расходы по налогу на прибыль организаций отнести на уменьшение налоговой базы, в казахстанском законодательстве отсутствует возможность оспорить операции с лжепредпринимателем.

Таким образом, проблемы лжепредпринимателя достаточно жестко отражаются на его контрагентах, по сути, контрагенты лжепредпринимателя покрывают убытки, понесенные бюджетом Республики Казахстан, вместо виновного лжепредпринимателя. Мы считаем, что такое положение вещей несправедливо по отношению к добропорядочному налогоплательщику, случайно вступившему в связь с лжепредпринимателем, и необходима реформа налогового законодательства Республики Казахстан, которая бы устранила эту несправедливость. Налоговая задолженность лжепредпринимателя должна погашаться за его счет, но не за счет его контрагентов. На наш взгляд, вся ответственность должна ложиться на лжепредпринимателя, и, если в ходе судебного разбирательства будет доказано, что налогоплательщик при совершении сделки не знал и не мог знать о недобросовестности контрагента, признанного лжепредпринимателем, он должен освобождаться от любых налоговых, административных и уголовных последствий»¹⁸.

В этой связи предлагаем установить в рамках НК принцип добросовестности налогоплательщика. В этом случае доказательство получения необоснованной налоговой выгоды ляжет на налоговые органы, а налогоплательщик в суде сможет доказывать проявление должной степени осмотрительности при выборе контрагента по российскому примеру. Например, налогоплательщик может доказывать, что перед заключением

¹⁸ Иванов А.Е., Мосиенко А.Г. Проблемы в области налогообложения прибыли организаций в Республике Казахстан и возможности применения российского опыта для их решения. - <http://отрасли-права.пф/article/12948>

сделки с контрагентом он проявил должную степень осмотрительности путем проверки документов контрагента (то есть убедился в добросовестности контрагента), и у него есть доказательства проверки этих документов, также доказательство того, что на дату совершения сделки контрагент не был признан лжепредпринимателем¹⁹.

9. Согласно абзацу второму пункта 4 статьи 141 НК сумма авансовых платежей по корпоративному подоходному налогу, подлежащая уплате за период до сдачи декларации по корпоративному подоходному налогу за предыдущий налоговый период, исчисляется **в размере одной четвертой от общей суммы авансовых платежей**, исчисленной в расчетах сумм авансовых платежей за предыдущий налоговый период.

По пункту 6 статьи 141 НК сумма авансовых платежей по корпоративному подоходному налогу, подлежащая уплате за период после сдачи декларации по корпоративному подоходному налогу за предыдущий налоговый период, исчисляется **в размере трех четвертых от суммы корпоративного подоходного налога**, исчисленного за предыдущий налоговый период в соответствии с пунктом 1 статьи 139 и статьей 199 НК.

Относительно данных норм указывается, что авансовые платежи по КППН уплачиваются по данным за предшествующий год, то есть не учитывается финансовое положение налогоплательщика в настоящее время.

Эта проблема становится особенно актуальной в условиях общемирового экономического спада. Например, если в прошлом году налогоплательщик получал прибыль, а в отчетном году у него возникли трудности, то авансовые платежи по КППН ему придется платить исходя из прошлогодних объемов прибыли. При этом в течение отчетного года из оборота выводятся средства, необходимые для улучшения и без того пошатнувшегося финансового положения. Если же в отчетном году финансовые результаты деятельности налогоплательщика улучшаются по сравнению с предыдущим годом, вследствие чего фактическая сумма КППН за отчетный год будет выше, чем сумма КППН за предыдущий, то по результатам отчетного года ему необходимо будет доплатить в бюджет разницу между фактически исчисленной суммой КППН и уже перечисленной в бюджет суммой авансовых платежей²⁰.

При этом пункт 8 статьи 141 НК, устанавливая право налогоплательщика в течение отчетного налогового периода представить дополнительный расчет суммы авансовых платежей по КППН, за исключением дополнительного расчета суммы авансовых платежей по КППН, подлежащей уплате за период до сдачи декларации, определяет: «Суммы авансовых платежей по корпоративному подоходному налогу, подлежащие уплате за

¹⁹ Иванов А.Е., Мосиенко А.Г. Проблемы в области налогообложения прибыли организаций в Республике Казахстан и возможности применения российского опыта для их решения. - <http://отрасли-права.рф/article/12948>

²⁰ Иванов А.Е., Мосиенко А.Г. Проблемы в области налогообложения прибыли организаций в Республике Казахстан и возможности применения российского опыта для их решения. - <http://отрасли-права.рф/article/12948>

период после сдачи декларации по корпоративному подоходному налогу за предыдущий налоговый период, с учетом корректировок, указанных в дополнительных расчетах сумм авансовых платежей по корпоративному подоходному налогу, **не могут иметь отрицательное значение».**

Таким образом, переплата, осуществленная в I квартале отчетного года, такими корректировками не компенсируется. В связи с изложенным видится целесообразным изменить порядок расчета авансовых платежей по КПН по российскому образцу.²¹

Справочно:

Пункт 2 статьи 286 НК РФ:

«2. По итогам каждого отчетного (налогового) периода, если иное не предусмотрено настоящей статьей, налогоплательщики исчисляют сумму авансового платежа, исходя из ставки налога и прибыли, подлежащей налогообложению, рассчитанной нарастающим итогом с начала налогового периода до окончания отчетного (налогового) периода. В течение отчетного периода налогоплательщики исчисляют сумму ежемесячного авансового платежа в порядке, установленном настоящей статьей.

Сумма ежемесячного авансового платежа, подлежащего уплате в первом квартале текущего налогового периода, принимается равной сумме ежемесячного авансового платежа, подлежащего уплате налогоплательщиком в последнем квартале предыдущего налогового периода. Сумма ежемесячного авансового платежа, подлежащего уплате во втором квартале текущего налогового периода, принимается равной одной трети суммы авансового платежа, исчисленного за первый отчетный период текущего года.

Сумма ежемесячного авансового платежа, подлежащего уплате в третьем квартале текущего налогового периода, принимается равной одной трети разницы между суммой авансового платежа, рассчитанной по итогам полугодия, и суммой авансового платежа, рассчитанной по итогам первого квартала.

Сумма ежемесячного авансового платежа, подлежащего уплате в четвертом квартале текущего налогового периода, принимается равной одной трети разницы между суммой авансового платежа, рассчитанной по итогам девяти месяцев, и суммой авансового платежа, рассчитанной по итогам полугодия».

Кроме того необходимо признать утратившим силу часть 3 статьи 278 КоАП²², устанавливающую ответственность за превышение суммы фактически исчисленного КПН над суммой исчисленных авансовых платежей. Так как по смыслу статьи налогоплательщик уплачивает в бюджет «штраф за развитие деятельности»: «3. Превышение суммы фактически исчисленного корпоративного подоходного налога за налоговый период над суммой исчисленных авансовых платежей в течение налогового периода в размере более двадцати процентов, если это действие не содержит признаков уголовно наказуемого деяния, –

влечет штраф в размере сорока процентов от суммы превышения фактического налога».

²¹ Иванов А.Е., Мосиенко А.Г. Проблемы в области налогообложения прибыли организаций в Республике Казахстан и возможности применения российского опыта для их решения. - <http://отрасли-права.рф/article/12948>

²² Иванов А.Е., Мосиенко А.Г. Проблемы в области налогообложения прибыли организаций в Республике Казахстан и возможности применения российского опыта для их решения. - <http://отрасли-права.рф/article/12948>

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Дублирующих норм не выявлено.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. НК предусматривает для субъектов малого бизнеса три вида порядков исчисления и уплаты налогов:

общеустановленный порядок;

специальный налоговый режим на основе патента;

специальный налоговый режим на основе упрощенной декларации.

При этом по пункту 3 статьи 428 НК специальный налоговый режим не вправе применять:

1) юридические лица, имеющие филиалы, представительства;

2) филиалы, представительства юридических лиц;

3) **налогоплательщики, имеющие иные обособленные структурные подразделения и (или) объекты налогообложения в разных населенных пунктах;**

4) юридические лица, в которых доля участия других юридических лиц составляет более 25 процентов;

5) юридические лица, у которых учредитель или участник одновременно является учредителем или участником другого юридического лица, применяющего специальный налоговый режим;

6) налогоплательщики, оказывающие услуги на основании агентских договоров (соглашений).

7) некоммерческие организации;

8) организации, осуществляющие деятельность по организации и проведению международной специализированной выставки на территории Республики Казахстан.

Помимо данного перечня лиц, в пункте 3 статьи 428 НК присутствует оговорка следующего содержания: «Положение подпункта 3) настоящего пункта не распространяется на **налогоплательщиков, осуществляющих деятельность по сдаче в имущественный найм (аренду) имущества**».

Вместе с тем деятельность по сдаче в имущественный найм (аренду) имущества может являться как основным видом деятельности или единственным, так и дополнительным. Оговорка же не конкретизирует данный момент, что позволяет трактовать норму расширительно. В частности, норма не запрещает распространять ее на тех лиц, у которых данная деятельность не является единственной. Но уполномоченный орган применяет ее исключительно на лиц, у которых аренда недвижимого имущества основной вид деятельности.

Справочно:

Вопрос на интернет-ресурсе ДГД по г.Алматы:

ИП на основе СНР занимается сдачей в аренду имущества. Есть несколько объектов в разных населенных пунктах. При этом превышение предельного размера дохода и превышение численности работников нет. Необходимо ли ИП переходить на общеустановленный режим и сдавать Ф.200.00 и уплачивать 10%.

Ответ: Согласно пп.3 п.3 ст.428, СНР не вправе применять НН, имеющие иные обособленные структурные подразделения и (или) объекты налогообложения в разных населенных пунктах, однако не распространяется на налогоплательщиков, осуществляющих деятельность по сдаче в аренду имущества. В связи с чем, нет необходимости переходить на общеустановленный порядок.²³

В целях исключения многозначного понимания пункта 3 статьи 428 НК рекомендуем уточнить, ее указав, что исключение распространяется только на налогоплательщиков, единственный вид деятельности которых является сдача в имущественный найм (аренду) имущества.

2. Пункт 3 статьи 70 НК гласит: «При представлении дополнительной и (или) дополнительной по уведомлению налоговой отчетности выявленные налогоплательщиком (налоговым агентом) или налоговым органом по результатам камерального контроля в соответствии со статьями 586, 587 настоящего Кодекса суммы налогов, других обязательных платежей, **обязательных пенсионных взносов, обязательных профессиональных пенсионных взносов и социальных отчислений** подлежат внесению в бюджет без привлечения налогоплательщика (налогового агента) к ответственности, установленной законами Республики Казахстан».

Как следует из нормы, налогоплательщик не должен привлекаться к ответственности при предоставлении дополнительной налоговой отчетности по выявленным суммам налогов и отчислений в бюджет. Однако помимо этого в пункте 3 указываются ОПВ, ОППВ и СО, которые не подлежат к зачислению в бюджет.

Так, подпункт 25) статьи 1 Закона «О пенсионном обеспечении в Республике Казахстан» под **обязательными пенсионными** взносами понимает деньги, вносимые в **единый накопительный пенсионный фонд**. Также по подпункту 31) статьи 1 Закона **обязательные профессиональные пенсионные взносы** – деньги, перечисленные агентами за счет собственных средств в **единый накопительный пенсионный фонд** в пользу работников, занятых на работах с вредными (особо вредными) условиями труда, профессии которых предусмотрены перечнем производств, работ, профессий работников.

Подпункт 3) статьи 1 Закона «Об обязательном социальном страховании» под социальными отчислениями понимает **обязательные платежи**, уплачиваемые в **Государственный фонд социального страхования**, дающие право участнику системы обязательного социального страхования, за которого производились социальные отчисления, а в случае потери кормильца членам его семьи, состоявшим на его иждивении, получать социальные выплаты.

В этой связи возможно толкование, по которому за дополнительную отчетность по ОПВ, ОППВ и СО налогоплательщики будут нести ответственность. На основании этого рекомендуем доработать редакцию пункта 3 статьи 70 НК, исключив слова «подлежат внесению в бюджет».

²³ Интернет-ресурс ДГД по Г.Алматы, вкладка «100 вопросов – 100 ответов по налоговому и таможенному законодательству». - <http://almaty.kgd.gov.kz/ru/news/specialnyy-nalogovyy-rezhim-3-6316>

3. Согласно пункту 6 статьи 180-1 НК в случаях реализации **индивидуального жилого дома**, построенного лицом, его реализующим, а также имущества, указанного в подпунктах 1) – 7) пункта 1 настоящей статьи, полученного в виде наследования, благотворительной помощи (за исключением случая, предусмотренного пунктом 5 настоящей статьи), доходом от прироста стоимости является **положительная разница между ценой (стоимостью) реализации имущества и рыночной стоимостью** на реализуемое имущество на дату возникновения права собственности.

Данная формула определения дохода от прироста стоимости верная и логичная. Вместе с тем этот механизм не действует на нежилые дома (здания коммерческого пользования).

Так, пункт 1 статьи 180-1 НК определяет следующий перечень объектов, по которым возникает доход от прироста стоимости:

1) жилищ, дачных строений, гаражей, объектов личного подсобного хозяйства, находящихся на праве собственности менее года с даты регистрации права собственности;

2) земельных участков и (или) земельных долей, целевым назначением которых с даты возникновения права собственности до даты реализации являются индивидуальное жилищное строительство, дачное строительство, ведение личного подсобного хозяйства, под гараж, на которых расположены объекты, указанные в подпункте 1) настоящего пункта, находящиеся на праве собственности менее года с даты регистрации права собственности;

3) земельных участков и (или) земельных долей, целевым назначением которых с даты возникновения права собственности до даты реализации являются индивидуальное жилищное строительство, дачное строительство, ведение личного подсобного хозяйства, садоводства, под гараж, на которых не расположены объекты, указанные в подпункте 1) настоящего пункта, в случае, если период между датами составления правоустанавливающих документов на приобретение и на отчуждение земельного участка и (или) земельной доли составляет менее года;

4) земельных участков и (или) земельных долей с целевым назначением, не указанным в подпунктах 2) и 3) настоящего пункта;

5) инвестиционного золота;

6) недвижимого имущества, за исключением указанного в подпунктах 1) – 4) настоящего пункта;

7) механических транспортных средств и прицепов, подлежащих государственной регистрации, находящихся на праве собственности менее года;

8) ценных бумаг, доли участия, а также производных финансовых инструментов (за исключением производных финансовых инструментов, исполнение которых происходит путем приобретения или реализации базового актива).

В данном случае нежилое здание подпадает в группу подпункта 6) пункта 1 статьи 180-1 НК. Исходя из этого, используем подпункт 3) пункта 7

статьи 180-1 НК, согласно которому **в случаях отсутствия цены приобретения имущества** доходом от прироста стоимости является по имуществу, указанному в подпунктах 5) – 7) пункта 1, – **цена (стоимость) реализации такого имущества.**

Таким образом, если лицо построит жилое здание, то прирост стоимости равен разнице между стоимостью реализации и рыночной стоимостью (пункт 6 статьи 180-1 НК). Однако при строительстве нежилого здания приростом является стоимость реализации, причем без вычета рыночной цены здания. В связи с чем, не учитываются расходы на строительство самого здания.

На основании этого рекомендуем распространить положения пункта 6 статьи 180-1 НК не только на случаи реализации индивидуального жилого дома, но и нежилых домов.

4. Пункт 5 статьи 359 НК устанавливает порядок определения социального налога:

«Сумма социального налога, подлежащая уплате в бюджет, определяется как разница между исчисленным социальным налогом и суммой социальных отчислений, исчисленных в соответствии с Законом Республики Казахстан «Об обязательном социальном страховании».

При **превышении** суммы исчисленных социальных отчислений в Государственный фонд социального страхования над суммой исчисленного социального налога сумма социального налога, подлежащая уплате в бюджет, **считается равной нулю».**

Вместе с тем сумма социального налога, подлежащая уплате, будет равной нулю не только при превышении суммы исчисленных социальных отчислений над суммой исчисленного социального налога, но и при равенстве сумм исчисленных социальных отчислений и исчисленного социального налога. В этой связи необходимо изменить редакцию абзаца второго пункта 5 статьи 359 НК с учетом данного факта, после слов «социального налога» дополнить слова «или равенстве их сумм».

5. Пункт 10 статьи 613 НК гласит: «Налоговый орган отменяет решение об ограничении в распоряжении имуществом и акт описи имущества, составленный на основании такого решения, по форме, установленной уполномоченным органом, в случаях:

1) **погашения налогоплательщиком (налоговым агентом) сумм налоговой задолженности** - не позднее одного рабочего дня со дня погашения такой задолженности;

2) **вынесения решения уполномоченным органом или вступления в законную силу судебного акта, отменяющих в обжалуемой части уведомление о результатах проверки,** – не позднее одного рабочего дня со дня вынесения такого решения или вступления в силу такого судебного акта;

3) **отзыва налогоплательщиком (налоговым агентом) своей жалобы** на уведомление о результатах проверки – не позднее одного рабочего дня со дня отзыва такой жалобы».

Таким образом, решение об ограничении в распоряжении имуществом отменяется только в указанных пунктом 10 статьи 613 случаях. В свою очередь в обобщении судебной практики рассмотрения споров, связанных с нарушением налогового законодательства (по искам юридических лиц к налоговым органам), отмечается, что в последующем такое имущество продается с торгов и покупатель, полностью исполнивший обязательства по оплате стоимости приобретенного имущества, не может зарегистрировать за собой право собственности ввиду наличия обременения на основе решения налогового органа.

При этом в обобщении подчеркивается, что решение налогового органа об ограничении в распоряжении имуществом налогоплательщика является законным. Поскольку налоговая задолженность налогоплательщиком не погашена, имущество зарегистрировано за ним, у налогового органа отсутствуют основания для отмены решения об ограничении в распоряжении имуществом. Самим налогоплательщиком решение налогового органа в установленном законом порядке не оспорено и, соответственно, не признано незаконным. Иных правовых оснований для снятия обременения налоговым органом налоговое законодательство не предусматривает.²⁴

Справочно:

Из обобщения судебной практики рассмотрения споров, связанных с нарушением налогового законодательства:

Рычков В.А. обратился в суд с иском к РГУ «Управление государственных доходов по району М.Жумабаева Департамента государственных доходов по Северо-Казахстанской области Комитета государственных доходов Министерства финансов Республики Казахстан» о снятии обременения с автомобиля «Нива Шевроле» указывая, что 16 мая 2015 года он участвовал в электронном аукционе по реализации арестованного имущества, а именно автомобиля марки «Шевроле Нива» государственный регистрационный номер Т 518 ВО, 2008 года выпуска, и был признан победителем аукциона, что подтверждается протоколом проведения аукциона. 27 мая 2015 года между ним и РГУ «Департамент юстиции по Северо-Казахстанской области» был заключен договор купли-продажи данного автомобиля.

Согласно отчету об электронном запросе данных автоматизированной системы учета и контроля исполнительного производства на приобретенное им имущество РГУ «Управление государственных доходов по району М.Жумабаева» наложены обременения в виде ограничения в распоряжении имуществом в счет погашения налоговой отчетности. В этой связи ему не представляется возможным зарегистрировать право собственности на данный автомобиль в установленном законом порядке, ввиду имеющихся обременений, наложенных РГУ «Управление государственных доходов по району М.Жумабаева».

Решением суда района М. Жумабаева Северо-Казахстанской области от 11 сентября 2015 года иск удовлетворен, имущество освобождено от ареста.²⁵

²⁴ Обобщение судебной практики рассмотрения споров, связанных с нарушением налогового законодательства (по искам юридических лиц к налоговым органам (строка номер 147). 29 октября 2015 года г.Атырау – стр. 12-13

²⁵ Обобщение судебной практики рассмотрения споров, связанных с нарушением налогового законодательства (строка 143) 05 ноября 2015 года г.Атырау

На основании этого рекомендуем предусмотреть в качестве условия отмены решения об ограничении в распоряжении имуществом факт оплаты покупателем стоимости имущества, проданного с торгов.

6. Согласно пункту 1 статьи 155 НК объектами обложения индивидуальным подоходным налогом являются доходы физического лица в виде доходов, облагаемых у источника выплаты, и доходов, не облагаемых у источника выплаты. При этом пунктом 3 статьи 155 НК предусмотрен перечень видов доходов, которые не рассматриваются в качестве дохода физического лица.

Подпункт 20) пункта 3 статьи 155 НК определяет в качестве такого вида дохода **прирост стоимости при реализации** (передаче в качестве вклада в уставный капитал юридического лица) **жилищ**, дачных строений, гаражей, объектов личного подсобного хозяйства, находящихся на территории Республики Казахстан **на праве собственности один год и более** с даты регистрации права собственности.

Однако с 1 января 2020 года подпункт 20) пункта 3 статьи 155 НК предусмотрено исключить Законом от 18 ноября 2015 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам декларирования доходов и имущества физических лиц».

Это означает, что индивидуальный подоходный налог должен будет уплачиваться при реализации жилищ, дачных строений, гаражей, объектов личного подсобного хозяйства вне зависимости от срока нахождения объекта в собственности.

В этой связи Е. Порохов поясняет: «Большинство казахстанцев приобретали жилье еще в 80-е, 90-е годы, когда цены на него были «смешные», в рублях. В 2020 году разница между ценой покупки (приобретения) недвижимости и ценой ее продажи может быть огромной, некорректной»²⁶.

В этой связи необходимо установить механизм расчета прироста стоимости при реализации объектов, приобретенных продавцом, более 30 лет назад.

7. В соответствии с подпунктом 1) пункта 1 статьи 156 НК из доходов физического лица, подлежащих налогообложению, исключаются алименты, полученные на детей и иждивенцев.

В этой связи Е. Порохов пишет, что подвергающиеся налогообложению доходы или имущество трудоспособных членов семьи, производимое государством принудительное взыскание их налоговой задолженности всегда должны осуществляться с учетом прав всех членов семьи, включая детей и иждивенцев, а не только налогоплательщика, чье налоговое обязательство непосредственно исполняется.

²⁶ Как будут облагаться налогом сделки по продаже квартир?. – 24.01.2017г. – Интернет-ресурс Капитал.-. <https://kapital.kz/economic/56939/kak-budut-oblagatsya-nalogom-sdelki-po-prodazhe-kvartir.html>

Также ссылаясь на подпункт 1) пункта 1 статьи 156 Е. Порохов, указывает, что норма оговаривает исключение из подлежащих налогообложению доходов физического лица алиментов, полученных на детей и иждивенцев, и ничего при этом не говорит об исключении из подлежащих налогообложению доходов средств, направленных на содержание тех же детей и иждивенцев, но в благополучных и полных семьях.

По этой причине рекомендуется для устранения неравного подхода в отношении всех детей и иждивенцев налогоплательщика дополнить подпункт 1) пункта 1 статьи 156 НК словами «и другие доходы, полученные на содержание детей и иждивенцев».²⁷

8. В статье 248 НК закреплен перечень оснований освобождения оборотов по реализации товаров, работ, услуг, местом реализации которых является Республика Казахстан, от налога на добавленную стоимость. В частности обороты государственных знаков почтовой оплаты; акцизных марок; имущества, выкупленного для государственных нужд в соответствии с законодательством; услуг, оказываемых по осуществлению нотариальных действий, адвокатской деятельности и т.д.

В целях поддержки арбитражей, предлагаем освободить их от уплаты НДС по аналогии с освобождением от НДС услуг, оказываемых по осуществлению нотариальных действий, адвокатской деятельности.

При этом данная мера не окажет влияние на сборы НДС, так как в настоящий момент существует порядка 20 постоянно действующих арбитражей, что не сказывается на Республиканском бюджете.

Кроме того согласно пункту 5 статьи 568 НК минимум оборота составляет 30 000-кратный размер месячного расчетного показателя, установленного законом о республиканском бюджете и действующего на 1 января соответствующего финансового года.

Между тем в соответствии со статьей 3 Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам налогообложения и таможенного администрирования» от 30 ноября 2016 года с 1 января 2018 года до 1 января 2019 года минимум оборота составит 25 000 МРП, а с 1 января 2019 года до 1 января 2020 года Минимум оборота составит 20 000 МРП.

Падение минимума оборота может негативно сказаться на развитии арбитражей. Так как с ростом количества дел, большинство наиболее популярных арбитражей будут вынуждены встать на регистрационный учет по НДС.

²⁷ Порохов Е. Налогообложение доходов и имущества семьи. - <http://www.zakon.kz/4751226-nalogooblozhenie-dokhodov-i-imushhestva.html>

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере налогового права, НК содержит допустимое число отсылочных и бланкетных норм. Применение отсылочных и бланкетных норм является оправданным и не противоречит статье 62 Конституции и требованиям Закона «О правовых актах».

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

В соответствии с подпунктом 5) пункт 2 статьи 31 НК во исполнение налогового обязательства налогоплательщик уплачивает **исчисленные и начисленные суммы налогов** и других обязательных платежей в бюджет, авансовые и текущие платежи по налогам и другим обязательным платежам в бюджет в соответствии с особенной частью настоящего Кодекса.

Пункт 3-1 статьи 43 НК указывает, что при применении главы 17-1 налогоплательщик обязан, а орган налоговой службы вправе исчислить, начислить или пересмотреть исчисленную, начисленную сумму налогов и других обязательных платежей.

В целом по тексту НК используется довольно часто формулировка «исчисленные, начисленные и уплаченные суммы налогов». Вместе с тем не дано пояснение категорий «исчисленные налоги» и «начисленные налоги». Так, на форумах имеются вопросы к данной терминологии. В этой связи рекомендуем в рамках НК определить указанные понятия в целях их разграничения и правильного понимания правоприменителями.

Справочно:

Выдержки из форума <http://buhforum.zakon.kz>:

- Запутался в трех соснах, прошу помощи в толковании фраз в декларации по налогу на имущество и землю, форма 700. В частности, в определенных полях декларации применяются фразы - Сумма исчисленного налога, Сумма исчисленных текущих платежей, Сумма налога к начислению. Как понимать эти фразы?

*- Исчисленная сумма - это сумма налога за год, которая рассчитывается после окончания отчетного года, а именно: исчисленная сумма = ставка налога * налогооблагаемая база. Если текущие платежи, уплаченные за год, меньше исчисленной суммы, то тогда сумма к начислению = исчисленная сумма - текущие платежи.*

Если текущие платежи, уплаченные за год, больше исчисленной суммы, то тогда сумма к уменьшению = текущие платежи - исчисленная сумма

*- Эта сумма для вас будет исчисленной и одновременно суммой к начислению. (Честно говоря, мне этот термин не нравится, действительно запутывает. Надо было назвать «сумма к уплате»).*²⁸

Неясные и сложные формулировки норм НК приводит к неверному их пониманию, как со стороны налогоплательщиков, так и налоговых органов. В некоторых случаях толкование положений НК существенно разнятся, что приводит к недовольству налогоплательщиков и в целом в неверие в справедливость налоговой системы.

²⁸ Интернет –ресурс форума <http://buhforum.zakon.kz/topic/181738>. - публикация от 12.02.2017г.

Справочно:

Выдержка из форума <http://buhforum.zakon.kz>:

«...но, к сожалению, в случае спора с налоговиками боюсь, что не каждый налогоплательщик сможет отстоять свою позицию. (Не раз уже сталкивалась и знаю, как это тяжело даже когда ситуация кажется очевидной - не слушают никакие аргументы, отвечают общими фразами, иногда такое впечатление, что тебя просто троллят). И поэтому с практической точки зрения вынуждена согласиться с позицией ...».²⁹

В ряде случаев налоговый закон, казалось бы, специально призванный регулировать налоговые отношения и снимать все неясности, содержит в себе такое количество пороков в понимании отдельных его норм, что иногда вызывает обоснованные сомнения в справедливости и правомерности их самих. Налоговый закон действительно сложен в понимании, толковании и применении и не всегда однозначен.³⁰

В основном практика такова, что любые сомнения и неясные формулировки толкуются не в пользу налогоплательщика, а против него. В целях изменения подобной ситуации и соблюдения равенства положений налогоплательщиков и налоговых органов предлагаем рассмотреть вопрос закрепления в НК принципа, согласно которому любые неоднозначные и противоречивые положения налогового законодательства толкуются в пользу налогоплательщика.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона

1. Согласно подпункту 5) пункта 1 статьи 166 НК при определении дохода работника, облагаемого у источника выплаты, за каждый месяц в течение календарного года независимо от периодичности выплат применяются следующие **налоговые вычеты**:

суммы, направленные на погашение вознаграждения по займам, полученным физическим лицом-резидентом Республики Казахстан в **жилищных строительных сберегательных банках** на проведение мероприятий по улучшению жилищных условий на территории Республики Казахстан, в соответствии с законодательством Республики Казахстан о жилищных строительных сбережениях.

При этом пункт 5 статьи 166 НК гласит:

«5. Право на налоговые вычеты, установленные подпунктами 3) - 5) пункта 1 настоящей статьи, предоставляется при наличии соответствующих документов:

1) договора о пенсионном обеспечении за счет добровольных пенсионных взносов и документа, подтверждающего уплату добровольных пенсионных взносов;

²⁹ Казахстанский бухгалтерский форум. - налогообложение физических лиц-нерезидентов. -29 ноября 2016г. - <http://buhforum.zakon.kz/topic/181220>

³⁰ Порохов Е. Проблемы применения некоторых норм налогового законодательства Республики Казахстан и перспективы его развития // Специализированный ежемесячный журнал «ЮРИСТ» Специализированный ежемесячный журнал «ЮРИСТ» №7. – 2011. - <https://journal.zakon.kz/4446305-problemy-primeneniya-nekotorykh-norm.html>

2) договора страхования и документа, подтверждающего уплату страховых премий (периодических страховых взносов – в случае, если договором предусмотрена уплата страховых премий в рассрочку);

3) договора банковского займа с жилищным строительным сберегательным банком на проведение мероприятий по улучшению жилищных условий на территории Республики Казахстан и документа, подтверждающего погашение вознаграждения по указанному займу».

Таким образом, наличие договора банковского займа и соответствующая квитанция (чек), подтверждающая оплату должны быть достаточными для применения гражданином права на налоговые вычеты. Вместе с тем на практике существуют проблемы с реализацией данного права.

В частности на форуме buhforum.zakon.kz имеется запись, где указано, что автор сообщения каждый месяц обязан предоставлять по месту работы квитанцию, что соответствует требованиям НК. Однако обновление системы банка привело к тому, что квитанции не содержат информацию о номере договора. Данное обстоятельство стало причиной отказа работодателя в вычете, предусмотренного пунктом 5 статьи 166 НК РК.

Справочно:

Имею кредит в Жилстройбанке. В самом начале получения кредита отнес на работу договора с Жилстройбанком с графиками и прочим, в связи с этим часть ИПН с меня не вычитывали, но нужно каждый месяц носить ксерокс квитанций, что я действительно оплачиваю кредит.

В последние полгода (может больше) в Жилстройбанке сменилась (обновилась) система выдачи чеков, в котором указывается номер договора не банковского займа, а непосредственно изначального моего текущего счета. Из-за этого на работе мне начинают упираться и говорят, что льгот я получать не буду, что им нужно непосредственно квитанция с номером договора банковского займа.

Подскажите, как быть? Я им принес договор текущего счета, что деньги непосредственно приходят на него. Но это им не довод им в квитанции нужен именно тот номер... Как будто я делаю какие-то махинации.³¹

В этой связи рекомендуем определить в НК запрещающую норму по отказу в предоставлении налоговых вычетов гражданам, имеющим право на них. При этом проверка подлинности сведений должна быть закреплена за работодателем.

2. Согласно пункту 3 статьи 390 НК в случае приобретения юридическим лицом недвижимого имущества, находящегося в составе жилищного фонда, земельный налог подлежит исчислению **по базовым ставкам налога на земли населенных пунктов, за исключением земель, занятых жилищным фондом**, в том числе строениями и сооружениями при нем, установленным статьей 381 Кодекса.

³¹ Казахстанский бухгалтерский форум. - Вычет ИПН с заработной платы работника. -17 ноября 2016г. - <http://buhforum.zakon.kz/topic/180982>

Статья 381 НК включает в себя таблицу с Базовыми налоговыми ставками на земли населенных пунктов (за исключением придомовых земельных участков). Представленная таблица содержит следующие размеры ставок:

базовые ставки налога на земли населенных пунктов, за исключением земель, занятых жилищным фондом, в том числе строениями и сооружениями при нем;

базовые ставки налога на земли, занятые жилищным фондом, в том числе строениями и сооружениями при нем.

Пункт 3 статьи 24 Закона «О правовых актах» содержит требование к тексту нормативного правового акта, согласно которому он 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 этой связи полагаем, что редакцию пункта 3 статьи 390 НК необходимо уточнить следующим образом:

«В случае приобретения юридическим лицом недвижимого имущества, находящегося в составе жилищного фонда, земельный налог подлежит исчислению по базовым ставкам налога на земли населенных пунктов, за исключением **базовых ставок налога на земли, занятых жилищным фондом, в том числе строениями и сооружениями при нем, установленным статьей 381 настоящего Кодекса**».

То есть из содержания категории «базовые ставки налога на земли населенных пунктов» исключаются ни «земли, занятые жилищным фондом», а **«базовые ставки налога на земли, занятых жилищным фондом»**.

В этой связи изменению подлежат и наименование базовых ставок таблицы статьи 381 НК.

3. Согласно пункту 2 статьи 39 Закона «О пенсионном обеспечении в Республике Казахстан» участвовать в правоотношениях по уплате обязательных пенсионных взносов вправе граждане Республики Казахстан:

1) выполняющие работы по гражданско-правовым договорам, предметом которых является выполнение работ (оказание услуг);

2) работающие в представительствах международных организаций в Республике Казахстан, дипломатических представительствах и консульских учреждениях иностранных государств, аккредитованных в Республике Казахстан;

3) работающие за пределами Республики Казахстан.

При этом по пункту 5 статьи 25 Закона для граждан, указанных в пункте 2 статьи 39 обязательные пенсионные взносы подлежат уплате в свою пользу в единый накопительный пенсионный фонд **в размере 10 процентов от получаемого дохода**, но не менее 10 процентов от минимального размера заработной платы, установленного на соответствующий финансовый год законом о республиканском бюджете.

Между тем для других категорий граждан, не указанных в пункте 2 статьи 39, (работающих по трудовым договорам) Закон устанавливает верхний предел обязательных пенсионных взносов. Так, пункт 1 статьи 25 Закона гласит: «Обязательные пенсионные взносы, подлежащие уплате в единый накопительный пенсионный фонд, устанавливаются в размере 10 процентов от ежемесячного дохода, принимаемого для исчисления обязательных пенсионных взносов.

При этом ежемесячный доход, принимаемый для исчисления обязательных пенсионных взносов, **не должен превышать 75-кратный минимальный размер заработной платы**, установленный на соответствующий финансовый год законом о республиканском бюджете».

В данном случае не ясны различные подходы к механизму начисления обязательных пенсионных взносов для граждан, работающих по трудовым договорам и для граждан, работающих по гражданско-правовым сделкам.

На основании изложенного рекомендуем установить в Законе единые правила исчисления пенсионных взносов.

Справка
по результатам мониторинга Гражданского кодекса
Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года (Особенная часть)

Показатель 1. Общая информация о законе

1.1. Предмет правового регулирования

Гражданским законодательством регулируются товарно-денежные и иные основанные на равенстве участников имущественные отношения, а также связанные с имущественными личными неимущественные отношения.

1.2. Отрасль законодательства

В соответствии с Классификацией отраслей законодательства Республики Казахстан, утвержденной постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 декабря 2002 года № 1378, анализируемый кодекс относится к отрасли 030.000.000. Гражданское законодательство.

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства

В Послании Главы государства народу «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» отмечается, что «Мы проводим реформы, направленные на защиту частной собственности, верховенство права и обеспечение равенства всех перед законом. Эту работу надо продолжить».³²

Таким образом, можно констатировать, что анализируемый кодекс соответствует стратегическим целям государства.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Согласно статье 12 Конституции в Республике Казахстан признаются и **гарантируются права и свободы человека** в соответствии с Конституцией. Права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов.

При этом по пункту 4 статьи 952 ГК РК, **моральный вред, причиненный действиями (бездействием), нарушающими имущественные права гражданина, возмещению не подлежит**, кроме случаев, предусмотренных законодательными актами.

Так, согласно пункту 1 статьи 951 ГК РК моральный вред - это нарушение, умаление или лишение личных неимущественных благ и прав физических лиц, в том числе нравственные или физические страдания (унижение, раздражение, подавленность, гнев, стыд, отчаяние, физическая боль, ущербность, дискомфортное состояние и т.п.), испытываемые (претерпеваемые, переживаемые) потерпевшим в результате совершенного против него правонарушения.

³² Послание Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 г. «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность».

Таким образом, моральный вред это причинение физических или нравственных страданий, возникающих не только при причинении неимущественного вреда, но и имущественного.

Однако позиция гражданского законодательства такова, что моральный вред подлежит возмещению в случае нарушения неимущественных прав с игнорированием возмещения морального вреда при нарушении имущественных прав за исключением отдельных моментов.

Ненадлежащее исполнение обязательства, затрагивающих имущественные права должника (например, уклонение от возврата денег по договору займа; неисполнение обязательства по договору купли-продажи в части оплаты покупки или передачи предмета сделки), в соответствии с пунктом 4 статьи 951 ГК РК, исключает возможность компенсации морального вреда в денежном выражении. Вышеуказанными примерами охватывается малая часть деяний, связанных с посягательством на имущественные права граждан. Вместе с тем, нельзя отрицать наличие серьезных душевных страданий у человека, которому причинен какой-либо имущественный ущерб. Зачастую они оказываются более серьезными, по сравнению с переживаниями, возникшими от посягательства на нематериальные блага личности. Это выражается в физических страданиях при невозможности обеспечить удовлетворение зачастую даже первичных потребностей, а также и в нравственных страданиях в результате осознания невозможности воспользоваться провозглашенными правами при отсутствии материальных средств, ограничении своей свободы, понимании даже формального неравноправия, ощущении незащищенности себя и своей семьи³³.

Кроме того в соответствии со статьями 142 и 352 ГК РК моральный вред, причиненный нарушением имущественных прав, возмещается:

при одновременном нарушении личных неимущественных и имущественных прав размер возмещения имущественного вреда увеличивается с учетом компенсации, причитающейся потерпевшему за нарушение личных неимущественных прав (статья 142 ГК РК);

моральный ущерб, причиненный нарушением обязательства, возмещается сверх убытков, предусмотренных статьей 350 ГК РК (статья 352 ГК РК).

В этой связи считаем целесообразным в рамках ГК РК изменение принципа, согласно которому не предполагается возмещение морального вреда, возникающего при нарушении имущественных прав.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

³³Зайнутдинова Н.М. Проблемные вопросы, связанные с возмещением морального вреда в законодательстве Республики Казахстан <http://www.vestnik-kafu.info/journal/3/73/>

Анализируемый кодекс обеспечивает выполнение и реализацию принятых международных обязательств государства в действующем национальном законодательстве.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан

Рассматриваемый кодекс соответствует нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

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

1. В соответствии с пунктом 3 статьи 835 ГК РК **неуведомление** страховщика о наступлении страхового случая **дает ему право отказать** в страховой выплате, если не будет доказано, что страховщик своевременно узнал о наступлении страхового случая либо отсутствие у страховщика сведений об этом не могло сказаться на его обязанности осуществить страховую выплату.

Вместе с тем по пункту 3 статьи 24 Закона «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности перевозчика перед пассажирами» **несвоевременное уведомление** или несообщение страховщику о наступлении страхового случая **не может служить основанием для отказа** в страховой выплате, если оно обусловлено **уважительными причинами** и представлены соответствующие документы, подтверждающие факт наступления страхового случая, причинения вреда жизни или здоровью потерпевшего, и имущество для оценки в том состоянии, в котором оно находилось непосредственно после наступления страхового случая.

Таким образом, пункт 3 статьи 24 Закона противоречит пункту 3 статьи 835 ГК РК, в соответствии с которым неуведомление страховщика о наступлении страхового случая дает ему право отказать в страховой выплате, если не будет доказано, что страховщик своевременно узнал о наступлении страхового случая либо отсутствие у страховщика сведений об этом не могло сказаться на его обязанности осуществить страховую выплату.

Ввиду значения и цели договора страхования, направленного в том числе и на защиту имущественных интересов, положения специальных законодательных актов больше представляются более приемлемыми, нежели положения ГК РК.

Также пунктами 2 и 3 статьи 839 ГК РК указаны следующие случаи освобождения страховщика от осуществления страховой выплаты:

- 1) воздействия ядерного взрыва, радиации или радиоактивного заражения;
- 2) военных действий;
- 3) гражданской войны, народных волнений всякого рода, массовых беспорядков или забастовок.

4) за убытки, возникшие вследствие изъятия, конфискации, реквизиции, ареста или уничтожения застрахованного имущества по распоряжению государственных органов.

Вместе с тем положения специальных законодательных актов, регламентирующих обязательные виды страхования, ограничивают право страховщика отказывать в осуществлении страховой выплаты по иным основаниям, не предусмотренным в данных актах. К таким видам страхования относятся обязательное страхование гражданско-правовой ответственности туроператора и турагента, владельцев транспортных средств, аудиторских организаций и др.

Так, пункт 5 статьи 20 Закона «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности туроператора и турагента», пункт 6 статьи 29 Закона «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности владельцев транспортных средств», пункт 5 статьи 21 Закона «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности аудиторских организаций» устанавливают, что страховщик не вправе отказать в страховой выплате по основаниям, не предусмотренным статьей.

Поскольку ГК РК в силу своего правового статуса закладывает основные положения страховой деятельности, которые получают дальнейшую детализацию в специальных законодательных актах, представляется целесообразным внести в него некоторые поправки следующего характера:

1) исключить право страховщика отказывать в осуществлении страховой выплаты при его неуведомлении или несвоевременном уведомлении о наступлении страхового случая, если оно обусловлено причинами, не зависящими от воли страхователя или при уважительных причинах, перечень которых можно оговорить в договорах страхования;

2) исключить из оснований освобождения страховщика от осуществления страховой выплаты за убытки, возникшие вследствие изъятия, конфискации, реквизиции, ареста или уничтожения застрахованного имущества по распоряжению государственных органов. В случае необходимости стороны имеют право предусмотреть данные основания в договоре страхования.³⁴

2. Согласно пункту 1 статьи 1072-1 ГК РК принятие наследства осуществляется **подачей** по месту открытия наследства нотариусу или уполномоченному в соответствии с законом на выдачу свидетельства о праве на наследство должностному лицу **заявления наследника** о принятии наследства либо заявления наследника о выдаче свидетельства о праве на наследство.

³⁴ Елеусизова И.К. Некоторые вопросы совершенствования законодательства Республики Казахстан в сфере страхования предпринимательского риска// Вестник Института законодательства Республики Казахстан, №1 (42)-2016 г.

Также пункт 1 статьи 1072-2 ГК РК указывает следующие сроки принятия наследства:

«1. Наследство может быть принято в течение шести месяцев со дня открытия наследства. В случае открытия наследства в день предполагаемой смерти гражданина или объявления его умершим (пункт 2 статьи 1042 настоящего Кодекса) наследство **может быть принято в течение шести месяцев** со дня смерти наследодателя, а при объявлении его умершим - со дня вступления в законную силу решения суда об объявлении гражданина умершим, если в решении суда не указан иной день».

Относительно практики применения настоящей нормы указывается: «Нотариальная практика стала исходить из того, что закон устанавливает активные действия наследника по принятию наследства, которые он должен совершить в течение шести месяцев после открытия наследства, иные наследники, которые не обратятся с соответствующим заявлением к нотариусу, должны быть исключены из круга лиц, которым выдается свидетельство о наследстве».³⁵

Вместе с тем подобное использование пункта 1 статьи 1072-1 ГК РК, а также сроки установленные в пункте 1 статьи 1072-2 ГК РК противоречат статье 1077 ГК РК, пункты 1, 2, 3, которого устанавливают:

«1. Если среди наследников имеются лица, место нахождения которых неизвестно, остальные наследники, исполнитель завещания (управляющий наследством) и нотариус обязаны принять разумные меры к установлению их места нахождения и призыванию их к наследованию.

2. Если призванный к наследованию отсутствующий наследник, место нахождения которого установлено, не отказался от наследства в течение срока, предусмотренного статьей 1074 настоящего Кодекса, остальные наследники обязаны известить его о своем намерении произвести раздел наследства.

Если в течение трех месяцев с момента извещения, предусмотренного предыдущей частью, отсутствующий наследник не уведомит остальных наследников о своем желании участвовать в соглашении о разделе наследства, остальные наследники вправе произвести раздел по соглашению между собой, выделив долю, причитающуюся отсутствующему наследнику.

3. Если в течение одного года со дня открытия наследства место нахождения отсутствующего наследника не установлено, и нет сведений о его отказе от наследства, остальные наследники вправе произвести раздел по правилам части второй пункта 2 настоящей статьи».

Таким образом, обнаруживается противоречие в части процедуры установления наследников и сроков принятия наследства. Если по пункту 1072-1 ГК РК нотариус не совершает активных действий по поиску наследников, то по статье 1077 ГК РК такие действия им должны быть совершены.

³⁵ Бурибаев Е.А., Хамзина Ж.А. Актуальные проблемы принятия наследства//<https://www.zakon.kz/4667742-aktualnye-problemy-prinjatija.html>

Кроме того по пункту 1 статьи 1072-2 наследство принимается в течение шести месяцев. Вместе с тем по пункту 3 статьи 1077 у наследника имеется срок в один год для принятия наследства.

Относительно статьи 1077 ГК РК Диденко А.Г. пишет: «Эта норма была рассчитана на систему автоматического приобретения наследства, когда право на наследство возникало у наследника с момента открытия наследства. Наследник, не заявлявший своих прав на наследство, мог объявиться через какой угодно промежуток времени после открытия наследства и потребовать свою часть наследства. Статья 1077 ГК РК обеспечивала интересы таких наследников. Внесенные в ГК РК изменения исключают возможность приобретения наследства без акта принятия, поэтому отсутствующий наследник для возникновения права на наследство должен принять наследство в шестимесячный срок (с возможностью его продления судом при наличии уважительных причин). Если он этого не сделал, то он теряет право на наследство и, следовательно, на тот способ защиты его интересов, который предусмотрен пунктом 3 статьи 1077 ГК РК. Налицо явное внутреннее противоречие между двумя нормами о принятии наследства. К сожалению, законодательство и доктрина не дают ответа на вопрос о путях разрешения противоречий между нормами равного объема (то есть не относящихся одна к общей, другая - к специальной) внутри одного нормативного правового акта, поэтому данное несоответствие нельзя решить путем толкования, требуется законодательное решение»³⁶.

В целях защиты прав всех наследников, а также исключения понимания в качестве обстоятельства лишения права на наследство «пропуск шестимесячного срока» рекомендуем изменить редакцию статей 1072-1 и 1072-2 с учетом содержания статей 1077 ГК РК.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Устаревшие нормы не выявлены.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

1. Согласно пункту 2 статьи 380 ГК РК стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законодательством. Следовательно, перечень договоров носит незакрытый характер. Особенно актуально это правило для деятельности коммерческих организаций, поскольку в современной договорной практике возникают потребности, не укладывающиеся в установленные законом конструкции гражданско-правовых договоров.

Являясь инструментальной частью механизма правового регулирования, договор дает возможность субъектам коммерческой деятельности самим организовать собственную деятельность путем установления взаимных прав и обязанностей. Названные правомочия

³⁶ Диденко А.Г. Об изменениях наследственного законодательства Республики Казахстан // <https://www.zakon.kz/96090-ob-izmenenijakh-nasledstvennogo.html>

гражданско-правового договора имеют особое значение в договорных отношениях, представляющих собой нетипичные договорные конструкции.

Однако ни понятие **«предпринимательский договор»**, ни понятие «коммерческие сделки» не получили своего содержания в законодательстве. Более того, можно утверждать, что происходит сближение и даже слияние таких правовых категорий, как предпринимательские договоры и коммерческие сделки.³⁷

Верное понятийно-теоретическое осмысление договорных отношений в коммерческом обороте актуально потому, что сложилась довольно устойчивая и признаваемая в теории и правоприменительной практике правовая категория, противопоставляемая коммерческим сделкам - **потребительские договоры**. В научной литературе потребительский договор - это договор, по которому одна сторона (лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность) обязуется передать имущество в собственность или во временное владение и пользование, выполнить работу или оказать услугу другой стороне - потребителю, а потребитель обязуется принять это имущество, результаты работы или услуги на возмездной основе.³⁸

Поэтому основная идея формирования категории «предпринимательские договоры» состоит в том, чтобы отделить правовое регулирование потребительских сделок, которые являются предметом специального правового регулирования, носящего преимущественно императивный характер и направленного на защиту потребителя, то есть стороны, вступающей в договор не в процессе осуществления предпринимательской деятельности.

Кроме того в законодательстве отсутствует четкое различие между **гражданско-правовыми договорами** и предпринимательскими договорами.

Природа предпринимательских договоров - гражданско-правовая. Предпринимательские договора - составная часть гражданско-правовых договоров, они имеют общую со всеми гражданско-правовыми договорами сущность. Само понятие «предпринимательский договор» вытекает из общего понятия гражданско-правового договора, данного в статье 378 ГК РК.

Как указывает В.В. Витрянский: «Обозначение договора или группы договоров как «предпринимательских» носит условный характер: такой класс договоров не предусмотрен ГК и иным законодательством. Вместе с тем законодательством обеспечивается дифференцированное (специальное) регулирование».³⁹

В частности отметим следующие статьи:
статья 595 «Договор проката»:

³⁷ Бельх В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности России. М.: Проспект, 2005

³⁸ Дашко А.В. Теоретико-прикладное моделирование договорных отношений с участием потребителей: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005

³⁹ Витрянский В.В. Ответственность за нарушения «предпринимательского договора» // Материалы ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся (М., 24 октября 2007 г.). М.: Юриспруденция, 2008

«По договору проката наймодатель, осуществляющий сдачу движимого имущества внаем в качестве постоянной предпринимательской деятельности, обязуется предоставить нанимателю имущество за плату во временное владение и пользование»;

статья 640 «Договор бытового подряда»:

«По договору бытового подряда подрядчик, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется выполнить по заданию гражданина-заказчика определенную работу, предназначенную удовлетворить бытовые или другие личные потребности заказчика, а заказчик обязуется принять результаты работы и оплатить ее»;

статья 769 «Договор о принятии вещи на хранение»:

«Хранитель, осуществляющий хранение в качестве предпринимательской деятельности, может взять на себя по договору обязательство принимать на хранение вещи поклажедателя и хранить переданные поклажедателем вещи в соответствии с положениями настоящей главы».

Таким образом предпринимательские договоры представлены соответствующей группой гражданско-правовых договоров, отвечающих заранее определенным требованиям. На сегодняшний день в юридической литературе сложилась довольно устойчивая группа критериев, позволяющих выделить предпринимательские договоры из всей совокупности гражданско-правовых договоров.

К указанным критериям можно отнести: связь с предпринимательской деятельностью или, как пишет В.Ф. Попондопуло, наличие предпринимательской цели договора,⁴⁰ то есть применение тех или иных договоров для удовлетворения экономических потребностей предпринимателей в процессе предпринимательской деятельности; наличие хотя бы с одной стороны специального субъекта - предпринимателя, действующего в сфере предпринимательской деятельности в установленной законом соответствующей организационно-правовой форме.

Возможно и деление предпринимательских договоров на две группы:

К первой группе договоров относятся те, в которых одной из сторон в силу закона может быть только предприниматель. К таким договорам можно отнести розничную куплю-продажу, энергоснабжение, прокат, бытовой подряд, строительный подряд, подряд на выполнение проектных и изыскательных работ, возмездное оказание услуг, перевозку, транспортную экспедицию, банковский вклад, хранение на товарном складе, страхование и т.п.

Ко второй группе относятся сделки, в которых с обеих сторон выступают предприниматели, вступающие в правоотношения с целью получения прибыли. В круг данных договоров входят: поставка, контрактация, лизинг, аренда предприятия, договор финансирования под уступку денежного требования, договор банковского счета и т.п.

⁴⁰ Попондопуло В.Ф. Коммерческое (предпринимательское) право России. 2-е изд. М., 2006.

Вместе с тем, учитывая наличие специального правового регулирования предпринимательской деятельности, существуют договоры, которые никогда не могут быть предпринимательскими, например договор дарения (статья 506 ГК РК).

Наличие специального законодательства позволяет утверждать, что наблюдается развитие дифференцированного правового регулирования предпринимательских договоров. В частности, статья 17 Закона «О туристской деятельности в Республике Казахстан» посвящена договору на туристское обслуживание. Существенные условия договора на туристское обслуживание устанавливаются типовым договором, утвержденным Правительством Республики Казахстан. Данное обстоятельство отражает обособление и развитие самостоятельной группы договоров - предпринимательских договоров.⁴¹

Однако гражданское законодательство и специальное законодательство недостаточное для создания полноценного механизма правового регулирования договорных отношений с участием предпринимателей, в этой связи предлагаем рассмотреть вопрос по классификации договоров в особенной части, с выделением предпринимательских договоров, как отдельного вида гражданских договоров.

2. Глава 30 ГК РК включает в себя три статьи о найме жилища: статья 601 «Наем жилища», статья 602 «Договор найма жилища в домах государственного жилищного фонда», статья 603 «Договор найма жилища в домах частного жилищного фонда».

Согласно пункту 1 статьи 601 по договору найма жилища собственник жилища или уполномоченное им лицо (наймодатель) обязуется предоставить гражданину (нанимателю) и членам его семьи жилище **в пользование за плату**.

Договор найма жилища в домах государственного жилищного фонда заключается на основании решения местного исполнительного органа, государственного учреждения или государственного предприятия о предоставлении жилища. Условия предоставления жилища, права и обязанности сторон, основания изменения и расторжения договора найма жилища в домах государственного жилищного фонда устанавливаются жилищным законодательством (статья 602 ГК РК).

Условия найма жилища в домах частного жилищного фонда определяются соглашением сторон, если иное не предусмотрено жилищным законодательством (статья 603 ГК РК).

Следовательно договор найма по своей юридической природе является консенсуальным, двусторонне-обязывающим, возмездным. Подобная характеристика сближает рассматриваемый договор с договором имущественного найма (аренды) – статья 540 ГК РК, согласно которой: «По

⁴¹ Илюшина М.И. Понятие, признаки и место предпринимательских договоров в системе гражданско-правовых договоров // Законы России. – Интернет-ресурс elibrary

договору имущественного найма (аренды) наймода­тель обязуется предоставить нанимателю имущество за плату во временное владение и пользование».

Так, определение договора имущественного найма (аренды) и найма жилища содержат ряд совпадающих признаков: по тому и другому договору одна сторона обязуется предоставить другой стороне за плату во владение и пользование (во временное пользование) имущество.

Относительно различий в определениях того и другого договора следует отметить, что, как предусмотрено в статье 540 ГК РК, предметом договора аренды является имущество. Между тем в силу статьи 601 ГК РК предметом договора найма жилища служит конкретная разновидность имущества - жилое помещение. В определении договора найма жилища, в отличие от договора аренды, отсутствует указание на временный его характер.

Таким образом, договор найма жилища представляет собой разновидность имущественного найма (аренды). Это означает, что договор имущественного найма (аренды), в принципе, может быть заключен по поводу любого имущества, в том числе и жилого помещения. Тем самым предмет у одного договора охватывает предмет другого.

Большинство авторов считает договор найма жилого помещения самостоятельным видом договоров: «Отнесение договоров найма жилого помещения к типу договоров имущественного найма (аренде) разрушило бы относительное единство жилищного законодательства»⁴².

Сторонники другой точки зрения рассматривают договор найма жилого помещения как разновидность договора имущественного найма — аренды⁴³. В этой связи М.А. Кислякова, указывает, что существенных различий между договором аренды и договором найма вообще не существует, а разделение этих договоров проводится только в правоприменительной практике, которая исходит из того, что наем относится к жилым помещениям, а аренда — к нежилым. Общим признаком для обоих договоров выступает их предмет — недвижимость, следовательно, по мнению М.А. Кисляковой, нет необходимости выносить договор найма в отдельную главу ГК, а сделать договор аренды жилого помещения частным вариантом договора аренды.⁴⁴

Потребительская направленность договора найма жилища позволила выделить его в отдельный тип договора, отличный от договора аренды. В связи с этим к договору найма жилища не применяются как общие положения договора аренды, так и нормы, регламентирующие аренду отдельных видов имущества, в частности зданий и сооружений.⁴⁵ Но в тоже

⁴² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая. Договоры о передаче имущества. — М., 2002.

⁴³ Маслов В.Ф. Право на жилище. — Харьков, 1986.

⁴⁴ Кислякова М.А. Особенности правового регулирования оборота жилой недвижимости // Современное право. 2003. № 10

⁴⁵ Кириченко И.Н. Договор коммерческого найма жилого помещения и смежные гражданско-правовые договоры // Правовое регулирование экономической деятельности. — Интернет-ресурс eLibrary

время сходство данных договоров позволяет рекомендовать включение главы 30 ГК РК «Наем жилища» в главу 29 ГК РК «Имущественный наем (аренда)», что позволит применять общие положения договора имущественного найма (аренды) при найме жилища.

3. Глава 33 ГК РК посвящена возмездному оказанию услуг и состоит из пяти статей:

статья 683. Договор возмездного оказания услуг;

статья 684. Исполнение договора возмездного оказания услуг;

статья 685. Оплата услуг;

статья 686. Односторонний отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг;

статья 687. Правовое регулирование договора возмездного оказания услуг.

Сегодня целый ряд договоров об оказании отдельных видов услуг могут претендовать на специфический правовой режим в рамках главы 33 ГК РК: услуги связи, медицинские, образовательные, аудиторские, информационные, маркетинговые, маклерские, по туристическому обслуживанию и др. Возможно, что в дальнейшем нормы, регулирующие оказание поименованных услуг, обретут статус устойчивого договорного типа и образуют самостоятельный правовой институт. Процесс становления новых договорных типов будет осуществляться по мере накопления и нормативного оформления специфических юридических признаков договора. Итак, возможно, что сценарий такого образования в ГК РК будет представлен на первом этапе дифференциацией норм о договорах, отражающих видовые особенности того или иного договора возмездного оказания услуг в рамках главы 33 ГК РК. На втором этапе - отделение норм в самостоятельный правовой институт, но при условии наличия объективных предпосылок - критериев, свидетельствующих о новом типе договора.

Объективные предпосылки ведут к дифференциации режимов правового регулирования, появлению новых и новых правовых институтов. Между тем дифференциация правовых режимов скрывает в себе некую опасность зарегулированности, объективного сужения инициативности сторон. На данном этапе целесообразно **усилить общие положения** главы 33 ГК РК, что не исключает параллельного развития норм, посвящённых правовому регулированию отдельных видов договоров возмездного оказания услуг, прежде всего на уровне источников, относящихся к гражданскому законодательству.⁴⁶

Можно предположить, что в ближайшие годы кодификацией будут охвачены нормы, регулирующие отношения об оказании таких наукоемких услуг, как инжиниринг, эффективный менеджмент, маркетинговые исследования, информационные, телекоммуникационные и др. Существуют предпосылки и для обособления норм, в рамках главы 33 ГК РК, которые

⁴⁶ Сеитова Ж.Ж. Перспективы развития отношений возмездного оказания услуг// Вестник КазНУ. – 2011 // <https://articlekz.com/article/9791>

будут предусматривать специфику правового режима заключения государственных контрактов на выполнение наукоемких услуг. Углубится процесс публикации правового регулирования отношений в сфере услуг, оказываемых профессиональными участниками гражданского оборота потребителям. Многие услуги будут оказываться с использованием электронно-вычислительной техники. Электронная коммерция в сфере услуг все пристальнее будет обращать внимание цивилистов к проблемам специфики правового режима заключения сделок с использованием электронного документооборота, правовой защиты базы данных, содержащих сведения, касающиеся личных неимущественных прав граждан. Следовательно, объект информационных услуг и способы передачи подобной информации должны быть подвергнуты более тщательному нормативному урегулированию.⁴⁷

Таким образом, теоретической проработки требует вопрос о возможности объединения правовых институтов, регулирующих отношения по возмездному оказанию услуг, в структурное подразделение более общего уровня, в котором можно было бы сформировать «общую часть», характерную для всех договоров возмездного оказания услуг. В этом смысле полезной представляется наработка нормативного материала и практика его применения в рамках главы 33 «Возмездное оказание услуг», включающей нормы, которые формируют ее «общую часть».⁴⁸

Так, **Е.Г. Шабловой** были сформулированы концептуальные положения о перспективах развития правового института возмездного оказания услуг, во-первых, в направлении совершенствования путем уточнения и детализации общих положений о договорах возмездного оказания услуг в ГК; во-вторых, выделения в рамках данного типа договора его разновидностей путем формирования совокупности специальных норм, входящих в состав договорного института возмездного оказания услуг, закрепляемых на уровне источников, относящихся к гражданскому законодательству.⁴⁹

В связи с чем, видится необходимым пересмотр структуры ГК РК и выделения части более общего уровня, объединяющего все договоры оказания услуг.

4. Глава 33 ГК РК посвящена вопросам возмездного оказания услуг. Согласно пункту 1 статьи 683 по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

⁴⁷ Шаблова Е.Г. Договор франчайзинга в американском праве// Преобразование в управлении предприятиями в постиндустриальной экономике: Сб. науч. ст.. Екатеринбург, 1999.

⁴⁸ Сеитова Ж.Ж. Перспективы развития отношений возмездного оказания услуг// Вестник КазНУ. – 2011 // <https://articlekz.com/article/9791>

⁴⁹ Шаблова Е. Г. Гражданско-правовое регулирование отношений возмездного оказания услуг: Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук.- Екатеринбург, 2003. -45 с. // <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=131344>

Вместе с тем гражданин, не осуществляющий соответствующую предпринимательскую деятельность, но обладающий соответствующими знаниями, умениями и навыками, вправе бескорыстно (безвозмездно) оказать определенную услугу, выполнить определенную работу любому физическому и юридическому лицу. Никто не вправе запретить собственнику любого транспорта (автомобильного, воздушного, железнодорожного, морского, внутреннего водного, гужевого) оказать бесплатную услугу по перевозке грузов, пассажиров и багажа для знакомых и незнакомых граждан, для организаций, когда к нему обращаются с подобной просьбой либо когда он по собственной воле проявляет инициативу.⁵⁰

В этой связи следует обсудить вопрос о правовом регулировании договоров о безвозмездном оказании услуг и предусмотреть в ГК РК специальные нормы о таких договорах, где не предполагается оплата таких услуг.

5. Статья 616 ГК РК устанавливая положения о подряде, гласит:

«1. По договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) **определенную работу** и сдать **ее результат** заказчику в установленный срок, а заказчик обязуется **принять результат работы и оплатить его** (уплатить цену работы). Работа выполняется за риск подрядчика, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором.

2. Если иное не предусмотрено договором, подрядчик **самостоятельно определяет способы выполнения задания заказчика**.

3. К отдельным видам договора подряда (бытовой подряд, строительный подряд, подряд на проектные или изыскательские работы, подряд на научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы) положения, предусмотренные настоящим параграфом, применяются, если иное не установлено правилами настоящего Кодекса о договорах этих видов.

4. Отношения по отдельным видам договора подряда могут регулироваться наряду с настоящим Кодексом также законодательными актами об отдельных видах договоров подряда».

При этом статья 683 ГК РК определяет, что по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика **оказать услуги** (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется **оплатить эти услуги**.

Одновременно пункт 2 статьи 683 ГК РК уточняет: «Правила настоящей главы применяются к договорам оказания услуг связи, медицинских, ветеринарных, аудиторских, консультационных, информационных услуг, услуг по обучению, туристическому обслуживанию и иных, **за исключением услуг, оказываемых по договорам, предусмотренным главами 32, 34, 35, 39, 41, 43, 44 настоящего Кодекса**».

⁵⁰ Нарозников. Н.К. Безвозмездное оказание услуг // <https://www.lawmix.ru/comm/1563>

Следовательно, ГК РК определяет два вида договора, которые имеют смежный предмет регулирования: подряд (глава 32) и оказание услуг (глава 33). При этом кодексом не дано определение понятия «услуги», что усложняет разграничение подряда и услуги.

Так пункт 4 статьи 616 ГК РК указывает, что правила главы 33 (услуги) не применимы **к услугам, предусмотренным главой 32 (поряд)** ГК РК. То есть предполагается, что в главе, посвященной подряду, речь идет все-таки об услугах.

С другой стороны если проанализировать статьи 616 и 683 ГК РК, то можно сделать вывод, что статья 616 ГК РК обязывает подрядчика не просто выполнить работу в соответствии с условиями подряда, а сдать ее результат заказчику, то есть результат работы отделим от личности подрядчика, в то время как диспозиция статьи 683 ГК РК обязывает исполнителя лишь совершить определенные действия, тем самым оказать услугу, а заказчик обязан ее оплатить, то есть акт приема-передачи услуги отсутствует. Из чего можно сделать вывод, что услуга не имеет материального выражения.

Аналогично подпункт 6) статьи 1 Закона «О защите прав потребителей» определяет под услугой деятельность, направленную на удовлетворение потребностей потребителей, результаты которой **не имеют материального выражения.**

Вместе с тем в литературе высказаны иные научные взгляды, например, А.Ю. Кабалкин полагает, что отсутствие вещественной формы, не является главным отличительным признаком. Он приводит аргументы о том, что результатом оказания некоторых услуг (брокера, коммерческого представителя, патентного поверенного, агента, адвоката) могут быть вполне овеществленные, материальные предметы (ценные бумаги, патенты, объекты недвижимости), которые вполне отделимы от услугодателей и существуют в качестве самостоятельных объектов гражданских прав. Поэтому признак материальности и делимости результата от работы исполнителя, присущий как подряду, так и некоторым отношениям по оказанию услуг, не является, по мнению А.Ю. Кабалкина, универсальным для отграничения этих правовых типов.⁵¹

Следовательно, деление услуг на нематериальные (медицинская помощь, перевозка, образование, консалтинг и т.п.) и материальные (ремонт бытовой техники, индивидуальный пошив одежды и т.п.), не соответствует реально сложившимся обстоятельствам.⁵²

В целях исключения размытости границ между подрядом и оказанием услуги целесообразно установить в ГК РК определения данных категорий с обозначением критериев их разграничения. При этом если основным критерием разграничения является «материальность выражения результата

⁵¹ Кабалкин А.Ю. Возмездное оказание услуг// Гражданское право. Учебник. Часть 2 /Под ред. А.Г. Калпина. - М., 2000.

⁵² Соотношение подряда и услуги в гражданском праве Республики Казахстан

//http://www.rusnauka.com/5_NITS_2015/Pravo/9_187303.doc.htm

подряда», то также целесообразно установить, что подразумевается под материальностью.

Например, медицинская стоматологическая услуга аналогично подряду может иметь материальный результат в виде зуба. При этом обследование или измерение трубопровода не имеет материального результата, однако деятельность вполне может иметь выражение в договоре подряда. В данном случае необходимо определить будут ли письменные документы (чертежи, схемы, отчет) являться материальным выражением результата или нет.

6. Пункт 2 статьи 519 ГК РК определяет: «В случаях, когда договором ренты предусматривается передача имущества за плату, к отношениям сторон по передаче и оплате применяются правила о договоре купли-продажи (глава 25 настоящего Кодекса), а в случаях, когда такое имущество **передается бесплатно - правила о договоре дарения** (глава 27 настоящего Кодекса), если иное не установлено правилами настоящей главы и не противоречит существу договора».

Однако договор ренты, по которому имущество передается без оплаты, в такой же степени является возмездным, как и договор, в котором предусматривается передача имущества за плату. В связи с этим дарение и рента, хотя и характеризуются одинаковой направленностью, все же находятся в различных нормативных плоскостях: договор дарения – в правовом поле, отражающем специфику безвозмездных обязательств, а договор ренты – в правовом поле возмездных договоров. По этой причине полагаем, что к договорам ренты, в том числе и договорам пожизненного содержания с иждивением нормы о дарении неприменимы.

Игнорирование данного принципа приводит к необоснованному распространению на ренту не свойственных ей правовых норм. Весьма затруднительно обосновать применение к отношениям ренты таких правил института дарения, как отказ одаряемого принять дар, ограничение, запрещение и отмена дарения и др.

В связи с этим предлагается исключить из ГК РК правила, касающиеся возможности применения к отношениям сторон по передаче и оплате имущества под выплату ренты правил о договоре дарения, а также отчуждения имущества под выплату ренты бесплатно.⁵³

7. Статья 604 ГК РК гласит: «1. По договору безвозмездного пользования имуществом (договору ссуды) одна сторона (ссудодатель) передает имущество в безвозмездное временное пользование другой стороне (ссудополучателю), а последняя обязуется вернуть то же имущество в том состоянии, в каком она его получила, с учетом нормального износа, или в состоянии, обусловленном договором.

2. К договору безвозмездного пользования имуществом соответственно применяются правила статьи 541, пункта 1 и части первой пункта 2 статьи

⁵³ Елеусизова И.К., Шамшекбаев Д.М. Некоторые вопросы правового регулирования договора ренты по законодательству Республики Казахстан // Вестник Института законодательства Республики Казахстан, №4 (40)-2015 г.

545, статьи 550, статьи 555, подпунктов 1), 2), 4) пункта 2 статьи **556**, статьи **558** настоящего Кодекса.

3. К договору безвозмездного пользования государственным имуществом применяются положения настоящего Кодекса с особенностями, установленными законодательным актом Республики Казахстан о государственном имуществе и иными законодательными актами Республики Казахстан».

Однако термин «ссуда» на практике также понимается как **заем**, выдаваемый банками или иными юридическими лицами. Так, пункт 3 статьи 11 Закона «О льготах и социальной защите участников, инвалидов Великой Отечественной войны и лиц, приравненных к ним» предусматривает, что участникам войны предоставляется первоочередное право на получение земельных участков и **ссуд под пятипроцентный льготный кредит** на 30 лет без первоначального накопления на ссудо-сберегательных счетах с учетом их платежеспособности для индивидуального жилищного строительства.

Вместе с тем правовая природа договоров безвозмездного оказания услуг и займа разная. Если по договору безвозмездного пользования предметом может быть любое имущество, передаваемое во временное пользование и владение, то по договору займа – деньги или вещи, определенные родовыми признаками, передаются в собственность (хозяйственное ведение, оперативное управление).

Отличительной чертой договора ссуды является его безвозмездность, в то время как заемщик по договору займа может быть обязан договором уплачивать соответствующие проценты⁵⁴.

Кроме того по пункту 2 статьи 604 ГК РК к договору безвозмездного пользования имуществом применяются правила статьи 558 ГК РК, которая устанавливает право сторон в любое время отказаться от договора, предупредив письменно об этом другую сторону **не менее чем за три месяца** - при найме недвижимости и **за один месяц** - при найме иного имущества, если законодательными актами или договором не предусмотрено иное.

Однако статья 613 ГК РК закрепляет, что каждая из сторон вправе во всякое время отказаться от договора безвозмездного пользования, заключенного без указания срока, известив об этом другую сторону **за один месяц**, если договором не предусмотрен иной срок извещения.

Также пункт 2 статьи 604 ГК РК ссылается на подпункты 1), 2), 4) пункта 2 статьи 556 ГК РК: «По требованию наймодателя договор имущественного найма может быть расторгнут и имущество возвращено наймодателю в следующих случаях:

⁵⁴ Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник, ред. Е.А. Васильев, С. 412.

1) если наниматель пользуется имуществом с существенным нарушением условий договора или назначения имущества, несмотря на письменное предупреждение наймодателя о прекращении таких действий;

2) если наниматель умышленно или по неосторожности существенно ухудшает имущество;

4) если наниматель не производит капитального ремонта имущества в установленные договором найма сроки, а при отсутствии их в договоре - в разумные сроки в тех случаях, когда в соответствии с законодательными актами или договором обязанность капитального ремонта лежит на нанимателе».

В свою очередь по пункту 1 статьи 612 ГК РК ссудодатель вправе потребовать досрочного расторжения договора безвозмездного пользования в случаях, когда ссудополучатель:

1) использует имущество не в соответствии с договором или назначением имущества;

2) не выполняет обязанностей по поддержанию имущества в исправном состоянии или его содержанию;

3) существенно ухудшает состояние имущества;

4) **без согласия ссудодателя передал имущество третьему лицу.**

Вышеизложенное свидетельствует, что хотя договор безвозмездного пользования имуществом по ГК РК отнесен к самостоятельному виду гражданско-правовых договоров, в положениях законодательных актов Республики Казахстан прослеживается ее смешение с договорами займа и аренды. Данное положение связано с общими особенностями указанных видов договоров и соответствует международному опыту.

Для недопущения подобных обстоятельств можно рассмотреть возможность расширения предмета договора ссуды и аренды путем включения в него передачу вещей, определенных родовыми признаками. В случае принятия такого положения необходимо законодательно закрепить, что возмездная передача указанных вещей должна реализовываться через договор аренды, тогда как безвозмездная – через договор ссуды, а также соответственно сузить предмет договора займа до передачи в собственность только денежных средств.⁵⁵

8. На сегодняшний день проблема определения размера компенсации морального вреда остается актуальной и неразрешенной проблемой, особенно для судейского корпуса и одним из спорных моментов, постоянно возникающих в судебной практике⁵⁶.

⁵⁵ Елеусизова И.К., Аяпбергенова А.К. Договор безвозмездного пользования имуществом по законодательству Республики Казахстан // Вестник Института законодательства Республики Казахстан, №5 (41)-2015 г.

⁵⁶ Аналитическая справка и рекомендации по результатам анализа некоторых законодательных актов по вопросам возмещения морального вреда и практики его применения ОО «Талдыкорганский правозащитный центр» 2 февраля 2017 г.
https://bureau.kz/analiz/kommentarii_i_zaklyucheniya/spravka_i_rekomendacii__po_rezultatam_analiza_po_voprosam_vozmesheniya_moralnogo_vreda/

По пункту 1 статьи 952 ГК РК моральный вред возмещается в денежной форме. Согласно пункту 7 Нормативного постановления Верховного Суда № 7 от 27 ноября 2015 года «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда» сумму компенсации суд определяет, исходя из критериев разумности и справедливости: «Размер компенсации морального вреда следует считать разумным и справедливым, если при его установлении учтены обстоятельства, связанные с нарушением личных неимущественных прав гражданина.

Мерой ответственности за совершенное противоправное деяние и его последствия для причинителя вреда служит размер денежной компенсации. Размер компенсации морального вреда, взысканный судом первой инстанции, может быть пересмотрен вышестоящими судебными инстанциями, если он не соответствует указанным выше требованиям».

Исходя из анализа вышеуказанных норм о компенсации морального вреда, в аналитической справке и рекомендациях по результатам анализа некоторых законодательных актов по вопросам возмещения морального вреда и практики его применения (далее – аналитическая справка) отмечается, что в законодательстве отсутствует конкретное определение размера компенсации за моральный вред: «...анализ правоприменительной практики судов также показал, что по типичным делам принимаются самые разнообразные решения не только в масштабе республики, но и в рамках одного суда, что свидетельствует о существенных трудностях, возникающих при определении оснований и размера компенсации морального вреда ввиду отсутствия четких критериев и методов оценки размера компенсации»⁵⁷.

Несмотря на достаточно большое количество критериев (статья 952 ГК РК, нормативное постановление Верховного Суда № 7 от 27 ноября 2015 года), которые должны учитываться судом при решении вопроса о размере компенсации морального вреда, в правоприменительной практике все зависит от субъективного мнения суда. Отсутствие объективных критериев влечет расхождение в суммах, определенных судами за причинение морального вреда по однородным гражданским делам. На сегодняшний день из судебной практики, по компенсации морального вреда прослеживается следующая тенденция:

- за **смерть ребенка - 250 000** тенге;
- за **насилие и убийство пятилетней девочки - 300 000** тенге;
- шахтерам за причинение вреда здоровью, приведшее к инвалидности, суд назначил 100 000 тенге;
- незаконное отключение электроэнергии – 40 000 тенге;
- потеря трудоспособности – 100 000 тенге;
- **заражение детей ВИЧ**, не качественными вакцинами – **50 000 - 100 000** тенге;

⁵⁷ Аналитическая справка и рекомендации по результатам анализа некоторых законодательных актов по вопросам возмещения морального вреда и практики его применения ОО «Талдыкорганский правозащитный центр» 2 февраля 2017 // <https://bureau.kz/analiz/>

- за испорченное здоровье детей, пострадавших от некачественной вакцины сербского производства – 50 000 - 100 000 тенге;
- незаконное привлечение к уголовной ответственности – 50 000, 60, 000, 150 000 тенге;
- в результате дорожно-транспортного происшествия гибель лица – 100 000, 500 000 тенге;
- наезд на ребенка – 75 000, 250 000 тенге (наезд на ребенка);
- введение в заблуждение по поводу размера начисленных банком процентов – 300 000 тенге;
- **честь и достоинство**, деловая репутация в результате публикации в СМИ – **500 000** тенге (аким ЮКО);
- **с газеты в пользу врача**, не удалившего желчный пузырь, но получившего за операцию деньги и - **15 000 000** тенге, 50 000 тенге с пациента;
- гибель сына в результате неуставных отношений с сослуживцами – 500 000 тенге;
- незаконное увольнение с работы – 50 000 тенге;
- за незаконное привлечение к уголовной ответственности – 30 000, 50 000, 150 000 тенге;
- за пытки в результате чего, потерпевший превратился в инвалида, потерял память и лишился возможности двигаться – 2 000 000 тенге.⁵⁸

Таким образом, назрела необходимость определения размеров денежных выплат, причитающихся гражданину за перенесенные им страдания в каждом конкретном случае.⁵⁹

С учетом вышеизложенного рекомендуется установить компетенцию по разработке и утверждению таблицы размеров компенсаций морального вреда применительно к различным нарушениям прав личности в порядке характера и степени их опасности для потерпевшего.

Справочно:

В статье 22 Закона «О реабилитации жертв массовых политических репрессий» установлен конкретный размер компенсации морального вреда:

*«Лицам, подвергшимся необоснованным репрессиям в виде заключения под стражу, лишения свободы, помещения в психиатрические учреждения, направления на спецпоселение, а также привлеченным к принудительному труду в условиях ограниченной свободы (в том числе в так называемых "трудовых армиях", "рабочих колоннах НКВД") и реабилитированным в соответствии с настоящим Законом, а также содержащимся вместе с ними в местах лишения свободы детям органами социальной защиты по месту их жительства на основании документов о реабилитации и о времени пребывания в указанных местах **выплачивается денежная компенсация из расчета трех четвертей установленного законодательством Республики Казахстан месячного расчетного***

⁵⁸ Аналитическая справка и рекомендации по результатам анализа некоторых законодательных актов по вопросам возмещения морального вреда и практики его применения ОО «Талдыкорганский правозащитный центр» 2 февраля 2017 г. https://bureau.kz/analiz/kommentarii_i_zaklyucheniya/spravka_i_rekomendacii_po_rezultatam_analiza_po_voprosam_vozmesheniya_moralnogo_vreda/

⁵⁹ Аналитическая справка и рекомендации по результатам анализа некоторых законодательных актов по вопросам возмещения морального вреда и практики его применения ОО «Талдыкорганский правозащитный центр» 2 февраля 2017 // <https://bureau.kz/analiz/>

показателя, действующего на момент обращения в органы социальной защиты, за каждый месяц пребывания их в указанных местах, но не более 100 установленных законом месячных расчетных показателей из средств республиканского бюджета.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Дублирующих норм не выявлено.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. Пункт 5 статьи 630 ГК РК указывает:

«5. Предельный срок для извещения подрядчика об обнаруженных заказчиком скрытых недостатках составляет один год, а в отношении работ, связанных со зданиями и сооружениями, а также независимо от вида работ - в отношении недостатков, которые были умышленно скрыты подрядчиком, - **три года со дня приемки работ.**

Законодательными актами или договором могут быть установлены сроки (**гарантийные сроки**) большей продолжительности».

При этом пункт 1 статьи 665 ГК РК устанавливает:

«1. Подрядчик, если иное не предусмотрено договором строительного подряда, гарантирует достижение объектом строительства указанных в проектно-сметной документации показателей и возможность эксплуатации объекта в соответствии с договором на протяжении гарантийного срока. Гарантийный срок составляет десять лет со дня принятия объекта заказчиком, если иной гарантийный срок не предусмотрен законодательными актами или договором».

Противоречие между двумя нормами ГК РК вытекает благодаря тому, что статья 630 императивно установила минимальный гарантийный срок в три года. Одновременно с этим статья 665 предоставляет право сторонам правоотношений самостоятельно в договоре определять любой иной гарантийный срок.

Следует отметить, что в гражданском законодательстве Российской Федерации разграничены понятия «гарантийный срок» и «срок обнаружения недостатков».

Справочно:

Пункты 2 и 4 статьи 724 ГК РФ:

«2. В случае, когда на результат работы не установлен гарантийный срок, требования, связанные с недостатками результата работы, могут быть предъявлены заказчиком при условии, что они были обнаружены в разумный срок, но в пределах двух лет со дня передачи результата работы, если иные сроки не установлены законом, договором или обычаями делового оборота

4. В случае, когда предусмотренный договором гарантийный срок составляет менее двух лет и недостатки результата работы обнаружены заказчиком по истечении гарантийного срока, но в пределах двух лет с момента, предусмотренного пунктом 5 настоящей статьи, подрядчик несет ответственность, если заказчик докажет, что недостатки возникли до передачи результата работы заказчику или по причинам, возникшим до этого момента».⁶⁰

⁶⁰ Система ГАРАНТ: http://base.garant.ru/10164072/38/#block_2037#ixzz4idTyEX9n

Пункт 1 статьи 755 ГК РФ:

«Подрядчик, если иное не предусмотрено договором строительного подряда, гарантирует достижение объектом строительства указанных в технической документации показателей и возможность эксплуатации объекта в соответствии с договором строительного подряда на протяжении гарантийного срока. Установленный законом гарантийный срок может быть увеличен соглашением сторон».⁶¹

Так, статья 724 ГК РФ устанавливает двухгодичный срок для обнаружения недостатков работ для всех видов подряда. Для строительного подряда данный срок составляет пять лет (статья 756 ГК РФ). Указанный срок применяется независимо от того, установлен ли гарантийный срок в отношении выполненных работ. Если оговоренный сторонами гарантийный срок истек, но законодательно установленный срок для обнаружения недостатков все еще действует, то заказчик в этом случае имеет право предъявить к подрядчику требование в связи с ненадлежащим качеством подрядных работ в пределах срока для обнаружения недостатков.⁶²

В свою очередь ГК РК не разделяет эти категории, что доказывает редакция пункта 5 статьи 630 ГК РК. В этой связи рекомендуем, основываясь на российском опыте, уточнить данные понятия, избежав, таким образом многозначность положений ГК РК.

2. Статья 1113 ГК РК имеет заголовок «Право, применяемое к договору при отсутствии соглашения сторон». При этом содержание пунктов 1, 2, 3 статьи 1113 следующее:

«1. При отсутствии соглашения сторон договора о подлежащем применению праве к этому договору применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся:

- 1) продавцом - в договоре купли-продажи;
- 2) дарителем - в договоре дарения;
- 3) арендодателем или наймодателем - в договоре имущественного найма (аренды);
- 4) ссудодателем - в договоре безвозмездного пользования имуществом;
- 5) подрядчиком - в договоре подряда;
- 6) перевозчиком - в договоре перевозки;
- 7) экспедитором - в договоре транспортной экспедиции;
- 8) кредитором - в договоре займа или ином кредитном договоре;
- 9) поверенным - в договоре поручения;
- 10) комиссионером - в договоре комиссии;
- 11) хранителем - в договоре хранения;
- 12) страховщиком - в договоре страхования;
- 13) поручителем - в договоре поручительства;
- 14) залогодателем - в договоре залога;

⁶¹ Система ГАРАНТ: http://base.garant.ru/10164072/38/#block_2037#ixzz4idTyEX9n

⁶² Шайкенов В. Идоятова А. Проблемы регулирования гарантийных сроков в строительстве по гражданскому законодательству Казахстана // <http://expertonline.kz/a14332/>

15) лицензиаром - в лицензионном договоре о пользовании исключительными правами.

2. К правам и обязанностям по договору, предметом которого является недвижимость, а также по договору о доверительном управлении имуществом применяется право страны, где это имущество находится, а в отношении имущества, которое внесено в государственный реестр в Республике Казахстан - право Республики Казахстан.

3. **При отсутствии соглашения сторон** договора о подлежащем применению праве применяется, независимо от положений пункта 1 настоящей статьи:

1) к договорам о совместной деятельности и строительного подряда - право страны, где такая деятельность осуществляется или создаются предусмотренные договором результаты;

2) к договору, заключенному по итогам конкурсных торгов (тендера, аукциона) или на бирже - право страны, где проводятся конкурсные торги или находится биржа».

В данном случае, несмотря на то, что из наименования статьи выходит, что норма направлена на регулирование отношений при отсутствии соглашения сторон, структура норм различна, что может привести к различному пониманию смысла положений статьи. Так, пункты 1 и 3 уточняют, что применение пунктов возможно при отсутствии соглашения сторон. Однако в пункте 2 подобная оговорка отсутствует, несмотря на наименование статьи.

В этой связи Ю.Г. Басин отмечает: «высказывается мнение, что по перечисленным в названном пункте договорам применяется право, выбор которого не зависит от соглашения сторон, а определяется по признакам, указанным текстом закона. Толкование пункта 2 усложняется и тем, что речь идет о договорах, связанных с недвижимостью, право на которую определяется в статье 1107 в зависимости от того, где это недвижимое имущество находится».⁶³

На основании изложенного рекомендуем дополнить пункт 2 статьи 1117 ГК РК словами «при отсутствии соглашения сторон» или положения пункта 2 отразить в пункте 3 статьи 1117 ГК РК.

3. Статья 1093 ГК РК гласит: «Республикой Казахстан **могут быть установлены ответные ограничения (реторсии) в отношении прав граждан и юридических лиц** тех государств, в которых имеются специальные ограничения прав граждан и юридических лиц Республики Казахстан».

Относительно данной нормы имеются позиции согласные с установлением ограничений на отдельных лиц, так и противники: «Высказываются мнения о недопустимости сохранения нормы подобного рода в законодательстве цивилизованного правового государства, при этом

⁶³ Гражданское законодательство Республики Казахстан. Выпуск 14. – Астана: ЗАО Институт законодательства Республики Казахстан, 2002. – 304с.

проводится ассоциация с варварским принципом талиона «око за око...». Негативная оценка реторсии отмечается и в зарубежной правовой доктрине. Так, германский профессор Х.Шак пишет: «... наступает существенное ухудшение правовой защиты, когда государство по сверхиндивидуальным политико-правовым мотивам ... обращается с иностранной стороной процесса хуже, чем с гражданином своей страны в аналогичной ситуации. Даже если ... и не противоречит международному праву, тем не менее, несправедливо ставить иностранных граждан ... в процессуально невыгодное положение, поскольку они вряд ли могут оказать влияние на поведение иностранного государства»⁶⁴.

Кроме того реализация нормы требует дополнительных законодательных уточнений, которые возможно должны быть в иных законодательных актах. Например, норма не показывает порядок, методы и пределы реторсии, а также государственный орган, уполномоченный от имени Республики Казахстан, накладывать ограничения.

Так, М.К. Сулейменов пишет: «Конституционный Совет считает, что предоставление Правительству таких полномочий противоречит Конституции. Я считаю это мнение глубоко ошибочным, но поскольку постановление Конституционного Совета является окончательным, оно подлежит исполнению. Но как тогда объяснить появление Закона «О мерах защиты внутреннего рынка при импорте товаров» от 28 декабря 1998 года? Как объяснить недавние постановления Правительства по защите рынка от товаров России, Узбекистана и Казахстана? И чем меры Правительства отличаются от реторсии, которая была признана неконституционной?»⁶⁵.

В этой связи предлагаем исключить статью 1093 ГК РК или указать ссылку на нормативный правовой акт, который определяет порядок реторсии.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере гражданского права, ГК РК содержит допустимое число отсылочных и бланкетных норм. Применение отсылочных и бланкетных норм является оправданным и не противоречит статье 62 Конституции и требованиям Закона «О правовых актах».

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

Принимая во внимание недостатки ГК РК, изложенные в пункте 3 **Показателя 6**, можно сделать вывод о том, что сумма морального ущерба напрямую зависит от судьбы, так как ГК РК и нормативное постановление

⁶⁴ Адышев Б.Т. Реторсия как принцип гражданско-правового положения иностранцев. – Вестник КарГУ. – 2006/ со ссылкой на Шак Х. *Международное гражданское процессуальное право*. — М.: БЕК, 2001. — С. 17./ <https://articlekz.com/article/5338>

⁶⁵ Сулейменов М.К. Перспективы развития гражданского законодательства // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30002467#pos=1;-185

Верховного Суда № 7 от 27 ноября 2015 года наделяют судей правом самостоятельно, на свое усмотрение оценивать моральный вред, нанесенный человеку. По этой причине правоприменительная практика относительно компенсации морального вреда является стихийной и противоречивой⁶⁶. Данное обстоятельство свидетельствует о наличии коррупциогенных признаков. Таким образом, единый подход к определению размера морального вреда полагаем будет способствовать снижению уровня коррупциогенных признаков ГК РК.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона

1. Согласно пункту 1 статьи 252 ГК РК если по основаниям, допускаемым законодательными актами, в собственности лица оказалось имущество, которое не может ему принадлежать в силу законодательных актов, это имущество должно быть отчуждено собственником в течение одного года с момента возникновения права собственности на данное имущество, если иные сроки не предусмотрены законодательными актами. В случае, если имущество не будет отчуждено собственником в указанный срок, оно **по решению суда подлежит принудительному отчуждению** с возмещением собственнику стоимости имущества за вычетом затрат по его отчуждению.

Вместе с тем практиками отмечается следующая проблема в части реализации статьи 252 ГК РК: «если руководствоваться данным пунктом, то жилье иностранца, не проживающего в Казахстане, и не распорядившегося жильем в течение 1 года, должно быть принудительно продано по решению суда с торгов, а вырученная сумма (за вычетом издержек) должна быть передана иностранцу. В то же время порядок такой принудительной продажи законом или подзаконными актами не установлен. Ни у одного государственного органа в настоящее время не имеется полномочий на предъявление подобных исков в суд, и на практике данные положения закона не реализуются. Для иностранцев не установлено никакой ответственности или штрафов за то, что они не распорядятся своим жильем в течение 1 года. Поэтому в настоящее время несоблюдение срока для продажи жилья иностранцем, не влечет никаких негативных последствий в виде изъятия жилья или денежных санкций»⁶⁷.

В этой связи необходимо рассмотреть вопрос по определению госоргана уполномоченного за проведение мероприятий по принудительному отчуждению собственности по статье 252 ГК РК.

2. В нормах ГК РК закреплено, что к правам и обязанностям по договору, предметом которого является недвижимость, а также по договору о доверительном управлении имуществом применяется право страны, где это имущество находится, а в отношении имущества, которое внесено в

⁶⁶Зайнутдинова Н.М. Проблемные вопросы, связанные с возмещением морального вреда в законодательстве Республики Казахстан <http://www.vestnik-kafu.info/journal/3/73/>

⁶⁷ Интернет-ресурс DE FACTO // <http://www.defacto.kz/content/obyazan-li-inostranets-prodat-unasledovannuyu-v-kazahstane-kvartiru-i-v-techenie-kakogo-sro>

государственный реестр в Республике Казахстан – право Республики Казахстан (пункт 2 статьи 1113 ГК РК).

Остается неясным, применяется ли данное положение как императивная норма или только при отсутствии соглашения сторон. Как вытекает из названия статьи 1113 ГК РК «Право, применяемое к договору при отсутствии соглашения сторон» последний вариант представляется более правильным. Таким образом, для устранения противоречия между названием статьи и дословным содержанием пункта 2 статьи 1113 ГК РК необходимо уточнение нормы формулировкой: «При отсутствии соглашения сторон договора о подлежащем применению праве применяется...».

Справка
по результатам анализа Кодекса Республики Казахстан
«О таможенном деле в Республике Казахстан» от 30 июня 2010 года

Показатель 1. Общая информация о законе

1.1. Предмет правового регулирования

Правовые, экономические и организационные основы таможенного дела в Республике Казахстан направлены на защиту суверенитета и экономической безопасности Республики Казахстан, активизацию связей казахстанской экономики в системе мировых экономических отношений и либерализацию внешнеэкономической деятельности.

Развитие таможенного законодательства теперь основано не только на фискальных мотивах, но и на осознании того, что оно может быть эффективно использовано как инструмент поддержки и развития предпринимательства⁶⁸.

1.2. Отрасль законодательства

В соответствии с Классификацией отраслей законодательства Республики Казахстан, утвержденной постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 декабря 2002 года № 1378, анализируемый кодекс относится к отрасли 110.000.000. Таможенное законодательство.

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства

В Послании Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» в рамках второго приоритета – кардинальное улучшение и расширение бизнес-среды дано следующее поручение: «Правительству совместно с Национальной палатой предпринимателей «Атамекен» необходимо принять меры по фронтальному снижению всех видов издержек для бизнеса. Особенно это касается стоимости услуг в энергетике, транспорте и логистике, а также в ЖКХ. Процессы оказания государственных услуг должны быть максимально оптимизированы. Необходимо сократить сроки и перечень документов, исключить дублирующиеся процедуры. При этом нужно перевести их оказание полностью в электронный формат, без обязательного физического присутствия».

Кроме того План нации - 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ Главы государства Н. Назарбаева включает ряд преобразований таможенного законодательства:

шаг 37 «Оптимизация налоговых и таможенных политик и процедур. Сокращение количества таможенных ставок Единого таможенного тарифа по модели «0-5-12» в рамках однородных товарных групп на 6 знаках ТН ВЭД»;

шаг 38 «Введение принципа «единого окна» при прохождении таможенных процедур экспортерами и импортерами. Развитие системы

⁶⁸ Козырин А.Н. Новые стандарты таможенного законодательства// <http://rudocs.exdat.com/docs/index-69288.html>

электронного декларирования (внедрение автоматизированной системы таможенной очистки товаров). Сокращение количества документов для экспорта и импорта и времени их обработки»;

шаг 39 «Интеграция таможенной и налоговой систем. Импортёр будет отслеживаться в целях налогообложения от момента ввоза товара на территорию Казахстана до его реализации»;

шаг 40. «Введение режима таможенной очистки «Постфактум». Предоставление отдельным категориям участников ВЭД возможности выпуска товара до подачи декларации на товары».

1.4 Статистический анализ закона (Приложение к Справке)

Кодекс «О таможенном деле в Республике Казахстан» (далее – ТК РК) был принят 30 июня 2010 года. Начиная с 2010 года, в период **83 месяца**, изменения и дополнения в ТК РК внесены **40** законами. При этом только в 2014 году – 11 законами.

На основе периода действия ТК РК (83 месяца) и количеством законов, которыми внесены изменения в ТК РК (40 законов) был вычислен «период стабильности», под которым понимается длительность условного периода, в течение которого в законодательный акт не вносятся изменения.

Справочно:

Среднее значение периода стабильности ($K_{стаб.}$) определяется через соотношение общего срока действия закона, в месяцах, (T) на общее количество законов, которые вносили изменения и дополнения (A), и выражается в следующей формуле:

$$K_{стаб.} = T/A$$

Следует заметить, что даты принятия законов распределены в течение года неравномерно. Нередко случается, что в один и тот же день принимается несколько законов, вносящих изменения в один и тот же закон. Однако полученный показатель в целом отражает степень стабильности соответствующего закона.

Таким образом, средний период стабильности ТК РК равен значению **2**, из чего следует, что в среднем в ТК РК вносятся изменения 1 раз в **2 месяца** или 6 законами в год.

Период стабильности ТК РК в минимальном значении составляет **1** день, в максимальном – **7 месяцев + 7 дней**. Период стабильности «до **1 месяца**» включают в себя наибольшее количество законов, **23** закона из 40, что составляет **58%**.

В следующие пять статей изменения внесены более 5 законами:

Статья 4 «Основные понятия, используемые в настоящем Кодексе» - 10 законами;

Статья 16 «Отношение к информации, полученной таможенными органами» - 7 законами;

Статья 138 «Порядок уплаты и перечисления таможенных пошлин, налогов и пеней» - 6 законами;

Статья 165 «Взыскание задолженности по таможенным платежам и налогам, пеней за счет денег, находящихся на банковских счетах плательщика» - 5 законами;

Статья 281 «Представление документов при таможенном декларировании товаров» - 6 законами.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Исследуемый кодекс не содержит норм, противоречащих нормам Конституции Республики Казахстан.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

С образованием Таможенного союза следует констатировать возникновение двухуровневого порядка таможенного регулирования: национального и межгосударственного. При этом ведущая роль отведена межгосударственному уровню, на котором формировалось таможенное законодательство Таможенного союза. Это следует из пункта 2 статьи 1 Таможенного кодекса ТС (далее - ТК ТС), согласно которому таможенное регулирование в таможенном союзе осуществляется в соответствии с таможенным законодательством Таможенного союза, а в части, не урегулированной таким законодательством, до установления соответствующих правоотношений на уровне таможенного законодательства, - в соответствии с законодательством государств-членов Таможенного союза.⁶⁹

На базе ТС и Евразийского экономического сообщества с целью дальнейшего развития сотрудничества, укрепления экономик и повышения конкурентоспособности стран-участниц на мировом рынке создан ЕАЭС⁷⁰. Данная интеграция предусматривает учреждение единой таможенной территории, в пределах которой во взаимной торговле товарами не применяются таможенные пошлины и ограничения экономического характера, за исключением специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер. Страны-участницы ЕАЭС договорились о применении единых таможенных тарифов и других мерах регулирования при торговле с третьими странами.

⁶⁹ Федасова Ю. В. Актуальные проблемы формирования таможенного законодательства таможенного союза // Социально-политические науки. 2013. №1. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/aktualnye-problemy-formirovaniya-tamozhennogo-zakonodatelstva-tamozhennogo-soyuza> (дата обращения: 10.07.2017). КиберЛенинка: <https://cyberleninka.ru/article/n/aktualnye-problemy-formirovaniya-tamozhennogo-zakonodatelstva-tamozhennogo-soyuza>

⁷⁰ Евразийский экономический союз (ЕАЭС) Беларуси, Казахстана, России, Армении и Киргизии является международным интеграционным экономическим объединением (союзом), вступившим в силу с 1 января 2015 года, и представляет собой форму экономической интеграции пяти государств на постсоветском пространстве.

Опыт сотрудничества на пространстве СНГ во многом послужил основой для углубления разноформатных интеграционных процессов в рамках Таможенного союза и Единого экономического пространства. Таким образом, таможенное регулирование в рамках ЕАЭС рассматривается в контексте международного таможенного права⁷¹.

Вместе с тем в связи с принятием нового ТК ЕАЭС утратит силу действующий в настоящее время ТК ТС и целый ряд международных договоров⁷². При этом ранее по информации ТАСС сроки вступления в силу нового ТК ЕАЭС могут сдвинуться на 1 января 2018 года с 1 июля 2017 года.⁷³ 28 апреля состоялся Совет Евразийской экономической комиссии, в котором приняли участие вице-премьеры правительств государств-членов ЕАЭС, передает *Zakon.kz* со ссылкой на пресс-службу ЕАЭС и указал, что кодекс вступит в силу 1 января 2018 года.⁷⁴

В этой связи возникает необходимость приведения казахстанского таможенного законодательства в соответствие с ТК ЕАЭС. Например, неактуальными станут такие понятия как «Таможенный кодекс Таможенного союза» (определение в подпункте 23) статьи 4 ТК), «вывоз товаров с таможенной территории Таможенного союза» (определение в подпункте 12) статьи 4 ТК), «пересечение таможенной границы Таможенного союза» (определение в подпункте 13) статьи 4 ТК) и т.д.

Также на интернет-ресурсе *Zakon.kz* представлена следующая проблема, связанная с необходимостью приведения ТК РК с таможенным законодательством ЕАЭС: «Еще один барьер действует в Казахстане: несоответствие праву ЕАЭС процедуры закупки за счет бюджетных средств лекарственных средств, вакцин и других иммунобиологических препаратов в рамках программы гарантированного объема бесплатной медицинской помощи. При подобных закупках предоставляются преференциальные условия участия в конкурсных процедурах национальным поставщикам.

Представители Казахстана взяли на себя обязательства по ликвидации этого барьера к 1 июля 2017 года. Ограничением было признано отсутствие единых правил взимания обеспечительного платежа при реализации алкогольной продукции»⁷⁵.

О необходимости приведения национального таможенного законодательства с ТК ЕАЭС указывал в интервью член коллегии (министр) по таможенному сотрудничеству ЕЭК В. Гошин: «Еще до начала работы над проектом ТК ЕАЭС в рамках работы консультативного комитета по таможенному регулированию был проведен анализ имеющихся в ТК ТС отсылочных норм на национальное законодательство. Мы получили четкую картину, как эти нормы реализованы в национальных таможенных законах.

⁷¹ Дмитриева Ю. *Евразийский экономический союз: становление, развитие, значение.* - Институт менеджмента ОГУ. Оренбург, 2017 г. - <http://eurasian-studies.org/archives/3267>

⁷² <https://www.consultant.ru/about/presscenter/news/2017/04/article7561/>

⁷³ Подробнее на ТАСС: <http://tass.ru/ekonomika/4176452>

⁷⁴ <http://www.zakon.kz/4856479-novyuy-tamozhennyy-kodeks-eaes-vstupit-v.html>

⁷⁵ Новый Таможенный кодекс ЕАЭС вступит в силу 1 января 2018 года // <http://www.zakon.kz/4856479-novyuy-tamozhennyy-kodeks-eaes-vstupit-v.html>

Эксперты, работая над проектом ТК ЕАЭС, используют эту информацию и обсуждают исключение отсылочных норм, которые вызывают различное правовое регулирование таможенных правоотношений либо не были востребованы и реализованы в национальных актах. Однако совсем исключить такие отсылки не планируется, да и не получится. Большинство отсылочных норм связано с тем, что другие отрасли законодательства государств не унифицированы (налоговое, валютное, административное, банковское, законодательство об электронном документе), соблюдение норм которых необходимо и при таможенном регулировании.

В связи с этим, конечно, после подписания ТК ЕАЭС всем трем государствам придется приводить свои национальные таможенные законы в соответствие новому наднациональному таможенному законодательству ЕАЭС».⁷⁶

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан

Рассматриваемый кодекс соответствует нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

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

Коллизионных норм не выявлено.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Устаревших норм не выявлено.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

1. Согласно пункту 1 статьи 48 ТК ЕАЭС авансовыми платежами признаются денежные средства (деньги), внесенные в счет уплаты предстоящих таможенных пошлин, налогов, таможенных сборов, специальных, антидемпинговых, компенсационных пошлин и не идентифицированные плательщиком в разрезе конкретных видов и сумм таможенных пошлин, налогов, таможенных сборов, специальных, антидемпинговых, компенсационных пошлин в отношении конкретных товаров, если внесение таких авансовых платежей устанавливается в соответствии с законодательством государств-членов.

Кроме того по пункту 7 статьи 48 ТК ЕАЭС распоряжение **невостребованными** суммами авансовых платежей производится в соответствии с законодательством государств-членов, а по пункту 8 **порядок и формы внесения авансовых платежей** устанавливаются законодательством государств-членов.

⁷⁶ Таможенный кодекс ЕАЭС принесет предпринимателям только выгоду - министр ЕЭК. - 31 июля 2014. - Источник, интернет-ресурс: ИА BNews.kz // <http://www.zakon.kz/4643368-tamozhennyj-kodeks-eajes-prineset.html>

В свою очередь пункт 6 статьи 120 ТК РК указывает, что плательщик имеет право вносить таможенные сборы авансом в счет предстоящих обязательств по таможенным сборам. Также по пункту 7 статьи 138 ТК РК плательщик имеет право вносить таможенные пошлины, налоги авансом в счет предстоящих обязательств по таможенным пошлинам, налогам. Внесение таможенных пошлин, налогов авансом по их видам производится по кодам бюджетной классификации.

Вместе с тем в ТК РК несмотря на предоставляемое право внесения таможенных платежей авансом, отсутствуют положения по порядку внесения авансовых сумм и распоряжению невостребованных сумм.

2. Согласно пункту 4 статьи 55 ТК ЕАЭС таможенный орган не направляет уведомление о не уплаченных в установленный срок суммах таможенных пошлин, налогов в случаях:

1) выявление после выпуска товаров, а в отношении товаров, выпуск которых произведен до подачи декларации на товары, - после направления электронного документа либо проставления соответствующих отметок, предусмотренных пунктом 17 статьи 120, факта неуплаты таможенных платежей, специальных, антидемпинговых, компенсационных пошлин, исчисленных в одной декларации на товары, в размере, не превышающем в совокупности сумму, эквивалентную 5 евро по курсу валют, действующему на день применения курса валют для исчисления таможенных пошлин, налогов в соответствии с Кодексом;

2) выявление факта неуплаты таможенных платежей, специальных, антидемпинговых, компенсационных пошлин, исчисленных в одном расчете таможенных пошлин, налогов, специальных, антидемпинговых, компенсационных пошлин, указанном в пункте 4 статьи 52 настоящего Кодекса, или в одном таможенном документе, указанном в абзаце втором пункта 4 статьи 277, в размере, не превышающем в совокупности сумму, эквивалентную 5 евро по курсу валют, действующему на день применения курса валют для исчисления таможенных пошлин, налогов в соответствии с Кодексом.

Порядок направления уведомления о погашении задолженности по таможенным платежам и налогам, пеней определен статьей 159 ТК РК, а порядок вручения и исполнения уведомления о погашении задолженности по таможенным платежам и налогам, пеней – статьей 160 ТК РК.

Однако данные статьи не определяют вышеуказанные случаи, как основания не направления уведомления.

3. Статья 60 ТК ЕАЭС предусматривает проценты за отсрочку или рассрочку уплаты ввозных таможенных пошлин:

«1. За каждый день пользования отсрочкой или рассрочкой уплаты ввозных таможенных пошлин, предоставленной в соответствии с пунктами 1 и 3 статьи 59 настоящего Кодекса, начиная со дня, следующего за днем выпуска товаров в соответствии с таможенной процедурой выпуска для

внутреннего потребления, по день прекращения обязанности по уплате ввозных таможенных пошлин **подлежат уплате проценты**.

2. Проценты за отсрочку или рассрочку уплаты ввозных таможенных пошлин подлежат уплате **в размере 1/360** от ставки рефинансирования (ключевой ставки, учетной ставки), устанавливаемой в соответствии с законодательством государства-члена, в котором товары помещены под таможенную процедуру выпуска для внутреннего потребления, и применяемой для начисления процентов. Для начисления процентов за отсрочку или рассрочку уплаты ввозных таможенных пошлин применяется ставка рефинансирования (ключевая ставка, учетная ставка), действующая в соответствующие периоды фактического пользования отсрочкой или рассрочкой.

3. Проценты за отсрочку или рассрочку уплаты ввозных таможенных пошлин подлежат уплате не позднее дня, следующего за днем уплаты или взыскания ввозных таможенных пошлин.

4. Уплата или взыскание, а также возврат (зачет) процентов за отсрочку или рассрочку уплаты ввозных таможенных пошлин осуществляются в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом применительно к уплате или взысканию, а также возврату (зачету) сумм ввозных таможенных пошлин».

Однако ТК РК не устанавливает начисление процентов за отсрочку и рассрочку уплаты ввозных таможенных пошлин в размере 1/360 от ставки рефинансирования. В этой связи раздел 2 «Таможенные платежи и налоги» ТК РК требует аналогичных ТК ЕАЭС положений по начислению процентов за отсрочку и рассрочку уплаты ввозных таможенных пошлин.

4. Согласно статье 144 ТК РК уплата таможенных пошлин, налогов обеспечивается следующими способами:

- деньгами;
- банковской гарантией;
- поручительством;
- залогом имущества;
- договором страхования.

При этом пункта 3 статьи 63 ТК ЕАЭС указывает: «Лицо, обеспечивающее исполнение обязанности по уплате таможенных пошлин, налогов, **вправе осуществить замену одного способа обеспечения** исполнения обязанности по уплате таможенных пошлин, налогов другим способом с учетом абзаца второго настоящего пункта, если на заменяемое обеспечение исполнения обязанности по уплате таможенных пошлин, налогов не обращено взыскание в соответствии с главой 11 настоящего Кодекса».

Вместе с тем право замены способа обеспечения отсутствуют в статье 144 ТК РК. В целях приведения ТК РК ТК ЕАЭС рекомендуем статью 144 ТК РК дополнить аналогичной пункту 3 статьи 63 ТК ЕАЭС нормой.

5. Согласно статье 104 ТК ЕАЭС таможенное декларирование осуществляется в электронной форме. Таможенное декларирование в письменной форме допускается:

- 1) при помещении товаров под таможенную процедуру таможенного транзита;
- 2) в отношении товаров для личного пользования;
- 3) в отношении товаров, пересылаемых в международных почтовых отправлениях;
- 4) в отношении транспортных средств международной перевозки;
- 5) при использовании в качестве таможенной декларации транспортных (перевозочных), коммерческих и (или) иных документов, в том числе предусмотренных международными договорами государств-членов с третьей стороной, в соответствии с абзацем вторым пункта 6 статьи 105 настоящего Кодекса;
- 6) в иных случаях, определяемых Комиссией и законодательством государств-членов о таможенном регулировании в случаях, предусмотренных Комиссией.

Таким образом, согласно общему порядку ТК ЕАЭС декларирование производится в электронной форме. Однако пункт 3 статьи 277 ТК РК не указывает на общий электронный порядок декларирования: **«Таможенное декларирование производится в письменной и (или) электронной формах с использованием таможенной декларации».**

В данном случае электронная форма декларирования не имеет преимуществ перед бумажной. В этой связи требуют своего приведения в соответствие нормы ТК РК.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Дублирующих норм не выявлено.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. Статья 101 ТК РК определяет метод по стоимости сделки с ввозимыми товарами:

«1. Таможенной стоимостью товаров, ввозимых на таможенную территорию Таможенного союза, является стоимость сделки, то есть цена сделки, фактически уплаченная или подлежащая уплате за эти товары при их продаже для вывоза на таможенную территорию Таможенного союза и дополненная в соответствии с положениями статьи 102 настоящего Кодекса, при условии что: ...

2. Ценой, фактически уплаченной или подлежащей уплате за ввозимые товары, является **общая сумма всех платежей за эти товары, осуществленных или подлежащих осуществлению покупателем непосредственно продавцу или в пользу продавца.**

7. Цена, фактически уплаченная или подлежащая уплате за ввозимые товары, относится к товарам, перемещаемым через таможенную

границу Таможенного союза, в связи с чем перевод покупателем продавцу дивидендов или иных подобных платежей в случае, если они не связаны с ввозимыми товарами, не является частью таможенной стоимости».

Вместе с тем на форуме Zakon.kz поставлен вопрос относительно включения в таможенную стоимость штрафов и неустойки.

Справочно:

Из форума <http://forum.zakon.kz/topic/176192>:

«- А вот что нужно включать штрафы и неустойки в таможенную стоимость четко в таможенном кодексе не прописано. Ст.101.2

2. Ценой, фактически уплаченной или подлежащей уплате за ввозимые товары, является общая сумма всех платежей за эти товары, осуществленных или подлежащих осуществлению покупателем непосредственно продавцу или в пользу продавца.

Это платеж не за товар.

7. Цена, фактически уплаченная или подлежащая уплате за ввозимые товары, относится к товарам, перемещаемым через таможенную границу Таможенного союза, в связи с чем перевод покупателем продавцу дивидендов или иных подобных платежей в случае, если они не связаны с ввозимыми товарами, не является частью таможенной стоимости.

Косвенно может подтверждать, что неустойки не включаются в ТС.

В ст. 102 тоже нет указаний.

- это то да, я с вами согласен, но из жизненного опыта скажу, как читают и понимают эту статью налоговики и таможенники (с прокурорами и прочими госорганами когда речь идет о возможных дополнительных платежах в бюджет):

Ценой, фактически уплаченной или подлежащей уплате..., осуществленных или подлежащих осуществлению покупателем непосредственно продавцу или в пользу продавца».⁷⁷

Таким образом, содержание статьи 102 ТК РК не дает однозначного понимания относительно включения или не включения штрафов и неустойки в таможенную стоимость товара. В этой связи рекомендуем данный момент уточнить в рамках статьи 102 ТК РК.

2. В соответствии со статьей 289 ТК РК изменения и дополнения сведений, заявленных в таможенной декларации, осуществляются в следующем порядке:

«1. Сведения, заявленные в таможенной декларации, могут быть изменены или дополнены **до выпуска товаров** с разрешения таможенного органа по мотивированному письменному обращению декларанта при одновременном соблюдении следующих условий:

если вносимые изменения и дополнения не влияют на принятие решения о выпуске товаров и не влекут необходимости изменять сведения, влияющие на определение размера сумм таможенных платежей и налогов, за исключением случаев корректировки таможенной стоимости товаров, и соблюдение запретов и ограничений;

если к моменту получения обращения декларанта таможенный орган не уведомил его о месте и времени проведения таможенного досмотра и (или) не принял решения о проведении иных форм таможенного контроля в отношении товаров.

⁷⁷ Дополнительные затраты по поставке товаров?. - 22 февраля, 2016. - <http://forum.zakon.kz/topic/176192>

Изменение и дополнение сведений, заявленных в зарегистрированной таможенной декларации, не могут повлечь за собой заявление сведений о товарах иных, чем те, которые были указаны в зарегистрированной таможенной декларации.

2. Внесение изменений и дополнений в таможенную декларацию после выпуска товаров допускается в случаях и порядке, которые определяются решением Комиссии.

3. Таможенные органы не вправе по собственной инициативе, поручению или просьбе лица заполнять таможенную декларацию, изменять или дополнять сведения, указанные в таможенной декларации, за исключением тех сведений, внесение которых отнесено к компетенции таможенных органов, корректировки таможенной стоимости товаров и (или) изменения после выпуска товаров иных сведений, влияющих на определение размера сумм таможенных платежей и налогов и соблюдение запретов и ограничений, производимых в соответствии с положениями таможенного законодательства Таможенного союза».

Вместе с тем существует необходимость корректировки сведений, содержащихся в декларации **после выпуска товаров**:

«...принятый закон не решает в полной мере задачу по созданию условий, способствующих добровольному сообщению в таможенные органы сведений об ошибках, самостоятельно выявленных **после выпуска**, введению таких товаров в легальный гражданский оборот и доплате таможенных платежей», «Второй момент, на который хотелось бы обратить внимание: возможность освобождения от ответственности по новым правилам ограничена рядом условий, которые также обсуждались, критиковались и неоднократно корректировались. В итоговой версии документа осталось, например, условие о том, что лицо освобождается от ответственности, если на дату, предшествующую дате регистрации обращения о внесении изменений, таможенный орган не уведомил о проведении таможенного контроля после выпуска товаров либо не начал его проведение. Несмотря на то, что само по себе условие крайне важно, принятая формулировка позволяет отказать в реализации права на освобождение от ответственности даже в случаях, когда проводимые таможенной проверочные мероприятия **не имеют отношения к товарам, о которых лицо добровольно сообщило**, а также в случаях, когда лицо не знало и не могло знать о проводимых проверочных мероприятиях»⁷⁸.

Таким образом, на основании рекомендаций экспертов, предлагается рассмотреть вопрос по предоставлению возможности внесения корректировок декларации после выпуска товара, а также вопрос по исключению условия, установленного в абзаце третьем пункта 1 статьи 289 ТК РК «если к моменту получения обращения декларанта таможенный орган не уведомил его о месте и времени проведения таможенного досмотра и

⁷⁸ Рожко Г. Трудности работы над ошибками после выпуска товара. – Интернет-ресурс ПРОВЭД <http://провэд.пф/analytics/legal-expertise/23803-tpudnosti-paboty-nad-oshibkami-posle-vypuska-tovapa.html>

(или) не принял решения о проведении иных форм таможенного контроля в отношении товаров».

Кроме того эксперты обращают внимание на административную ответственность за выявленные технические ошибки в декларации: «Впервые нормы, допускающие возможность внесения изменений в таможенную декларацию после выпуска товаров, были чётко закреплены лишь в таможенном законодательстве Таможенного союза: Решением Коллегии ЕЭК № 289, принятом в развитие пункта 2 статьи 191 ТК ТС, предусмотрено, что сведения, указанные в декларации на товары, могут быть изменены или дополнены после выпуска товаров по инициативе декларанта на основании его письменного обращения. Вместе с тем, получение таможенным органом обращения о самостоятельно выявленных ошибках, всё так же является поводом к возбуждению дела об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрено статьёй 16.2 КоАП»⁷⁹.

Ответственность за нарушение порядка таможенного декларирования товаров устанавливает статья 535 КоАП РК, согласно которой лицо не подлежит привлечению к административной ответственности в следующих случаях при:

1) изменении кода товаров при пересмотре решений по классификации товаров после их выпуска в случае, когда установлен факт неверной классификации товаров должностным лицом органа государственных доходов до выпуска товаров;

2) самостоятельном устранении нарушений, выявленных по результатам камеральной таможенной проверки, в течение тридцати рабочих дней со дня, следующего за днем вручения проверяемому лицу уведомления об устранении нарушений по результатам камеральной таможенной проверки;

3) самостоятельном выявлении и добровольном устранении нарушений в течение одного года после выпуска товаров до начала проведения выездной таможенной проверки.

В целях учета рекомендаций экспертов предлагаем предусмотреть в качестве основания освобождения от административной ответственности декларантов, которые внесли изменения в декларацию в целях устранения технических ошибок.

4. Статья 9 ТК РК устанавливает перечень прав таможенных органов, среди которых указано следующее право: «запрашивать и получать от государственных органов Республики Казахстан и органов иностранных государств, декларантов, лиц, осуществляющих деятельность в сфере таможенного дела, и проверяемых лиц, необходимую информацию, а также документы и сведения, относящиеся к сфере таможенного дела».

Статья 10 ТК РК регламентирует обязанности таможенных органов. При этом в перечне обязанностей отсутствует обязанность предоставления

⁷⁹ Рожко Г. Трудности работы над ошибками после выпуска товара. – Интернет-ресурс ПРОВЭД <http://провэд.пф/analytics/legal-expertise/23803-tpudnosti-paboty-nad-oshibkami-posle-vypuska-tovapa.html>

декларантам документов и сведений, относящихся к сфере таможенного регулирования.

Между тем возникают ситуации, когда участники ВЭД нуждаются в получении дубликата декларации. Однако правовых оснований получения такого документа у них нет.

Справочно:

Из форума <http://forum.zakon.kz/topic/109132>:

«- Были утеряны таможенные документы, в т.ч. и ГТД, как их восстановить?»

- помогите пожалуйста, утеряно несколько ГТД, есть копии первых страниц, но нам нужен полный документ. писали в таможеню с просьбой о восстановлении, но нам отказали. подскажите пожалуйста, если таможенный орган обязан восстанавливать (предоставлять копии) утерянные ГТД или нет, чтобы у нас была причина настаивать на своей просьбе? и куда еще можно обратиться за восстановлением? а также что грозит нашей компании за утерю данных документов?

- дело в том что та же таможеня запросила у нас отчет, где нужно расписать стат. и таможенную стоимость, которая указана на других страницах ГТД, и которых в бухгалтерии нет (так мне объясняет бухгалтерия). чтобы сделать им этот отчет мы просили восстановить ГТД... хорошо, будем писать и писать пока они нам не предоставят копии.

- Таможенный орган обязан хранить Декларации на товары до 5 лет. Но не обязан предоставлять их копии по требованию/просьбе участника ВЭД. В общем, это на их усмотрение».⁸⁰

На основании изложенного, рекомендуем определить за участниками ВЭД право, а за таможенными органами обязанность по предоставлению дубликатов или копий деклараций.

5. В публикациях отмечается проблема выявления факта недостоверного декларирования, выразившегося в заявлении неверного количества товара: «В случае если факт недостачи обнаружен после таможенного оформления товара, такой товар должен быть переоформлен на таможне с учетом фактического количества. В подтверждение недостачи следует представить на таможеню такие документы, как коммерческий акт, акт товароведческой экспертизы, заявление поставщика о недогрузке и т.п. Часто недостачи товаров возникают и по вине перевозчиков. Случаи разворывания в пути следования товара, нередко с использованием поддельных средств таможенной идентификации, также доставляют немало неприятностей предпринимателям».⁸¹

Однако судя по содержанию форума,⁸² участники ВЭД сталкиваются с проблемой толкования норм ТК РК в части оплаты таможенных платежей за похищенный товар.

Справочно:

Из форума <http://forum.zakon.kz/topic/162523>:

«- Компания получила импортный товар с недостачей. Хищение ТМЦ скорее всего произошло на территории стран участницы ТС. Поскольку ввоз в ТС произошел в августе т.г., а также компания получила из РФ уведомление и акт в октябре т.г. о

⁸⁰ Утеря таможенных документов! Как их восстановить? // <http://forum.zakon.kz/topic/109132>

⁸¹ Таможенное оформление товаров с недостачей // "Белорусский рынок", № 47, декабрь, 2002. Интернет-ресурс DИCSA http://www.dicsa.net/bel_publications/4/back.html

⁸² растаможка после недостачи // <http://forum.zakon.kz/topic/162523>

недостаче ТМЦ. По прибытию в ноябре составлен акт экспертизы ТПП РК по недостатке. В настоящее время таможня Казахстана утверждает, что компания должна растамаживать/декларировать весь товар, заявленный при ввозе при пересечении границ ТС. Однако по факту более 50% этого товара похищено. Мало того, что компания потерпела имущественный ущерб, ее еще заставляют растамаживать всю стоимость товара. Письменное обращение в ДТК на рассмотрении. Но учитывая, что по аналогичному случаю имеется письменный ответ, ожидаю пространственный отказ (в приложении). Есть пути решения ситуации или это вновь недоработка действующего там. законодательства?

- В устной форме ДТК говорит, что растаможке подлежит товар в том количестве, в котором он заехал в ТС, т.е. в том числе и похищенный. Не согласен с такой позицией.

- Где в Законе прописано, что партия товара должна декларироваться целиком согласно инвойса, если кража/хищение произошло на территории ТС и партия товара пересекала границу ТС в полном объеме?! Это страховой случай. Условия поставки товаров здесь также ни играют никакой роли. Условия поставки лишь регулируют ответственность той или иной стороны на каждом этапе поставки, но не право владения/собственности товаром. В данном случае импортёр имеет 100% право заявить только фактический пришедший объём товара. Если ДТК откажет, то остаётся только Суд». ⁸³

Противоречивые выводы в данном случае возникают в связи со следующими обстоятельствами. Согласно пункту 2 статьи 253 ТК РК **обязанность по уплате ввозных таможенных пошлин, налогов при прибытии товаров на таможенную территорию Таможенного союза прекращается у перевозчика:**

1) при доставке товаров в место прибытия и размещении на временное хранение или помещении под таможенную процедуру в месте прибытия, а также при убытии товаров с таможенной территории Таможенного союза, если эти товары после прибытия на таможенную территорию Таможенного союза не покидали места перемещения товаров через таможенную границу Таможенного союза;

2) в случаях, установленных пунктом 2 статьи 129 настоящего Кодекса:

Пункт 2 статьи 129 ТК РК гласит: **«Обязанность по уплате таможенных пошлин, налогов прекращается** в следующих случаях:

1) уплаты или взыскания таможенных пошлин, налогов в размерах, установленных настоящим Кодексом;

2) помещения товаров под таможенную процедуру выпуска для внутреннего потребления с предоставлением льгот по уплате таможенных пошлин, налогов, не сопряженных с ограничениями по пользованию и (или) распоряжению этими товарами;

3) **уничтожения (безвозвратной утраты) иностранных товаров вследствие аварии или действия непреодолимой силы либо в результате естественной убыли при нормальных условиях перевозки (транспортировки) и (или) хранения;**

4) если размер неуплаченной суммы таможенных пошлин, налогов не превышает сумму, эквивалентную пяти евро по рыночному курсу валют,

⁸³ растаможка после недостачи // <http://forum.zakon.kz/topic/162523>

устанавливаемому в соответствии с налоговым законодательством Республики Казахстан и действующему на момент возникновения обязанности по уплате таможенных пошлин, налогов;

5) помещения товаров под таможенную процедуру отказа в пользу государства, если обязанность по уплате таможенных пошлин, налогов возникла до регистрации таможенной декларации на помещение товаров под эту таможенную процедуру;

6) обращения товаров в собственность государства;

7) обращения взыскания на товары, в том числе за счет стоимости товаров, в соответствии с законодательством Республики Казахстан;

8) отказа в выпуске товаров в соответствии с заявленной таможенной процедурой, в отношении обязанности по уплате таможенных пошлин, налогов, возникшей при регистрации таможенной декларации на помещение товаров под эту таможенную процедуру;

9) при признании ее безнадежной к взысканию и списанию в порядке, определяемом Кодексом;

10) возникновения обстоятельств, с которыми Кодекс связывает прекращение обязанности по уплате таможенных пошлин, налогов.

В данном случае следует однозначно определиться, является ли хищение безвозвратной утратой вследствие действия непреодолимой силы.

В соответствии с пунктом 2 статьи 359 ГК РК лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет имущественную ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие **непреодолимой силы**, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств (стихийные явления, военные действия и т.п.). К таким обстоятельствам не относится, в частности, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, работ или услуг.

Кража и хищение прямо не указаны в пункте 2 статьи 359 ГК РК как следствие непреодолимой силой. При этом в научных публикациях представлено следующее мнение: «Спорным является вопрос признания форс-мажором преступных действий третьих лиц. Арбитражный суд Московской области признал факт совершения кражи товара в качестве форс-мажорного обстоятельства, которое общество не могло предотвратить.

ФАС Московского округа не признано обстоятельством непреодолимой силы, освобождающим перевозчика от ответственности, хищение груза во время перевозки, так как в данном случае хищение не могло рассматриваться как обстоятельство, избежать которого перевозчик не мог и последствия которого не могли быть им предотвращены, например, путем страхования своей ответственности. В частности, суд указал, что ответчик, являясь профессиональным перевозчиком, не мог не предполагать того обстоятельства, что при транспортировке дорогостоящего груза возможно его хищение, в том числе путем разбойного нападения.

Наконец, в своём постановлении суд разъясняет, что преступный акт является действием, а не событием, следовательно, объективная непредотвратимость в таком случае отсутствует.

Даже в случае, если преступление условиями договора прямо отнесено к обстоятельствам форс-мажора, суды не расценивают это как основание для освобождения от ответственности, поскольку отсутствует признак непредотвратимости»⁸⁴.

Кроме того пункты 3 и 4 статьи 253 ТК РК дают возможность сделать вывод о необходимости уплаты пошлин на похищенную часть товара: «3. При прибытии товаров на таможенную территорию Таможенного союза **сроком уплаты ввозных таможенных пошлин, налогов считается:**

1) при недоставке товаров в место прибытия - день пересечения товарами таможенной границы Таможенного союза, а если этот день не установлен - день выявления факта недоставки товаров в место прибытия;

2) **при утрате товаров в месте прибытия**, за исключением уничтожения (безвозвратной утраты) вследствие аварии или действия непреодолимой силы, либо в результате естественной убыли при нормальных условиях перевозки (транспортировки) и хранения, - **день пересечения товарами таможенной границы Таможенного союза**, а если этот день не установлен - **день выявления факта утраты товаров;**

3) при вывозе товаров из места прибытия на остальную часть таможенной территории Таможенного союза без размещения на временное хранение или помещения их под таможенную процедуру в месте прибытия - день пересечения товарами таможенной границы Таможенного союза, а если этот день не установлен - день выявления факта такого вывоза.

4. Ввозные таможенные пошлины, налоги **подлежат уплате** в размерах, соответствующих суммам ввозных таможенных пошлин, налогов, **которые подлежали бы уплате** при помещении товаров под таможенную процедуру выпуска для внутреннего потребления, исчисленным исходя из ставок таможенных пошлин, налогов, таможенной стоимости, их физической характеристики в натуральном выражении (количество, масса, объем или иная характеристика) и рыночного курса валют, устанавливаемого в соответствии с налоговым законодательством Республики Казахстан и действующего на день пересечения товарами таможенной границы Таможенного союза, а если этот день не установлен - **на день выявления факта недоставки товаров** в место прибытия, утраты их в месте прибытия либо вывоза из места прибытия на таможенную территорию Таможенного союза без размещения на временное хранение или помещения их под таможенную процедуру в месте прибытия».

Таким образом, согласно статье 253 ТК РК уплата таможенных пошлин за похищенный товар обязательна. Однако рекомендуем рассмотреть вопрос

⁸⁴ Обухов Р.В., Бакуева М.Г. Анализ обстоятельств непреодолимой силы (форс-мажор) как оснований освобождения от ответственности за неисполнение договорных обязательств // Вопросы современной юриспруденции: сб. ст. по матер. XIX междунар. науч.-практ. конф. Часть I. – Новосибирск: СибАК, 2012. // <https://sibac.info/conf/law/xix/30426>

по установлению в статье 129 ТК РК в качестве основания прекращения обязанности по уплате таможенных пошлин, налогов в случае кражи или хищения товара.

6. По пункту 1 статьи 100 ТК РК определение таможенной стоимости товаров, ввозимых на таможенную территорию Таможенного союза, производится путем применения следующих методов:

- 1) по стоимости сделки с ввозимыми товарами;
- 2) по стоимости сделки с идентичными товарами;
- 3) по стоимости сделки с однородными товарами;
- 4) вычитания стоимости;
- 5) сложения стоимости;
- 6) резервного.

При этом основным методом определения таможенной стоимости товаров является метод по стоимости сделки с ввозимыми товарами.

Так, согласно пункту 1 статьи 4 Соглашения об определении таможенной стоимости товаров, перемещаемых через таможенную границу таможенного союза, ратифицированного Законом Республики Казахстан от 23 февраля 2009 года № 139-IV, **таможенной стоимостью товаров**, ввозимых на таможенную территорию Таможенного союза, является стоимость сделки с ними, то есть **цена, фактически уплаченная или подлежащая уплате** за эти товары при их продаже для вывоза на таможенную территорию Таможенного союза и дополненная в соответствии с положениями статьи 5 настоящего Соглашения, при выполнении следующих условий:

1) отсутствуют ограничения в отношении прав покупателя на пользование и распоряжение товарами, за исключением ограничений, которые:

- установлены совместным решением органов таможенного союза;
- ограничивают географический регион, в котором товары могут быть перепроданы;

- существенно не влияют на стоимость товаров;

2) продажа товаров или их цена не зависят от каких-либо условий или обязательств, влияние которых на цену товаров не может быть количественно определено;

3) никакая часть дохода или выручки от последующей продажи, распоряжения иным способом или использования товаров покупателем не причитается прямо или косвенно продавцу, кроме случаев, когда в соответствии со статьей 5 настоящего Соглашения могут быть произведены дополнительные начисления;

4) **покупатель и продавец не являются взаимосвязанными лицами**, или покупатель и продавец являются взаимосвязанными лицами таким образом, что стоимость сделки с ввозимыми товарами приемлема для таможенных целей в соответствии с пунктом 4 настоящей статьи.

Аналогичные положения содержатся в статье 101 ТК РК.

Однако по информации форума⁸⁵ таможенные органы могут игнорировать таможенную стоимость, определенную на основе фактической договорной цены.

Справочно:

Из форума forum.zakon.kz/topic/164195:

- «Хочу отметить, что недавно заключил договор с одним гипермаркетом на поставку крупного объема мандаринов и нашел в Азербайджане продавца, который дает мне мандарины по цене 0,40 долларов США за кг, при этом в данную цену включены все расходы продавца, которые он несет до доставки груза до границы. В связи с тем, что объем поставки составляет 600 тонн, Я решил получать товар партиями и в этих целях хотел открыть периодическую декларацию на ввоз.

Вот здесь и начались у меня проблемы с таможенниками. Они отказываются мне выдавать карточку обеспечения уплаты таможенных платежей и налогов и зарегистрировать декларацию на товары (периодическую), ссылаясь на то, что у меня цена слишком заниженная по сравнению с ценовой информацией, которая в определенные промежутки времени составляется и направляются в территориальные таможенные органы для руководства в работе Таможенным комитетом МФ РК. Согласно ценовой информации таможенников, цена за кг мандаринов составляет 0,80 долларов США и они требуют с меня произвести корректировку таможенной стоимости ввозимого товара и уплачивать все налоги и платежи с цены по 0,80 долларов США.

В свою очередь, я не соглашаюсь с ними и твержу, что у меня характер сделки другой и имеется контракт, предоплата и цена сделки определена в самом контракте и требую с них применять основной метод определения таможенной стоимости - по методу сделки».

- «Да, с корректировкой там. стоимости ДТК очень любят избирать не смотря ни на что только их устраивающие методы определения стоимости ввозимого товара».

- «Как показывает практика, таможенная стоимость является основным проблемным вопросом, с которым сталкивается большинство участников внешнеэкономической деятельности и, прежде всего, импортеры. Это объясняется тем, что применяемая таможенными органами система управления рисками (СУР) ориентирована в первую очередь на стоимостные показатели. В связи с этим при импорте тех или иных товаров зачастую «срабатывают» стоимостные профили рисков, что, как правило, влечет запрос таможеней дополнительных документов для подтверждения заявленной стоимости. Зачастую таможеня запрашивает излишние документы, которые не предусмотрены действующими нормативными актами. Более того, получив от декларанта все требуемые документы, таможенный орган нередко игнорирует отдельные из них и выносит решение о корректировке таможенной стоимости исходя из средней ценовой информации, содержащейся в ведомственных базах данных».⁸⁶

Данное обстоятельство подтверждается и судебной практикой. Так, решением⁸⁷ специализированного межрайонного экономического суда города Астаны в деле об оспаривании решений о корректировке таможенной стоимости товаров, изучив представленные доказательства, суд пришел к выводу о признании решений о корректировке таможенной стоимости

⁸⁵ forum.zakon.kz/topic/164195

⁸⁶ Корректировка таможенной стоимости или угрозы со стороны таможни от 7 марта 2014 года// <http://forum.zakon.kz/topic/164195>

⁸⁷ Решение специализированного межрайонного экономического суда города Астаны, дата 29.10.2012. Дело № 02-6800-12

товаров незаконными и недействительными, поскольку истец (декларант), при таможенной очистке, обоснованно применил основной метод определения таможенной стоимости товара - метод по стоимости сделки с ввозимыми товарами, который предусмотрен статьей 101 ТК РК.

Справочно:

Согласно содержанию вышеуказанного решения суда фактически, таможенные органы при выставлении уведомления ввиду произведенных доначислений фактически руководствовались резервным методом. Основанием для использования данного метода определения стоимости товаров послужило наличие взаимосвязи продавца и покупателя в сочетании с низкими ценами декларируемых товаров, дающие основания полагать согласно информации, имеющейся у таможенных органов, о влиянии взаимосвязи на цену, фактически уплаченную или подлежащую уплате за товары.

Вместе с тем, согласно пункту 3 статьи 101 ТК РК факт взаимосвязи между продавцом и покупателем сам по себе не должен являться основанием для признания стоимости сделки неприемлемой для целей определения таможенной стоимости товаров. В этом случае должны быть проанализированы сопутствующие продаже обстоятельства. Если указанная взаимосвязь не повлияла на цену, фактически уплаченную или подлежащую уплате, стоимость сделки должна быть признана приемлемой для целей определения таможенной стоимости товаров.

На основании изложенного предлагаем рассмотреть вопрос по разработке в рамках ТК РК механизма, предотвращающего неверный выбор метода определения таможенной стоимости, таможенным органом.

7. Статья 7 ТК РК установила следующий перечень принципов деятельности таможенных органов:

- 1) законности;
- 2) обеспечения прав, свобод и законных интересов участников внешнеэкономической деятельности и лиц, осуществляющих деятельность в сфере таможенного дела;
- 3) равенства всех перед законом;
- 4) гласности.

Вместе с тем комплексный анализ правовых норм, регулирующих таможенное оформление, научных подходов к этому вопросу позволяет выделить следующую систему принципов правового обеспечения таможенного оформления.

Во-первых, это принцип законности, предполагающий, что отношения, складывающиеся в области таможенного оформления, должны быть урегулированы нормами таможенного законодательства и все участники таких отношений должны действовать в строгом соответствии с указанными нормами.

Во-вторых, это принцип формальной определенности, предполагающий использование таких формулировок в нормах, регулирующих таможенное оформление товаров, которые обеспечивают единообразное их понимание участниками соответствующих правоотношений.

В-третьих, это принцип системности, предполагающий, что правовое обеспечение таможенного оформления должно основываться на отсутствии нормативных коллизий, а в случае наличия противоречий - их оперативном устранении.

Четвертый принцип - принцип комплексности, определенный комплексностью самого института таможенного оформления, в котором сочетаются правовые и экономические элементы, регулируемые различными отраслями права.

Пятый принцип - принцип целесообразности, предполагающий при выборе альтернатив правовых решений, определении пределов и способов правового обеспечения операций таможенного оформления, учитывать соответствие мер целям, т.е. способность таких решений обеспечить решение поставленных задач и соответствие им затрачиваемых средств.

Шестой принцип - принцип соблюдения баланса частных и публичных интересов, предполагающий обеспечение компромисса между обеспечением необходимой меры контроля в целях защиты экономической безопасности страны и одновременным содействием в формировании благоприятных условий для осуществления деятельности участникам ВЭД.⁸⁸

В этой связи рекомендуем дополнить статью 7 ТК РК вышеуказанными принципами.

8. Согласно пункту 2 статьи 278 ТК РК перечень сведений, подлежащих указанию в таможенной декларации, **ограничивается только сведениями, которые необходимы для исчисления и взимания таможенных платежей и налогов, формирования таможенной статистики и применения таможенного законодательства Таможенного союза и иного законодательства Республики Казахстан.**

При этом по пункту 1 статьи 78 ТК РК товары при их таможенном декларировании подлежат классификации по Товарной номенклатуре внешнеэкономической деятельности (ТН ВЭД).

ТН ВЭД - основа системы описания и кодирования товаров, используемой для формирования таможенного тарифа. Товар, включенный в таможенный тариф, должен идентифицироваться в его номенклатуре под каким-либо наименованием, которому соответствует определенная строка тарифа с указанием ставки таможенной пошлины. Идентифицированный таким образом товар в соответствии с заранее установленными правилами может включаться в более широкие видовые и родовые группы, а также в разделы схожих по каким-либо признакам товаров. Таким образом, от точности и достоверности указания в таможенной декларации кода товара в соответствии с ТН ВЭД зависит величина причитающихся к уплате таможенных пошлин и налогов, применение к товарам мер нетарифного регулирования. Этим обуславливается важность проверки должностными

⁸⁸ Проблемные аспекты таможенного оформления // Интернет-ресурс «Таможенный брокер». - <http://www.brokert.ru/material/problemy-tamojennogo-oformlenija>

лицами таможенного органа заявленного в декларации кода товара для целей таможенного оформления и таможенного контроля.⁸⁹

В этой связи по пункту 1 статьи 200 ТК РК таможенные органы проверяют документы и сведения, представленные при совершении таможенных операций, с целью установления достоверности сведений, подлинности документов и (или) правильности их заполнения и (или) оформления.

Однако в правоприменительной практике при выявлении фактов заявления в таможенной декларации недостоверных сведений о коде товаров таможенные органы сталкиваются с рядом проблем⁹⁰.

Отмечаем, что статья 21 ТК ЕАЭС регламентирует вопросы принятия решения о классификации товаров, решения и разъяснения о классификации отдельных видов товаров, принимаемые таможенными органами. В частности пункт 6 статьи 21 гласит: «В целях обеспечения единообразного применения Товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности таможенные органы, определенные законодательством государств-членов о таможенном регулировании, могут принимать решения и **давать разъяснения о классификации отдельных видов товаров в порядке, установленном законодательством государств-членов о таможенном регулировании**».

В этой связи предлагаем рассмотреть вопрос по включению в ТК РК нормы, согласно которой вопросы определения кода ТН ВЭД разъясняются таможенными органами.

9. В соответствии с пунктом 1 статьи 28 ТК РК основаниями для исключения из реестра таможенных представителей являются:

1) несоблюдение условий включения в реестр таможенных представителей;

2) заявление таможенного представителя об исключении его из реестра таможенных представителей;

3) ликвидация юридического лица в соответствии с законодательством Республики Казахстан;

4) **реорганизация юридического лица, за исключением преобразования.**

Аналогичные основания предусмотрены для исключения из реестра таможенных перевозчиков (статья 36 ТК РК), исключения из реестра владельцев складов временного хранения (статья 43 ТК РК), исключения из реестра владельцев таможенных складов (статья 50 ТК РК), исключения из реестра владельцев магазинов беспошлинной торговли (статья 57 ТК РК), отзыва свидетельства о включении в реестр уполномоченных экономических операторов (статья 63 ТК РК), исключения из реестра владельцев складов хранения собственных товаров (статья 264 ТК РК).

⁸⁹ Проблемные аспекты таможенного оформления // Интернет-ресурс «Таможенный брокер». - <http://www.brokert.ru/material/problemy-tamojennogo-oformlenija>

⁹⁰ Проблемные аспекты таможенного оформления // Интернет-ресурс «Таможенный брокер». - <http://www.brokert.ru/material/problemy-tamojennogo-oformlenija>

Вместе с тем в группе ⁹¹ по таможенному праву был задан вопрос относительно исключения лица из реестра на основании его реорганизации.

Справочно:

Имелось в виду, что организацию хотят исключить из реестра владельцев СВХ, т.к. произошла реорганизация в форме присоединения к этой организации другого юр.лица. При этом организация продолжает свою деятельность, а не прекратила ее как другое юр. лицо. Вправе ли таможня исключить организацию из реестра? ⁹²

Реорганизация юридического лица может производиться в следующих формах: слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование. Согласно статье 46 ГК РК при слиянии юридических лиц права и обязанности каждого из них переходят к вновь возникшему юридическому лицу в соответствии с передаточным актом.

При присоединении юридического лица к другому юридическому лицу к последнему переходят права и обязанности присоединенного юридического лица в соответствии с передаточным актом.

При разделении юридического лица его права и обязанности переходят к вновь возникшим юридическим лицам в соответствии с разделительным балансом.

При выделении из состава юридического лица одного или нескольких юридических лиц к каждому из них в соответствии с разделительным балансом переходят права и обязанности реорганизованного юридического лица.

При преобразовании юридического лица одного вида в юридическое лицо другого вида (изменении организационно-правовой формы) к вновь возникшему юридическому лицу переходят права и обязанности реорганизованного юридического лица в соответствии с передаточным актом.

Так как присоединение предполагает процесс вхождения одной или нескольких организаций в одну, то головная организация поглощает активы других, при этом сохраняя все свои активы.

В этой связи считаем целесообразным помимо преобразования, определить слияние исключительным случаем основания «реорганизация юридического лица, за исключением преобразования».

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере таможенного права, ТК РК содержит допустимое число отсылочных и бланкетных норм. Применение отсылочных и бланкетных

⁹¹ Группа «Таможенное право»: обсуждение, вопросы, юридические консультации на интернет-ресурсе Юридическая Социальная Сеть 9111.ru // <https://www.9111.ru/questions/q12843158-tak-chto-zhe-ponimaetsya-pod-reorganizatsiyev-tamozhennom-kodekse.html>

⁹² Группа «Таможенное право»: обсуждение, вопросы, юридические консультации на интернет-ресурсе Юридическая Социальная Сеть 9111.ru // <https://www.9111.ru/questions/q12843158-tak-chto-zhe-ponimaetsya-pod-reorganizatsiyev-tamozhennom-kodekse.html>

норм является оправданным и не противоречит статье 62 Конституции и требованиям Закона «О правовых актах».

Относительно отсылочных норм ТК ТС и ТК ЕАЭС член коллегии (министр) по таможенному сотрудничеству ЕЭК В. Гошин указывает: «Еще до начала работы над проектом ТК ЕАЭС в рамках работы консультативного комитета по таможенному регулированию был проведен анализ имеющихся в ТК ТС отсылочных норм на национальное законодательство. Мы получили четкую картину, как эти нормы реализованы в национальных таможенных законах. Эксперты, работая над проектом ТК ЕАЭС, используют эту информацию и обсуждают исключение отсылочных норм, которые вызывают различное правовое регулирование таможенных правоотношений либо не были востребованы и реализованы в национальных актах. Однако совсем исключить такие отсылки не планируется, да и не получится. Большинство отсылочных норм связано с тем, что другие отрасли законодательства государств не унифицированы (налоговое, валютное, административное, банковское, законодательство об электронном документе), соблюдение норм которых необходимо и при таможенном регулировании».⁹³

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов
Коррупциогенных факторов не выявлено.

⁹³ Таможенный кодекс ЕАЭС принесет предпринимателям только выгоду - министр ЕЭК. - 31 июля 2014. - Источник, интернет-ресурс: ИА ВNews.kz // <http://www.zakon.kz/4643368-tamozhennyj-kodeks-eajes-prineset.html>

СПРАВКА
по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан
13 мая 2003 года № 415-III
«Об акционерных обществах»

Показатель 1. Общая информация о Законе:

1.1. Предмет правового регулирования:

Закон определяет правовое положение, порядок создания, деятельности, реорганизации и ликвидации акционерного общества; права и обязанности акционеров, а также меры по защите их прав и интересов; компетенцию, порядок образования и функционирования органов акционерного общества; полномочия, порядок избрания и ответственность его должностных лиц.

1.2. Отрасль законодательства:

Согласно постановлению Правительства Республики Казахстан от 26 декабря 2002 года № 1378 «О Классификации отраслей законодательства Республики Казахстан» анализируемый Закон относится к отрасли законодательства о субъектах гражданских прав под шифром 030.001.000.

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства.

Анализируемый Закон соответствует стратегическим целям государства в части развития бизнес-среды. Главой государства в Послании от 31 января 2017 г. «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» было отмечено, что вторым приоритетом модернизации является *кардинальное улучшение и расширение бизнес-среды*.

В рамках второго приоритета Главой государства поставлена цель к 2050 году обеспечить вклад малого и среднего бизнеса в валовой внутренний продукт страны не менее 50 процентов. Для достижения данной цели Президентом были поставлены следующие задачи:

1) *«правительству с 2017 года приступить к реализации Программы продуктивной занятости и развития массового предпринимательства;*

2) *правительству совместно с Национальной палатой предпринимателей «Атамекен» принять меры по фронтальному снижению всех видов издержек для бизнеса. Особенно это касается стоимости услуг в энергетике, транспорте и логистике, а также в ЖКХ;*

3) *снизить доли государства в экономике до 15 процентов в ВВП, до уровня стран ОЭСР;*

4) *расширить государственно-частное партнерство. Речь идет о передаче ряда госуслуг бизнесу;*

5) *не допускать ценовых и тарифных сговоров, Правительству совместно с НПП «Атамекен» провести «ревизию» всего законодательства на предмет выявления норм, препятствующих конкуренции»⁹⁴.*

⁹⁴ Послание Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 г. «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность».

В послании Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана от 17 января 2014 года была поставлена задача по внедрению принципов и стандартов Организации экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР) для вхождения Казахстана в число 30 самых развитых стран мира.

В целях повышения конкурентоспособности и эффективности деятельности казахстанских акционерных обществ актуальным является вопрос совершенствования действующего законодательства с учетом Принципов корпоративного управления ОЭСР.

Постановлением Правительства Республики Казахстан «Об утверждении Комплексного плана работ по внедрению стандартов корпоративного управления стран Организации экономического сотрудничества и развития и дальнейшему улучшению инвестиционного бизнес-климата в рамках Таможенного союза» от 21 июня 2013 года № 643 предусмотрена разработка Концепции проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам корпоративного управления».

В целом можно сделать вывод о том, что Закон соответствует стратегическим целям государства.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Анализируемый Закон соответствует нормам Конституции, что подтверждается пунктом 4 статьи 26 Конституции РК, который гласит, 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.* Также пунктом 3 статьи 61 Конституции предусмотрено право Парламента по изданию законов, которые регулируют важнейшие общественные отношения, устанавливают основополагающие принципы и нормы, касающиеся правосубъектности физических и *юридических лиц*, гражданских прав и свобод, обязательств и ответственности физических и юридических лиц.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан.

В рамках стран СНГ подписано Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности (Ашгабат, 24 декабря 1993 г.), которое ратифицировано Постановлением Верховного Совета РК от 23.06.94 г. № 99-ХІІІ, и вступило в силу 21 ноября 1994 г. Статьей 1 данного Соглашения предусмотрено, что стороны *сотрудничают* в разработке и осуществлении

инвестиционной политики в отношении своих *хозяйствующих субъектов*, а также хозяйствующих субъектов государств, не являющихся участниками настоящего Соглашения, и международных организаций с целью обеспечения взаимной защиты интересов Сторон в этой области.

В соответствии с Соглашением одним из видов инвесторов выступают *юридические лица*, а также в статье 12 Соглашения указано обязательство сторон по поддержанию разнообразия организационно-правовых форм сотрудничества в ходе рассмотрения вопроса, касающегося *создания и регистрации юридических лиц*. Данное обязательство выполняется Республикой Казахстан, а именно Гражданским кодексом предусмотрены различные организационно-правовые формы юридических лиц, в том числе акционерное общество.

В рамках ЕвразЭС 29 мая 2014 года в городе Астана был подписан Договор о Евразийском экономическом союзе, впоследствии был ратифицирован Законом РК от 14.10.2014 № 240-V. Статья 66 вышеуказанного Договора устанавливает *запрет* государствам-членам Союза в части введения новых дискриминационных мер в отношении учреждения и деятельности лиц других государств-членов по сравнению с режимом, действующим на дату вступления в силу указанного Договора.

Законом Республики Казахстан от 25 марта 2016 года № 475-V ЗРК ратифицировано «Соглашение о расширенном партнерстве и сотрудничестве между Республикой Казахстан, с одной стороны, и Европейским Союзом и его государствами-членами, с другой стороны», совершенное в Астане 21 декабря 2015 года. Статьей 219 указанного Соглашения определено, что *стороны развивают и укрепляют сотрудничество в области малых и средних предприятий*.

На основании вышеизложенного, следует сделать вывод о том, что *Закон соответствует международным обязательствам Республики Казахстан*.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

Анализируемый Закон *не противоречит* нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан.

В ходе анализа было выявлено следующее *несоответствие* нормы Закона нормам Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – ГК РК).

В соответствии с пунктом 3 статьи 92 ГК РК **решение вопросов, отнесенных к исключительной компетенции общего собрания акционеров, не может быть передано иным органам акционерного общества**. В частности, невозможно передать право принятия решений по соответствующим вопросам другим органам акционерного общества (далее – АО) ни включением предусматривающих такую передачу

положений в устав АО, ни принятием решения о передаче компетенции самим общим собранием акционеров.

В свою очередь, исключительность компетенции общего собрания акционеров также означает недопустимость принятия другими органами решений по вопросам, отнесенным к исключительной компетенции общего собрания акционеров, независимо от того, осуществляется это по инициативе самого такого органа или по указанию вышестоящего органа.

Норма ГК РК сформулирована **категорично и не допускает каких-либо отступлений от нее**. В основной своей части она воспроизведена в пункте 3 статьи 36 Закона, в соответствии с которым также не допускается передача вопросов, принятие по которым отнесено к исключительной компетенции общего собрания акционеров, в компетенцию других органов, должностных лиц и работников общества.

Вместе с тем, содержание пункта 3 статьи 36 Закона **противоречит пункту 3 статьи 92 ГК РК**, поскольку *допускает, чтобы иное могло быть предусмотрено при регулировании этого вопроса в самом Законе или иных законодательных актах*.

Полагаем, что вышеизложенное несоответствие должно быть устранено путем **приведения в соответствие пункта 3 статьи 36 Закона с пунктом 3 статьи 92 ГК РК**.

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

В анализируемом Законе были выявлены нижеприведенные коллизии между нормами Закона и иных законов.

1. Было выявлено **противоречие** между статьей 27 и подпунктом 4) пункта 2 статьи 53 Закона. Статья 27 анализируемого Закона устанавливает случаи, при которых АО *обязано выкупить акции* по требованию акционера. По смыслу подпункта 4) пункта 2 статьи 53 Закона решение о выкупе акций относится к исключительной компетенции Совета директоров АО.

На практике указанное противоречие порождает следующую проблему⁹⁵. Имеются случаи, когда при наличии одного из оснований (*пункт 1 статьи 27 Закона*), при котором АО *обязано выкупить акции*, АО, ссылаясь к подпункту 4) пункта 2 статьи 53 Закона, полагает, что выкуп акций является правом.

В целях устранения коллизии предлагаем внести **уточняющую поправку** в подпункт 4) пункта 2 статьи 53 Закона, что решение Совета директоров о выкупе акций принимается только в случае, *когда такой выкуп инициирован самим обществом*.

2. В соответствии с частью второй пункта 4 статьи 43 Закона РК «О государственных закупках» от 4 декабря 2015 года № 434-V срок заключения

⁹⁵ Сравнительная таблица поправок в Закон Республики Казахстан «Об акционерных обществах», предоставленная Евразийской промышленной Ассоциацией в рамках общественного мониторинга.

договора о государственных закупках не может быть более тридцати календарных дней со дня подведения итогов конкурса.

Однако статьей 70 анализируемого Закона предусмотрены два этапа процедуры заключения крупных сделок. Во-первых, соответствующее решение принимается советом директоров акционерного общества; во-вторых, принятое решение подлежит утверждению общим собранием акционеров. При этом согласно статье 41 анализируемого Закона для утверждения соответствующего решения совета директоров общим собранием, акционеры должны быть извещены о проведении общего собрания не позднее, чем за тридцать календарных дней, а в случае заочного или смешанного голосования не позднее, чем за сорок пять календарных дней до даты проведения общего собрания. Кроме того, согласно пункту 2 статьи 57 Закона требуется до десяти дней для созыва совета директоров.

Вышеизложенное означает, что при заключении договора после проведения конкурса, так или иначе будет нарушен тридцатидневный срок, установленный Законом «О государственных закупках».

Как было отмечено М.З. Абильдиной, указанная проблема является «одной из наиболее актуальных проблем на практике, которая связана со сроком заключения договора о государственных закупках»⁹⁶.

На основании вышеизложенного предлагаем привести Закон «О государственных закупках» в соответствие с анализируемым Законом.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Пункт 6 статьи 82 анализируемого Закона определяет сторон договора о слиянии. Так, **договор о слиянии** должен быть подписан **всеми акционерами** реорганизуемых обществ.

По мнению Евразийской промышленной Ассоциации «на практике возникают проблемы, связанные со сбором подписи всех акционеров, включая владельцев привилегированных акций. В случаях, например, когда число акционеров общества *100 и более человек*, заключение договора о слиянии практически **невозможно**. Необходимо также учитывать, что *общее собрание акционеров не представляет само АО*, и тем более не выступает от его имени»⁹⁷.

В соответствии с пунктом 4 статьи 83 анализируемого Закона договор о присоединении должен быть *подписан руководителями исполнительных органов реорганизуемых обществ*.

Полагаем, что от имени акционерного общества **должен заключать все сделки**, в том числе подписывать договор о слиянии, руководитель исполнительного органа или иное лицо, уполномоченное на это в

⁹⁶ Абильдина М.З. Некоторые вопросы законодательства Республики Казахстан о государственных закупках.

⁹⁷ Сравнительная таблица поправок в Закон Республики Казахстан «Об акционерных обществах», предоставленная Евразийской промышленной Ассоциацией в рамках общественного мониторинга.

соответствии с учредительными документами общества. В связи с этим предлагаем *аналогично вышеуказанной норме* внести изменения в пункт 6 статьи 82 Закона в части изменения субъектов, уполномоченных подписывать договор о слиянии в следующей редакции:

«Договор о слиянии должен быть подписан **руководителями исполнительных органов** реорганизуемых обществ».

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

1. Один из принципов корпоративного управления ОЭСР гласит: «система корпоративного управления должна обеспечивать стратегическое руководство компанией, эффективный контроль за работой совета директоров, а также ответственность совета директоров перед компанией и акционерами»⁹⁸.

Среди приоритетов в области развития корпоративного законодательства в США и европейских странах можно назвать **ужесточение контроля и ответственности** членов совета директоров; ужесточение требований к внутреннему и внешнему аудиту; ужесточение требований к подотчетности и прозрачности публичных компаний.

Справочно: следует отметить, что в странах, занимающих ведущие позиции в рейтинге по индикатору «Защита миноритарных инвесторов» в рамках исследования Doing Business, в таких как Гонконг, Великобритания, Индия, Норвегия, Франция, Бразилия, главным внутренним механизмом корпоративного управления является совет директоров компании. основополагающим принципом корпоративного управления в данных странах принято четкое разделение в компании обязанностей между советом директоров и исполнительным органом. В частности, юрисдикцией данных стран предусматривается, что компания возглавляется эффективным советом директоров, обеспечивающим стратегическое руководство компанией, эффективный мониторинг и контроль. При этом совет директоров несет коллективную ответственность за руководство, управление и контроль за деятельностью компании, как повседневной так и в целом, объективность принимаемых решений в целях интересов компании, акционеров и иных заинтересованных лиц, а также гарантирует реализацию эффективного корпоративного управления в компании. Кроме того, на законодательном уровне большинства из перечисленных стран (Великобритании, Норвегии, Франции и Бразилии) установлены требования к квалификации членов совета директоров компании и постоянному повышению своей квалификации.

Как отметил Ф.С. Карагусов «положения об ответственности должностных лиц хозяйственного общества за надлежащее управление корпорацией являются **центральным институтом** современного корпоративного права. Его задача заключается в обеспечении правомерной и

⁹⁸ Принципы корпоративного управления ОЭСР:
<https://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/32159669.pdf>

стабильной деятельности корпораций, сохранении стабильности и надежности хозяйственных связей. Основными моментами в данном случае являются: (а) *необходимость разграничить ответственность должностных лиц и ответственность общества* и (б) *регламентировать основания возникновения ответственности должностных лиц общества*⁹⁹.

Должностными лицами акционерного общества являются члены совета директоров общества, его исполнительного органа или лицо, единолично осуществляющие функции исполнительного органа. Как отметил С.И. Климкин «выделение в Законе **особой категории** «должностное лицо акционерного общества» вызвано двумя обстоятельствами: во-первых, для регламентации основных принципов их деятельности, во-вторых, для установления их ответственности перед самим обществом»¹⁰⁰.

Однако одним из примеров несовершенства анализируемого Закона в части регулирования ответственности должностных лиц, можно отметить то, что в статьях 62, 63 Закон требует от должностных лиц АО действовать **не только в интересах самого общества**, но также **в интересах его акционеров**. Необходимо отметить, что должностные лица своими действиями *представляют только само АО*, и обязаны обеспечивать правомерность его деятельности. Интересы же акционеров *могут быть противоположными целям и интересам* самого АО. Однако, ссылаясь на эти нормы Закона, должностное лицо может доказать, что он действовал в интересах акционеров или же любого акционера, и тем самым **оправдать** причинение своими действиями ущерба самому АО.

На примерах ситуаций, связанных с АО «БТА Банк», АО «Альянс Банк», можно сделать вывод о том, что *на практике нередко директора действовали в интересах акционеров управляемого ими АО*, но во вред и против самого акционерного общества.

Полагаем, что, указанное в статьях 62 и 63 Закона, обязательство должностных лиц действовать в интересах АО и его акционеров следует **ограничить** только обязательством должностных лиц действовать в интересах АО.

2. В соответствии с частью второй пункта 2 статьи 59 Закона член исполнительного органа *вправе работать в других организациях* только с согласия совета директоров. Согласно данной норме работа члена исполнительного органа в других организациях может быть разрешена только в случае, если совет директоров одобрит это, в любых других случаях запрещена.

Цель вышеуказанной нормы состоит в **не допущении конфликта интересов** в случаях, когда член исполнительного органа АО, обладающий определенной информацией, не относящейся к коммерческой тайне, может

⁹⁹ Карагусов Ф.С. О текущем состоянии и основных аспектах совершенствования корпоративного законодательства Республики Казахстан.

¹⁰⁰ Климкин С.И. Юридические лица. Часть особенная. Коммерческие организации: Курс лекций. – Алматы: НИЦ КОУ, 2008 – 30с.

передать ее конкурирующим организациям, что будет негативно отражаться на деятельности АО. Однако в Законе не совсем понятно, что конкретно означает выражение «*работа в других организациях*».

Например, случаи оказания членом исполнительного органа определенных услуг для другой организации в соответствии с заключенным гражданско-правовым договором. Предметом такого договора могут стать и консультации для чужой организации, и предоставление информационных услуг, и т.п. Из буквального толкования нормы анализируемого Закона понятно, что речь идет о *трудовых функциях*, определенных трудовым договором. Однако работа или услуги в соответствии с гражданско-правовыми договорами (в том числе и в качестве члена совета директоров в другой компании) не относятся к трудовым отношениям, и, соответственно, не будут напрямую подпадать под действие указанной нормы.

По мнению С.И. Климкина «более того, недостатком приведенного правила является и то, что в ней говорится о работе членов исполнительного органа только применительно к другим организациям, *оставляя без внимания индивидуальных предпринимателей, или консорциумов* (простых товариществ). Индивидуальные предприниматели, консорциум (простое товарищество), хотя и могут, также как и организации, преследовать коммерческие цели, но в соответствии с положениями действующего гражданского законодательства не включены в понятие «организация», а потому, в буквальном понимании тоже не охватываются указанной выше нормой. Соответственно, правило этой нормы **должно быть расширено**, то есть она должна применяться не только в отношении работы членов исполнительного органа в организациях иных, нежели сама компания, но и в отношении их **работы по договорам**, осуществляемой ими для других лиц или их групп, не являющихся юридическими лицами»¹⁰¹.

Также в данной норме возникает вопрос о том, вправе ли член исполнительного органа выступать партнером или участником в другой организации, и существуют ли какие-либо ограничения по роду деятельности таких других организаций, в которых члены исполнительного были бы вправе осуществлять деятельность в качестве участников.

В целом, отсутствие правильной и детальной регламентации отношений, связанных с возможностью возникновения конфликтов интересов в компании, а в особенности, конфликта интересов в деятельности членов исполнительного органа, на практике приводят к тяжелым последствиям.

В этой связи в целях проведения мероприятий по избежанию в ходе управления компанией конфликтов интересов и минимизации рисков, связанных с ними, считаем необходимым **уточнение нормы** части 2 пункта 2 статьи 59 анализируемого Закона с учетом вышеизложенных замечаний.

¹⁰¹ С.И.Климкин. Аналитическая справка по Закону Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415-ІІ «Об акционерных обществах» (по состоянию на 18 ноября 2007 г.).

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Дублирующие нормы не были выявлены.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. Согласно статье 115 ГК РК *акция* как ценная бумага относится к *имущественным благам и правам*, но при этом **не является вещью**.

Пунктом 4 статьи 1 анализируемого Закона определено, что *акция* представляет собой **право**.

Статья 242 ГК регулирует порядок признания **бесхозяйными** только **вещей**. Поэтому ее применение к акциям противоречит как ГК РК, так и Закону. Исходя из этого, не следует применять нормы статьи 242 ГК РК к акциям и признавать их бесхозяйными.

Более того пунктом 4 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 8 «О применении законодательства об акционерных обществах» определено, что «согласно статьям 14 и 15 Закона акционер вправе, но не обязан участвовать в общем собрании акционеров. Неучастие акционера в общем собрании не может рассматриваться как нарушение им своих обязанностей. В этой связи признание акционера безвестно отсутствующим по причине длительного неучастия в делах общества по правилам статьи 317 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан **недопустимо**.

В случаях, когда акционер не участвует в управлении обществом и неизвестно его место жительства (место нахождения), общество должно зачислять дивиденды на указанный им счет в банке либо на счет акционера, созданный для перечисления задолженности общества по дивидендам.

В соответствии со статьей 115 ГК акция как ценная бумага относится к имуществу в виде финансового инструмента, следовательно, признание ее бесхозяйной с применением положений статьи 242 ГК **недопустимо»**¹⁰².

Однако в соответствии с обобщением судебной практики по рассмотрению споров, вытекающих из деятельности акционерных обществ за 2009 год, количество рассмотренных дел по признанию бесхозяйными акций **составило 51 дел**, что свидетельствует о распространенности данной проблемы.

В пример можно привести следующее судебное дело, рассмотренное по проблеме признания акций бесхозяйными. Так, открытое акционерное общество (ОАО) «МТС Т» просило **признать акции 308 акционеров**, не прошедших перерегистрацию в связи с тем, что зарегистрированы по документам, удостоверяющим личность, старого образца, **бесхозяйными**, мотивируя тем, что в соответствии с Законом в газете «Актюбинский вестник» объявлено о перерегистрации акционеров. Из 377 акционеров прошли перерегистрацию 69.

¹⁰² Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 8 «О применении законодательства об акционерных обществах».

Решением суда города Актобе от 2 июня 2006 г. признаны привилегированные акции ОАО «МТС Т», принадлежащие 308 акционерам, бесхозяйными, и переданы в собственность ОАО.

«Решение мотивировано тем, что в соответствии с подпунктом 2) пункта 1 статьи 15 Закона акционер обязан в течение 10 дней известить регистратора или номинального держателя акций, принадлежащих акционеру, об изменении сведений, необходимых для ведения реестра держателей акций. Акционеры не информировали регистратора об изменении своих данных, не участвовали в общих собраниях. На этом основании суд пришел к выводу, что указанными действиями акционеры фактически отказались от права собственности на акции.

Данный вывод суд обосновал частью 1 статьи 242 ГК, в силу которой бесхозяйной является вещь, которая не имеет собственника или собственник которой неизвестен, либо вещь, от права собственности на которую собственник отказался, а также частью 1 статьи 317 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан (ГПК РК), в соответствии с которой суд, признав, что движимая вещь не имеет собственника либо оставлена собственником без намерения сохранить право собственности на нее, выносит решение о признании ее бесхозяйной и передаче в собственность лица, вступившего во владение ею.

Законность решения **вызывает сомнение**, поскольку отсутствует свидетельство того, что 308 акционеров отказались от принадлежащих им акций, судом не принято мер к установлению местонахождения собственников акций, они не привлечены к участию в деле и не извещены по последнему известному месту жительства, вывод суда об уклонении акционеров от участия в собраниях голосовен. Также в нарушение части 1 статьи 315 ГПК заявителем не приведены доказательства оставления акций собственниками без намерения сохранить право собственности на них и вступления заявителя во владение ими»¹⁰³.

На основании изложенного выше в целях разрешения возникающих в судебной практике проблем предлагаем закрепить в анализируемом Законе процедуру признания акций бесхозяйными и требования к данной процедуре.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Анализируемый Закон содержит достаточное количество бланкетных и отсылочных норм.

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

Коррупциогенные факторы не были выявлены.

¹⁰³ Обобщение судебной практики по рассмотрению споров, вытекающих из деятельности акционерных обществ (Коллегия по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан, 2009).

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона.

1. В ходе анализа Закона было выявлено оценочное понятие, которое на практике не реализуется в силу неясности и более того создает определенные преграды в осуществлении деятельности АО.

В соответствии с частью второй пункта 4 статьи 57 Закона в случае рассмотрения вопроса о принятии решения о заключении крупной сделки и (или) сделки, в совершении которой имеется заинтересованность, информация о сделке должна включать сведения о сторонах сделки, сроках и условиях исполнения сделки, **характере и объеме долей участия вовлеченных лиц**, а также отчет оценщика *(в случае, предусмотренном пунктом 1 статьи 69 настоящего Закона)*.

Согласно подпункту 3) пункта 1 статьи 79 Закона совершение обществом крупных сделок и сделок, в совершении которых обществом имеется заинтересованность, информация о сделке, в результате которой приобретается либо отчуждается имущество на сумму десять и более процентов от размера активов общества, должна включать сведения о сторонах сделки, приобретенных или отчуждаемых активах, сроках и условиях сделки, **характере и объеме долей участия вовлеченных лиц**, а также иные сведения о сделке.

Предлагаем исключить в указанных нормах оценочные требования о предоставлении информации **о характере и объеме долей участия вовлеченных лиц по сделке**. По данным Евразийской промышленной Ассоциации «на практике данное требование зачастую невыполнимо по причинам отсутствия четкого понимания, что представляет собой характер и объем долей участия вовлеченных лиц по сделке, а также того, насколько требуемая информация достаточна для раскрытия членам совета директоров. Также действующая редакция нормы создает предпосылки признания информации о сделке как заведомо неполной информации, тем самым предоставляется возможность инициировать судебные споры против общества»¹⁰⁴.

На основании вышеизложенного считаем необходимым исключения в анализируемом Законе оценочного требования в виде предоставления информации **о характере и объеме долей участия вовлеченных лиц**.

2. На основании пункта 5 статьи 85 ГК РК в организационно-правовой форме акционерного общества могут создаваться не только коммерческие организации, но и **некоммерческие организации**. Однако если выбор формы АО для ведения предпринимательской деятельности особо ничем не ограничивается, то создание некоммерческой организации в форме АО должно быть предписано или предусмотрено нормами законодательства.

Например, форма АО предписывается для таких некоммерческих организаций, как единственное кредитное бюро с государственным участием в соответствии со статьей 6 Закона от 6 июля 2004 г. №537-ІІ «О кредитных

¹⁰⁴ Сравнительная таблица поправок в Закон Республики Казахстан «Об акционерных обществах», предоставленная Евразийской промышленной Ассоциацией в рамках общественного мониторинга

бюро и формировании кредитных историй в Республике Казахстан», а также единый регистратор в соответствии с подпунктом 18 статьи 1 и статьи 64-1 Закона «О рынке ценных бумаг» после внесения в эти законодательные акты соответствующих изменений и дополнений согласно Закону от 28 декабря 2011 г. №524-IV ЗРК. В форме АО действует и такая некоммерческая организация, как центральный депозитарий ценных бумаг, что предусмотрено подпункт 73 статьи 1 и статьи 78 Закона «О рынке ценных бумаг». Ранее некоммерческим АО была и Казахстанская фондовая биржа (KASE), которая согласно статье 88 Закона «О рынке ценных бумаг» до внесения в него изменений и дополнений в соответствии с Законом от 21 июля 2007 г. могла функционировать только как некоммерческая организация.

Правовое положение некоммерческого акционерного общества регулируется Законом от 16 января 2001 г. №142-II «О некоммерческих организациях». В соответствии со статьей 16 этого Закона «некоммерческим акционерным обществом признается юридическое лицо, выпускающее акции с целью привлечения средств для осуществления своей деятельности, доходы которого используются исключительно на развитие этого общества», а особенностями его статуса являются недопустимость для него осуществлять выпуск привилегированных акций, производных и конвертируемых ценных бумаг, а также его преобразование в коммерческую организацию (как запрещается и преобразование АО, учрежденного как коммерческая организация, в некоммерческое АО). Этот запрет, однако не распространяются на случаи преобразования кредитных бюро и фондовых бирж, созданных в соответствии с законодательством РК, а также на преобразование коммерческих акционерных обществ в автономные организации образования в соответствии с законодательством о статусе «Назарбаев Университет», «Назарбаев Интеллектуальные школы» и «Назарбаев Фонд» и накопительного пенсионного фонда с участием государства в единый накопительный пенсионный фонд.

Законодательное допущение некоммерческих организаций в организационно-правовой форме АО справедливо **критикуется казахстанскими цивилистами**¹⁰⁵. В связи с этим представляется целесообразным рассматривать АО как форму осуществления именно **предпринимательской деятельности**, направленной на извлечение прибыли. Если же деятельностью юридического лица эта цель не преследуется, и соответствующая организация создается как некоммерческая, то в настоящее время казахстанское законодательство предлагает достаточно широкий выбор форм некоммерческих организаций в зависимости от целей их создания и субъектного состава их учредителей. Ни одна из этих форм не предполагает формирование у учредителей

¹⁰⁵ Субъекты гражданского права. Отв. ред. М.К.Сулейменов. - Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2004. С.177-178; Карагусов Ф.С. Основы корпоративного права и корпоративное законодательство Республики Казахстан. Изд-е второе дополненное. - Алматы: Издательство «Бастау», 2011. С.90-92.

некоммерческой организации прямой имущественной заинтересованности в получении дохода от вложенных ими средств.

В зарубежных источниках также отмечается **коммерческая природа** (характер) деятельности с использованием акционерной формы во многих других юрисдикциях¹⁰⁶. А во Франции прямо в законе (ст.L.210-1 ККФ) закрепляется, что **«акционерные организации являются коммерческими в силу их формы, независимо от предмета их деятельности»**¹⁰⁷. Действительно, экономическая сущность акции (и основное правомочие, предоставляемой владением ею) заключается в том, что субъект приобретает акции в расчете на получение им дивидендов по ней. Такая природа акции обуславливает и правовое положение самого акционерного общества как инструмента и формы получения дохода от вложения денег или иного имущества в акции.

И хотя в некоторых государствах, как, например, в Швейцарии, допускается деятельность акционерных обществ в качестве некоммерческих организаций, в контексте исторического развития казахстанского права на традициях романо-германской правовой семьи и перспектив его дальнейшего совершенствования представляется целесообразным вообще отказаться от возможности создавать некоммерческие организации в форме акционерных обществ. А.Б.Агеев подчеркивает, что акционерное общество в Швейцарии «может иметь в качестве цели как предпринимательскую деятельность, направленную на получение прибыли, так и деятельность, не имеющую предпринимательской, экономической основы, т.е. связанную с выполнением социальных программ, ведением культурной, благотворительной и иной подобной деятельности»¹⁰⁸.

На основании вышеизложенного полагаем целесообразным исключить возможность создания некоммерческих организаций в организационно-правовой форме акционерного общества.

3. Частью 2 пункта 1 статьи 86 анализируемого Закона предусмотрено, что общество **вправе преобразоваться** в автономную организацию образования **в соответствии с Законом** Республики Казахстан «О статусе «Назарбаев Университет», «Назарбаев Интеллектуальные школы» и «Назарбаев Фонд», а также в автономный кластерный фонд в соответствии с **Законом** Республики Казахстан «Об инновационном кластере «Парк инновационных технологий»».

Также пункт 2 статьи 93 ГК РК предполагает, что преобразование АО в автономную организацию образования **осуществляется в соответствии с Законом** «О статусе «Назарбаев Университет», «Назарбаев Интеллектуальные школы» и «Назарбаев Фонд».

Однако обращает на себя внимание **некорректность** действующей **редакции** пункта 2 статьи 93 ГК РК и части 2 пункта 1 статьи 86 Закона в

¹⁰⁶ Агеев А.Б. Акционерное законодательство Швейцарии. С.6-7.

¹⁰⁷ Коммерческий кодекс Франции. С.144.

¹⁰⁸ Агеев А.Б. Акционерное законодательство Швейцарии. С.14: п.3 ст.620 ШОЗ допускает создание акционерного общества «для достижения цели, не имеющей экономической основы».

контексте применения правил *юридической техники*. В частности, согласно этому пункту **преобразование АО** в автономные организации образования **производится в соответствии с вышеуказанным Законом** «О статусе «Назарбаев Университет», «Назарбаев Интеллектуальные школы» и «Назарбаев Фонд». Однако этот закон **не регулирует условия и порядок такого преобразования**, так как условия и порядок преобразования регулируется анализируемым Законом.

Полагаем, что данная некорректная формулировка может привести к проблемам толкования и применения на практике, и в связи с этим предлагаем **внести изменение** в часть 2 пункта 1 статьи 86 Закона в следующей редакции:

«общество вправе преобразоваться в автономную организацию образования, *предусмотренного Законом* Республики Казахстан «О статусе «Назарбаев Университет», «Назарбаев Интеллектуальные школы» и «Назарбаев Фонд», а также в автономный кластерный фонд, *предусмотренный Законом* Республики Казахстан «Об инновационном кластере «Парк инновационных технологий».

4. В соответствии с пунктом 2 статьи 33 Кодекса РК «О браке (супружестве) и семье» (далее – Кодекс) к имуществу, нажитому супругами во время брака (супружества), относятся и **ценные бумаги**, паи, вклады, доли. Согласно пункту 2 статьи 34 Кодекса при совершении одним из супругов сделки по распоряжению общим имуществом супругов предполагается согласие другого супруга. Сделка, совершенная одним из супругов по распоряжению общим имуществом супругов, *может быть признана судом недействительной* по мотивам отсутствия согласия другого супруга только по его требованию и только в случаях, если доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать о несогласии другого супруга на совершение данной сделки. Для совершения одним из супругов сделки по распоряжению недвижимостью и сделки, требующей нотариального удостоверения и (или) регистрации в установленном законом порядке, необходимо получить нотариально удостоверенное согласие другого супруга (пункт 3 статьи 34 Кодекса).

При прочтении данных норм возникает вопрос, требуется ли получение **нотариального согласия** одного из супругов при **отчуждении акций**.

Подтверждением права на акцию как бездокументарную эмиссионную ценную бумагу является выписка со счета, открытого в целях учета у профессионального участника рынка ценных бумаг, который уполномочен на регистрацию сделок с ценными бумагами (*пункт 2 статьи 130 ГК РК*). В соответствии со статьей 36 Закона «О рынке ценных бумаг» сделки с эмиссионными ценными бумагами **подлежат регистрации** в установленном порядке. Статьи 14, 15, 16, 66 анализируемого Закона указывают на **реестр держателей акций**, в котором ведется учет.

При сопоставлении норм законов о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и регистрации сделок с акциями усматривается,

что имеет место терминологическое совпадение двух различных по своей правовой природе и целям понятий: под термином «регистрация» понимается различная процедура - **публичного характера** (государственная регистрация, производимая государственным органом) и **частноправового характера** (регистрация сделок с акциями регистратором).

В судебной практике имеются случаи, когда судами признавались **недействительными** сделки по отчуждению акций без нотариально засвидетельствованного согласия одного из супругов. Однако правомерность данных решений подвергается сомнению в силу того, что законодательством конкретно не указано, относится ли регистрация держателей ценных бумаг в реестре к указанной в Кодексе регистрации в установленном порядке.

Полагаем, что данное **ограничение свободного оборота акций** не является целью акционерного законодательства, и предлагаем ввести уточнение необходимо ли нотариальное согласие супруга при отчуждении акций одним из супругов.

**Справка по результатам мониторинга
Закона Республики Казахстан от 12 апреля 2005 года № 36
«О государственном социальном заказе, грантах и премиях для
неправительственных организаций в Республике Казахстан»**

Показатель 1. Общая информация о Законе

1.1 Предмет правового регулирования

Закон Республики Казахстан от 12 апреля 2005 года № 36 «О государственном социальном заказе, грантах и премиях для неправительственных организаций в Республике Казахстан»¹⁰⁹ (далее по тексту - Закон) регулирует общественные отношения, связанные с реализацией государственного социального заказа, предоставления грантов и присуждения премий для неправительственных организаций.

Отрасль законодательства

1.2 Рассматриваемый Закон в соответствии с действующей Классификацией отраслей законодательства Республики Казахстан, возможно отнести к разделам о государственном и общественном устройстве и социально-культурном законодательстве: *140.008.000 иное законодательство в области социально-культурных отношений и 200.024.000 иное законодательство в области государственного и общественного устройства.*

1.3 Соответствие закона стратегическим целям государства

В Концепции правовой политики Республики Казахстан (Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858)¹¹⁰ указывается, что **«последовательное и устойчивое развитие Казахстана как динамичного, современного государства с высокими стандартами качества жизни возможно только на основе активизации человеческого потенциала, роста предприимчивости граждан, укрепления институтов гражданского общества»**. В документе также говорится о **необходимости правовых инструментов, дающих дополнительный импульс развитию институтов гражданского общества и возможности реализации гражданских инициатив**. При совершенствовании статуса неправительственных организаций, в Концепции акцентируется внимание на разработке механизма правового регулирования, которое учитывало бы особенности деятельности неправительственных организаций и необходимость государственной поддержки общественных объединений.

Одним из основных направлений государственной политики в указанном направлении является, прежде всего, **создание благоприятных условий для развития институтов гражданского общества**. Большое значение приобретают вопросы укрепления сотрудничества государства и неправительственных организаций (НПО) в процессе решения различных

¹⁰⁹ http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z050000036_

¹¹⁰ http://adilet.zan.kz/rus/docs/U090000858_#z0

актуальных вопросов социальной сферы: защиты прав человека, поддержки социально незащищенных групп населения, формирования здорового образа жизни, гендерного равенства, развития творческих инициатив и т.д. Таким образом, НПО становятся инструментом реализации социальных инициатив граждан.

В программе Н. Назарбаева «Социальная модернизация Казахстана: Двадцать шагов к обществу всеобщего труда» отмечалась необходимость **«активно развивать социальное партнерство, создавать условия для расширения участия негосударственного сектора в модернизации страны, прежде всего, социальной сферы»**¹¹¹

В послании «Стратегия «Казахстан-2050: новый политический курс состоявшегося государства»¹¹², Глава государства также указывает на **необходимость расширения участия НПО в социальной модернизации казахстанского общества.**

Стремление государства к сотрудничеству нашло отражение в Национальном плане по развитию взаимодействия неправительственных организаций и государства в Республике Казахстан на 2016 - 2020 годы¹¹³, в нем предусмотрены мероприятия, направленные на тесное сотрудничество НПО с органами местного самоуправления.

Следует отметить, что социальная политика является чрезвычайно важной сферой общественного развития, которая затрагивает интересы подавляющего большинства граждан. Участие НПО в формировании социальной политики проявляется на разных уровнях взаимодействия с органами власти и структурами частного бизнеса, причем, в самых разнообразных формах. Тесное сотрудничество этих трех секторов способствует как улучшению бизнес-среды, решению социальных проблем населения, так и укреплению стабильности, общественному прогрессу и развитию зрелого гражданского общества.

Проявляя гражданскую инициативу, НПО социальной направленности вносят вклад в разрешение социальных проблем, следовательно, способствуют снижению социальной напряженности и социальной апатии, укреплению социально-политической стабильности, а посредством взаимодействия с органами государственной власти выступают субъектом социально-политической модернизации и оказывают позитивное влияние на демократизацию политической системы.

Взаимодействие государства и НПО строится на принципах равноправного партнерства в рамках общенационального диалога. По словам, председателя Комитета по делам гражданского общества Алии Галимовой¹¹⁴, в Казахстане насчитывается более 300 диалоговых площадок

¹¹¹ <http://www.inform.kz/ru/>

¹¹² Послание Президента Республики Казахстан - Лидера Нации Н.А. Назарбаева народу Казахстана, г. Астана, 14 декабря 2012 года <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1200002050>

¹¹³ Распоряжение Премьер-Министра Республики Казахстан от 28 декабря 2015 года № 159-р [/http://adilet.zan.kz/rus/docs/R1500000159](http://adilet.zan.kz/rus/docs/R1500000159)

¹¹⁴ Брифинг по итогам VII Гражданского форума Казахстана. <https://informburo.kz/stati/>

для госорганов и НПО. При этом, самым значимым является Гражданский форум, где обсуждаются стратегические вопросы развития неправительственного сектора и социальной сферы, разрабатываются соответствующие рекомендации и планы совместных действий.

Одним из системных механизмов государственной поддержки неправительственного сектора является Государственный социальный заказ.

По данным Министерства финансов¹¹⁵, объем финансирования социальных проектов НПО по республике в рамках госсоцзаказа с 2003 по 2016 годы составил 42 392,1 млн тенге. При этом объем госсоцзаказа на местном уровне составил 30 814,8 млн тенге, а на центральном – 11 577,3 млн тенге. Эксперты отмечают тенденцию увеличения объема финансирования по госсоцзаказу. Так, по сравнению с 2015 годом (7 143,9 млн тенге), в 2016 году объем госсоцзаказа возрос на 20% и составил уже 8 878,6 млн тенге. Кроме увеличения объема финансирования, начиная с 2003 года, ведется работа по расширению отраслевого принципа реализации государственного социального заказа. При этом, в текущем году госсоцзаказ реализовали 8 центральных госорганов. В их числе, Министерства по делам религий и гражданского общества, здравоохранения, труда и социальной защиты, информации и коммуникаций, внутренних дел, энергетики, национальной экономики, Агентство РК по делам государственной службы и противодействию коррупции. На местном уровне в 2017 году госсоцзаказ разместят порядка 300 отраслевых подразделений местных исполнительных органов.

В 2016 году финансирование составило 9,4 миллиардов тенге, что по сравнению с 2015 годом предусматривает увеличение на 23% (7,1 млрд тенге). По данным на текущий год, грантовое финансирование увеличено почти в три раза - до 612,5 млн тенге, а государственный социальный заказ до 8,8 млрд тенге. При этом, оператором грантового финансирования разыграно 47 проектов. Из них рассмотрено 320 заявок от 183 организаций, присуждено 42 гранта.

Следует обратить внимание, что по данным экспертов¹¹⁶, лишь менее 10 % казахстанских НПО занимаются реальным делом - то есть, оказывают услуги по решению конкретных проблем населения.

С 2016 года, в целях расширения участия НПО в процессе принятия решений, был создан новый механизм – Общественные советы. В настоящее время, по республике работают 227 общественных советов. В их деятельности задействовано более 4-х тысяч человек, 75% которых – это представители гражданского общества.

Анализ рассматриваемого Закона и правоприменительной практики показал, что несмотря на вышеуказанные мероприятия, задача создания благоприятных условий для развития институтов гражданского общества, остаётся до конца нерешенной и нереализованной.

¹¹⁵ <https://informburo.kz/stati>

¹¹⁶ <https://www.zakon.kz/4656580>

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

При анализе Закона на соответствие Конституции РК, прямых положений на несоответствие и нарушение норм Конституции не выявлено.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

Содержание норм рассматриваемого Закона не противоречат международным обязательствам РК.

2. Соответствие закона нормам конституционных законов Республики Казахстан

Общий анализ не выявил каких-либо противоречий или несоответствия нормам конституционных законов.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан

По данному показателю были рассмотрены положения Гражданского кодекса¹¹⁷ касательно заключения договора с некоммерческой организацией (Гражданский кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года № 268-ХІІІ (гл. 23, раздел VII)).

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

В процессе рассмотрения данного показателя, нами проанализированы нижеследующие Законы.

1. Закона Республики Казахстан от 4 декабря 2015 года № 434-V «О государственных закупках»

Согласно подпункту 3) ст.4 Закона, Правительство ***определяет особый порядок осуществления государственных закупок услуг, предусмотренных государственным социальным заказом в соответствии с законодательством Республики Казахстан о государственных закупках.***

Пункт 2 ст. 50 Закона Республики Казахстан от 4 декабря 2015 года № 434-V «О государственных закупках» (далее - Закон о госзакупках) закрепляет исчерпывающий перечень случаев осуществления государственных закупок с применением ***особого порядка***. В указанный перечень входят *товары, работы и услуги для обеспечения нужд правопорядка и национальной безопасности, сведения о которых относятся к государственным секретам либо содержат служебную информацию ограниченного распространения.*

Тогда как социальный проект, составляющий социальную программу и содержание государственного социального заказа, представляет собой *совокупность организационных, экономических и технических мер, направленных на достижение целей в социально значимых сферах,*

¹¹⁷ http://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000_#z827

реализующихся в течение одного года и до трех лет. Иными словами, социальный проект не предусматривает осуществление государственных услуг, содержащих государственные секреты или информацию ограниченного распространения. Безусловно, возможно, что некоторые проекты могут содержать сведения и информацию указанного характера. Однако это могут быть единичные социальные проекты.

В этой связи, не следует выделять **особый порядок** осуществления государственных закупок услуг при осуществлении государственного социального заказа.

Более того, вышеуказанное, исключает проведение государственного социального заказа в рамках *Правил осуществления государственных закупок с применением особого порядка*, утвержденного постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 декабря 2015 года № 1200¹¹⁸ (далее - Правила). Поскольку указанные Правила не охватывают объем товаров, работ и услуг, предусмотренных **государственным социальным заказом**. Правила распространяются на осуществление государственных закупок с применением **особого порядка**. Тогда как в соответствии с п.2 ст.50 Закона о государственных закупках, государственный социальный заказ не относится к таковым.

Согласно ст. 30 Закона о госзакупках, регламентирующей **особенности осуществления государственных закупок способом конкурса с использованием двухэтапных процедур**, последние осуществляются в случаях, когда:

«1) сложно сформулировать подробные спецификации товаров, работ, услуг и определить их технические и иные характеристики, и (или) необходимо запросить предложения от потенциальных поставщиков либо провести с ними переговоры по возникшим вопросам;

2) необходимо проведение исследований, экспериментов, изысканий или разработок;

3) приобретаются инновационные и высокотехнологичные товары, работы, услуги».

Следовательно, государственный социальный заказ, относящийся к одной из вышеуказанных случаев, регулируется Правилами осуществления государственных закупок, утвержденного приказом Министра финансов Республики Казахстан от 11 декабря 2015 года № 648¹¹⁹. Государственный социальный заказ в рамках государственных закупок осуществляется как государственные закупки способом конкурса с использованием двухэтапных процедур. При этом следует иметь ввиду, что речь идет о социальных проектах и социальных программах, отвечающих требованиям п.1 ст. 30 Закона о госзакупках.

¹¹⁸ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1500001200#z5>

¹¹⁹ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/V1500012590>

2. Рассмотрены положения Закона Республики Казахстан от 16 января 2001 года № 142 «О некоммерческих организациях»¹²⁰ в части *представления НПО ежегодно до 31 марта в уполномоченный орган в сфере взаимодействия с неправительственными организациями сведений о своей деятельности, в том числе о своих учредителях (участниках), составе имущества, источниках формирования и направлениях расходования денег* (п.5 ст.41). Следует заметить, что предоставление указанных сведений связано с контрольными функциями, осуществляемыми уполномоченным органом в сфере взаимодействия с неправительственными организациями.

Согласно ст.41 Закона о некоммерческих организациях, указанные **некоммерческие организации** (кроме перечисленных в ст.17 Закона), а также филиалы и представительства (обособленные подразделения) иностранных и международных некоммерческих организаций, осуществляющие деятельность на территории Республики Казахстан, независимо от направления деятельности должны предоставлять вышеуказанную информацию (сведения) уполномоченному органу в сфере взаимодействия с неправительственными организациями и включены в Базу данных НПО.

Формирование *Базы данных неправительственных организаций осуществляется на основе сведений, представляемых в соответствии с пунктом 5 статьи 41 Закона Республики Казахстан «О некоммерческих организациях», а также сведений, представляемых местными исполнительными органами* (ст. 5-1 Закона).

Подпункт 7-5) ст.1 Закона, *Базу данных неправительственных организаций* определяет, как *информационную базу данных, формируемой в целях обеспечения прозрачности деятельности неправительственных организаций и информирования общественности о них, а также для использования в рамках размещения государственного социального заказа, предоставления грантов и присуждения премий.*

Между тем, анализ показывает, что создание специальной информационной базы данных НПО приведет к дублированию информации, содержащейся в реестре юридических лиц и в базе данных налогоплательщиков.

На основании изложенного, предлагаем ограничиться включением в Базу данных НПО, сведений о некоммерческих организациях, изъявивших желание участвовать в конкурсе на государственный социальный заказ и претендующих на государственные гранты и премии.

3. Согласно абз. 4 п. 9 ст.23 Закона Республики Казахстан от 6 апреля 2016 года № 480-V «О правовых актах»¹²¹, **заголовок нормативного правового акта, его статьи, главы, части, раздела, подраздела и параграфа должен отражать предмет регулирования самого нормативного правового акта, а также соответствующей статьи, главы, части, раздела, подраздела и параграфа.**

¹²⁰ http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z010000142_#z47

¹²¹ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1600000480>

В нашем случае, содержание статьи 5 Закона «Сферы реализации государственного социального заказа, предоставления грантов и присуждения премий» не отражает его содержания. В статье идет речь о **направлениях** реализации государственного социального заказа предоставление грантов и присуждение премий. По нашему мнению, **сфера** должна отражать область, пределы распространения государственного социального заказа, предоставления грантов и присуждения премий, тогда как в статье указываются **направления** реализации.

На основании изложенного, следует привести в соответствии заголовков и содержание ст.5 Закона.

4. Пункт 2 рассматриваемой статьи Закона содержит дополнительные направления реализации государственного социального заказа. Так, в пп.1) предусматривается **оказание помощи лицу (семье), находящемуся в трудной жизненной ситуации.**

Закон Республики Казахстан от 29 декабря 2008 года № 114-IV «О специальных социальных услугах»¹²² (далее – Закон о спецсоцслугах) *регулирует общественные отношения, возникающие в сфере предоставления специальных социальных услуг, для лиц (семей), находящихся в трудной жизненной ситуации.* В Законе, законодательно закрепляются права указанной категории лиц (*лицо (семья), находящееся в трудной жизненной ситуации*) на специальные социальные услуги.

Согласно ст.3 Закона о спецсоцслугах, *специальные социальные услуги включают гарантированный объем специальных социальных услуг и платные специальные социальные услуги.*

При этом, согласно ст.5 указанного Закона о спецсоцслугах, *гарантированный объем специальных социальных услуг является единым перечнем специальных социальных услуг, предоставляемых за счет бюджетных средств.* Гарантированный объем специальных социальных услуг является минимальным социальным стандартом в сфере социального обеспечения в соответствии с Законом Республики Казахстан «О минимальных социальных стандартах и их гарантиях»¹²³.

Платные услуги оказываются получателям услуг согласно Стандартам оказания специальных социальных услуг в области социальной защиты населения¹²⁴ (приказ Министра здравоохранения и социального развития Республики Казахстан от 26 марта 2015 года № 165).

Единый перечень и порядок предоставления дополнительного объема специальных социальных услуг, предоставляемых сверх гарантированного объема специальных социальных услуг, утверждаются местными представительными органами областей (города республиканского значения и столицы). И соответственно, осуществляются за счет местного бюджета.

¹²² http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z080000114_

¹²³ http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z080000114_

¹²⁴ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/V1500011038#z0>

На основании изложенного, полагаем необоснованным выделять отдельно **оказание помощи лицу (семье), находящемуся в трудной жизненной ситуации**. Поскольку данное направление, возможно реализовать в рамках **защиты прав, законных интересов граждан и организаций** (пп.)10).

5. Согласно пп.10) ст.5 Закона одним из направлений **государственного социального заказа, предоставления грантов и присуждения премий** является **защита прав, законных интересов граждан и организаций**.

Однако, в указанный перечень не входят **мигранты, беженцы, иностранцы и лица без гражданства**.

В п.1 ст. 1 Конституции¹²⁵, *Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы*. Более того, в настоящее время функционируют правозащитные организации, деятельность которых направлено на **защиту прав мигрантов, беженцев, иностранцев и лиц без гражданства, иными словами физических лиц**.

Действующая редакция пп.10) ст.5 Закона не позволяет вышеуказанным правозащитным организациям участвовать в конкурсе по реализации государственного социального заказа.

В этой связи, предлагаем следующую редакцию пп.10) ст. 5 **Защита и реализация прав, законных интересов физических лиц, граждан и организаций**. Полагаем, что предложенное направление будет охватывать всех субъектов, нуждающихся в социальной защите и определять пределы реализации государственного социального заказа, предоставления грантов и присуждения премий.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

В ходе рассмотрения настоящего Закона, нами не выявлены устаревшие нормы.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

1. Согласно пп.7-4) ст.1 Закона, **оператором в сфере грантового финансирования неправительственных организаций является некоммерческая организация в форме акционерного общества, имеющая право на предоставление грантов**.

В то же время, грант это прежде всего **средства, предоставляемые неправительственным организациям оператором в сфере грантового финансирования неправительственных организаций, в целях поддержки гражданских инициатив, привлечения потенциала институтов гражданского общества к решению актуальных вопросов развития социальной сферы** (пп.7-1) ст. 1 Закона).

¹²⁵ http://adilet.zan.kz/rus/docs/K950001000_

Таким образом, Оператор аккумулирует все финансовые средства **по социальным проектам и социальным программам** независимо от источника финансирования для их дальнейшего предоставления неправительственным организациям.

И теперь, все неправительственные организации, осуществляющие деятельность в социальной сфере, ранее получавшие гранты по международной линии и имеющие иностранных спонсоров должны будут также участвовать в конкурсе для получения негосударственного гранта.

Проведенный анализ Закона, допускает возможность оттока средств иностранных и международных некоммерческих организаций в силу их заинтересованности в финансировании только конкретных НПО.

Резюмируя вышеизложенное, полагаем неэффективным сосредоточение и объединение всех без исключения источников грантового финансирования. Следует ограничиться регламентацией общественных отношений, возникающих в процессе реализации государственного социального заказа, предоставления грантов и присуждения премий для неправительственных организаций из бюджетных средств.

Также отдельным положением закрепить нормы, регламентирующие вопросы негосударственного финансирования грантов.

2. Подпункт 10) п.1 ст.5 Закона содержит такое направление государственного социального заказа, предоставления грантов и присуждения премий, как *«достижение целей в области образования, науки, информации, физической культуры и спорта»*.

Анализ показал неэффективность указанной нормы, поскольку оно практически нереализуемо и некорректно.

Предлагаем улучшить норму, путем указание на *«решение поставленных задач в области образования, науки, информации, физической культуры и спорта»*.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Дублирующих норм в настоящем Законе не выявлено.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

Подпункт 1) п.2 ст. 6-2 Закона закрепляет за **Оператором обязанность:**

«1) осуществлять мониторинг за реализацией грантов в соответствии с правилами предоставления грантов для неправительственных организаций и осуществления мониторинга за их реализацией»

В соответствии с п.43 *Правил предоставления грантов для неправительственных организаций и осуществления мониторинга за их реализацией*¹²⁶ (Приказ Министра культуры и спорта Республики Казахстан от 25 декабря 2015 года № 413), по результатам проведенного мониторинга **оператор**

¹²⁶ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/V1500012764#z11>

определяет эффективность и полноту использования гранта в соответствии с целевым его назначением.

Таким образом, **Оператор** не только осуществляет мониторинг за реализацией грантов, но и определяет эффективность и полноту использования гранта в соответствии с целевым его назначением.

Согласно пп1) п.3 ст. 61 Конституции¹²⁷ «*Парламент вправе издавать законы, которые регулируют важнейшие общественные отношения, устанавливая основополагающие принципы и нормы, касающиеся*

1) правосубъектности физических и юридических лиц, гражданских прав и свобод, обязательств и ответственности физических и юридических лиц».

В связи с изложенным, считаем необходимым закрепить функцию Оператора по определению эффективности и полноты использования гранта (оценка) в соответствии с целевым его назначением законодательном уровне.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

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 со ст.6-3 Закона, уполномоченный орган по рекомендации Координационного совета присуждает премии. При этом, в п.4 указанной статьи предусматривается минимальный размер премии. Сумма которого составляет двухтысячекратный размер месячного расчетного показателя. На текущий момент месячный расчетный показатель установлен в объеме - 2 269 тенге¹²⁸. Следовательно, на 2017 г. минимальный размер премии установлен в сумме 4 538 000тг.

Нормативное закрепление и указание на **минимальный** размер премии предполагает установление его **максимального** размера, который не отражен в нормативном правовом акте.

Между тем, на практике (по утверждению уполномоченного органа) предусмотрен только определенный размер премии (двухтысячекратный размер месячного расчетного показателя).

В целях исключения неоднозначного толкования при применении указанной нормы, создающей условия для возможного коррупционного правонарушения, предлагаем п.4 ст. 6-3 изложить в следующей редакции:

¹²⁷ http://adilet.zan.kz/rus/docs/K950001000_

¹²⁸ Закон Республики Казахстан от 29 ноября 2016 года № 25-VI «О республиканском бюджете на 2017 - 2019 годы» // <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1600000025#z7>

«4. Размер премии составляет двухтысячекратный размер месячного расчетного показателя, установленного на соответствующий финансовый год законом о республиканском бюджете».

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона

1. Подпункт 2) п.2 ст. 6-2 Закона закрепляет **обязанность Оператора вносить предложения по совершенствованию механизмов предоставления грантов в уполномоченный орган.**

В ходе анализа установлено, что на практике указанная норма допускает создание дополнительных административных барьеров в части **обязательности** внесения Оператором предложений по совершенствованию.

Полагаем, что *внесение предложений по совершенствованию механизмов предоставления грантов в уполномоченный орган* не является **обязанностью**, а выступает **правом Оператора**.

В связи с изложенным, предлагаем рассматриваемую норму предусмотреть в п.1 ст. 6-2, регламентирующей права Оператора.

В дополнении предоставляем информацию по результатам анализа международной практики финансового взаимодействия государства и некоммерческих организаций в сфере удовлетворения социальных нужд.

В ходе анализа выделены три основных фактора взаимодействия государства и некоммерческих организаций в социальной сфере. К ним относятся:

во-первых, отсутствие юридических препятствий для *субсидирования* государством общественно-полезной деятельности НПО и наличие развитого законодательства, регулирующее субсидии (государственный социальный заказ);

во-вторых, наличие *специальных механизмов закупки* государством услуг и отсутствие *косвенных препятствий* для участия НПО в госзакупках, такие, к примеру, как ограничения на ведение предпринимательской деятельности;

в-третьих, преодоление бюджетных и организационных стереотипов финансирования социального сектора.

Кроме того, существует значительное количество положительных моделей взаимодействия государства и НПО. Учет и использование которых, может стать залогом успешного совершенствования соответствующего законодательства в Казахстане.

Так, например, в некоторых государствах осуществление предпринимательской деятельности не запрещено, однако это приводит к потере некоммерческой организацией определенных налоговых льгот. Такая потеря может быть настолько болезненной, что удержит организацию от участия в государственных закупках¹²⁹.

¹²⁹ <http://www.lib.knigi-x.ru/>

Интерес представляет способ демократизации процесса выдачи субсидий примененный в Венгрии и Словакии. В соответствии с которым, налогоплательщик при подаче декларации вправе указать общественно-полезные PADCО, организации, которым перечисляется один процент от налогов, уплачиваемых им. Данный механизм позволил малым НПО получать материальную поддержку со стороны государства и граждан. Тогда как доступ к государственным средствам был возможен для крупных и известных НПО.

Примечателен пример, когда из-за недостатка бюджетных средств, государство предоставляло недвижимость в распоряжение НПО (к примеру, офисные здания для организации реабилитационной и педагогической деятельности, или под помещения для кухонь, обслуживающих малоимущих и т.д.).

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

Справка
по результатам анализа Закона Республики Казахстан
от 16 апреля 1997 года № 94 «О жилищных отношениях»

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 16 апреля 1997 года № 94 «О жилищных отношениях» (далее – Закон)

1.3. Цель закона

Целью Закона является регулирование жилищных отношений по возникновению и прекращению права собственности на жилища и права пользования ими; обеспечению сохранности и ремонта жилищных фондов.

1.4. Предмет правового регулирования

Закон регулирует общественные отношения по поводу жилища, особенности правового регулирования права на жилище в частном и государственном жилищного фонда, контролю государственных органов за соблюдением прав граждан в жилищной сфере и использованием жилищного фонда.

1.5 Отрасль законодательства

210.000.000. Жилищные правоотношения (*постановление Правительства РК от 26 декабря 2002 года N 1378 «О Классификации отраслей законодательства Республики Казахстан»*)

2. Соответствие закона стратегическим целям государства

Глава государства в своих ежегодных посланиях неоднократно уделяет внимание вопросам жилищной сферы, а именно жилищного строительства и модернизации жилищно-коммунального комплекса (*Послания Президента Республики Казахстан от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность», от 11 ноября 2014 года «Нұрлы Жол - путь в будущее»; от 28 января 2011 года «Построим будущее вместе!»; от 29 января 2010 года «Новое десятилетие - новый экономический подъем - новые возможности Казахстана», от 6 марта 2009 года «Через кризис к обновлению и развитию», от 6 февраля 2008 года «Повышение благосостояния граждан Казахстана - главная цель государственной политики» и т.д.*)

Так, в Послании Президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» одним из направлений ускоренной технологической модернизации экономики указывается реализация жилищной программы «Нұрлы Жер», направленной на обеспечение жильем 1,5 миллиона семей в предстоящие 15 лет.

В настоящее время основные направления жилищной политики Республики Казахстан определяются следующими нормативными документами:

1) Концепцией социального развития Республики Казахстан до 2030 года и Планом социальной модернизации на период до 2016 года (*утверждены постановлением Правительства РК от 24 апреля 2014 года № 396*);

2) Программой развития регионов до 2020 года (*утверждена постановлением Правительства РК от 28 июня 2014 года № 728*), в качестве одной из задач которой установлена модернизация инженерной инфраструктуры и жилищно-коммунального хозяйства;

3) Программой жилищного строительства «Нұрлы жер» (*утверждена постановлением Правительства РК от 31 декабря 2016 года № 922*), целью которой является повышение доступности жилья для населения.

Таким образом, анализируемый Закон соответствует стратегическим целям государства.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции Республики Казахстан

I. Конституция Республики Казахстан является правовой основой жилищного законодательства: нормы, содержащиеся в базовом законе страны, определяют содержание других нормативных правовых актов, регулирующих жилищные правоотношения.

Важное значения для совершенствования гражданских правоотношений в жилищной сфере является их базирование на Конституции Республики Казахстан. К числу основных принципов относятся:

1. Принцип недопустимости произвольного лишения жилища – это принцип жилищного права, который имеет важнейшее значение для реализации стабильного, устойчивого права на пользование жилищем. Его можно рассматривать как одно из важных проявлений более общего принципа недопустимости произвольного вмешательства в частные дела, закрепленного гражданским правом.

Конституция Республики Казахстан провозглашает, что «не допускается лишение жилища, иначе как по решению суда» (*n. 1 ст. 25*).

В развитие данного положения в п. 3 ст. 3 Закона закреплено положение, в соответствии с которым принудительное изъятие жилых помещений местными представительными и исполнительными органами или иными организациями в домах частного жилищного и жилищного фонда государственных предприятий запрещается, кроме случаев, предусмотренных законодательством.

Некоторые виды выселения возможны только при предоставлении другого помещения или другого благоустроенного помещения. Любое выселение можно обжаловать в судебном порядке.

2. Принцип доступности для граждан условий найма жилых помещений. Содержание данного принципа выражается в том, что гражданин может реализовать свое право на жилище различными способами: на основе договора найма жилого помещения из государственного жилищного фонда, вступления в члены жилищного или жилищно-строительного кооператива

либо путем вступления в различные гражданские правоотношения, но, прежде всего, в результате увеличения жилищного строительства государственного жилья, позволяющего большую часть новых жилых помещений предоставлять внаем либо по другим основаниям бесплатно или за доступную плату малоимущим гражданам, военнослужащим, работникам бюджетной сферы и другим указанным в законе категориям граждан, нуждающимся в жилище или в его улучшении.

3. Принцип неприкосновенности жилища (*п. 1 ст. 25 Конституции РК*) предопределяет гарантии охраны права граждан на жилище и направлен на обеспечение стабильного осуществления собственником (*нанимателем, арендатором*) жилого помещения права пользования им без нарушения или ущемления этого права. В Конституции РК ясно определено, что проникновение в жилище, производство его осмотра и обыска допускаются лишь в случаях и в порядке, установленных законом. Запрещение проникновения в жилище означает не только вхождение в него вопреки воле проживающих в нем граждан, но и иные формы получения сведений о том, что происходит в жилище, а незаконное проникновение вопреки воле проживающих в жилом помещении граждан является преступлением (*ст. 139 УК РК*).

4. Принцип свободного использования жилых помещений. Вместо ранее действовавшего правила о принудительном изъятии у нанимателя излишней жилой площади и передаче ее другому нанимателю установлено новое правило — наниматель сам может ставить вопрос о замене занимаемого им жилого помещения на жилое помещение меньшего размера или оплачивать большее помещение.

Отменены ранее действовавшие многочисленные ограничения при строительстве и приобретении гражданами в собственность жилых помещений по этажности, площади и т. п.

В настоящее время частная собственность на недвижимость в жилищной сфере, включая жилищный фонд либо его часть, не ограничивается по количеству, размерам и стоимости (*ст. 11 Закона*) и обеспечивается правом неприкосновенности (*п.1 ст. 25 Конституции РК*) и др. Осуществление этого принципа можно рассматривать как проявление на практике конституционных прав и свобод человека и гражданина, социальной политики государства, направленной на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека.

5. Принцип неприкосновенности собственности имеет существенное значение для жилищно-правового регулирования в Республике Казахстан, вытекает из положений ст. 26 Конституции РК о том, что «никто не может быть лишен своего имущества, иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд в исключительных случаях, предусмотренных законом, может быть произведено при условии его равноценного возмещения».

В соответствии с этим принципом гражданам - собственникам жилых помещений законодательством обеспечивается возможность стабильного осуществления права владения, пользования и распоряжения принадлежащими им жилыми помещениями в соответствии с их назначением (*ст. 188 ГК*), а членам семей собственников - возможность пользования этими помещениями на условиях, предусмотренных жилищным законодательством (*ст. 22 Закона*).

Действие данного принципа в определенной степени влияет и на жилищные отношения по пользованию жилыми помещениями на основании договора найма из государственного жилищного фонда, который носит бессрочный характер и предусматривает возможность пользования жильем не только нанимателями, но и их детьми, внуками и т. д.

6. Принцип недопустимости злоупотреблением правом. За такие действия нанимателя или членов его семьи, которые сопряжены со злоупотреблением ими своими жилищными правами или с невыполнением возложенных на них жилищных обязанностей и непосредственно при этом не нарушают права и законные интересы других лиц, могут принудительно выселить или ограничить в праве пользования жилым помещением.

7. Принцип целевого использования жилого помещения. Статья 2 Закона гласит: «Жилое помещение – отдельное помещение, предназначенное и используемое для постоянного проживания».

Граждане и организации могут пользоваться помещениями не только по их прямому назначению – для проживания граждан. Так, например, п. 1 ст. 4 Закона допускает использование жилого помещения или его части по нежилому назначению.

В соответствии с п. 2 ст. 18 Закона реализация собственником данного права возможна лишь при соблюдении строительных, санитарных, противопожарных и других обязательных норм и правил.

II. В Конституции РК отсутствуют прописанные нормы о гарантии права граждан на жилище, поскольку содержание данного права изменилось, т.к. сегодня всем гражданам, нуждающимся в жилье, государство уже не может гарантировать «благоустроенное жилище», а также невысокую плату за квартиру и коммунальные услуги.

Данное конституционное право содержится в п.2 ст.25, которая гласит: «В Республике Казахстан создаются условия для обеспечения граждан жильем».

Принципы рыночной экономики распространили свое действие на все отношения, в том числе и на отношения в жилищной сфере. Изменились пути решения жилищного вопроса граждан, теперь бесплатно (*то есть на условиях договора найма жилища из государственного жилищного фонда*) или за доступную плату жилье предоставляется следующим категориям граждан:

а) нуждающимся в жилье гражданам Республики Казахстан, постоянно проживающим в данном населенном пункте (независимо от срока проживания);

б) малоимущим социально защищаемым слоям населения.

Отсутствие прописанных конституционных норм о праве на жилище не приводит к отрицанию существования самого права на жилище.

Право на жилище может быть сведено к нескольким основным юридическим возможностям:

1) возможность стабильного пользования занимаемым жилым помещением в домах государственного и частного жилищных фондов на условиях договора найма, участия в жилищных и жилищно-строительных кооперативах, путем индивидуального жилищного строительства, приобретения жилых помещений (домов) по договорам купли-продажи, дарения, мены, а также наследования и по другим основаниям, предусмотренным законодательством;

2) возможность улучшения своих жилищных условий, получения другого жилого помещения разными способами: малоимущими лицами, иными указанными в законе гражданами, нуждающимися в жилище, — путем получения жилья бесплатно или за доступную плату из государственного жилищного фонда в соответствии с установленными законом нормами;

3) возможность использования жилого помещения не только для проживания гражданина - собственника этого помещения и членов его семьи, но и путем передачи жилого помещения для проживания другим гражданам на основании договора (*коммерческого найма и др.*);

4) обеспечение для жителей жилых домов (*жилых помещений*) здоровой среды обитания, жилой среды, достойной цивилизованного человека;

5) обеспечение недопустимости произвольно лишать граждан права на жилище.

С обеспечением конституционного права на жилище связаны и другие нормы Конституции РК о неприкосновенности жилища и не допустимости лишения жилища, иначе как по решению суда (*n.1 ст.25*), неприкосновенности частной жизни (*ст.18*), право на судебную защиту (*n.2 ст.13*) и др.

В ст.25 Конституции РК кроме того, указано, что проникновение в жилище, производство его осмотра и обыска допускается лишь в случаях и в порядке, установленных законом.

За нарушение неприкосновенности жилища предусмотрена уголовная ответственность в соответствии с уголовным законодательством. Важным аспектом для проникновения в жилище является согласие проживающих в нем лиц на законных основаниях.

Допускается проникновение в жилое помещение на основании решения суда. В решении обязательно указывается: порядок проникновения, а именно дата, время, уполномоченные лица и т.д. Правомерным является также проникновение в жилище для устранения стихийно возникшей опасности для людей (*пожар, утечка газа и т. д.*).

Недопустимо произвольно лишить гражданина жилища. Произвольное лишение жилища имеет место тогда, когда оно происходит без указанных в законе оснований и без установленного законом порядка. Такие действия носят противоправный характер и могут быть обжалованы в суде.

В конституционно-правовом смысле лишение жилища предусматривает также лишение права на проживание в нем. Поэтому гражданин, самовольно вселившийся в жилое помещение, выселяется из него на основании решения суда без предоставления другого жилья. Судебный порядок выселения из самоуправно занятого жилого помещения установлен и в связи с необходимостью доказывания факта самоуправного вселения в жилое помещение, что обеспечит юридические гарантии лицу, подозреваемому в самоуправном вселении, и обеспечивает принцип презумпции невиновности.

Кроме того, собственник не может быть лишен своего жилища иначе, чем по решению суда (*п. 1 ст. 25 Конституции РК*).

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

Право на жилище – является одним из основных элементов составного понятия «достойный уровень жизни» человека и базируется на важнейших международно-правовых документах по правам человека, таких как Всеобщая декларация прав человека и ст. 11 Международный пакт об экономических и социальных и культурных правах.

Так, статья 25 Всеобщей декларации прав человека провозглашает, что *«Каждый человек имеет право на такой жизненный уровень, включая пищу, одежду, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, который необходим для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи»*.

В ст. 11 Международного пакта об экономических и социальных и культурных правах также подчеркивается: *«Участвующие в настоящем Пакте государства признают право каждого на достойный жизненный уровень для него самого и его семьи, включающий достаточное питание, одежду и жилище, и на непрерывное улучшение условий жизни»*.

Анализ положений международных актов в рассматриваемой сфере свидетельствует о соответствии Закона международным обязательствам РК.

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

Правовое регулирование жилищных, жилищно-строительных кооперативов (далее – ЖК, ЖСК)

1. В соответствии со статьей 108 Гражданского кодекса РК (*далее – ГК*) предусмотрены нормы, регулирующие деятельность потребительских кооперативов (*далее – ПК*), которые образуются путем добровольного

объединения граждан на основе членства для удовлетворения материальных и иных потребностей участников, осуществляемое путем объединения его членами имущественных (паевых) взносов.

Вместе с тем Закон РК «О потребительском кооперативе» определяет правовое положение ПК, организационные, экономические и социальные условия их создания, деятельности, реорганизации и ликвидации, права и обязанности членов, полномочия и ответственность органов управления и контроля.

При этом привлечение средств населения для приобретения жилья через ПК регулируется также Законом РК «О жилищных отношениях», в котором оговаривается порядок образования, регистрации ПК, принятие устава и другие вопросы, касающиеся деятельности ЖК и ЖСК.

Согласно действующему законодательству предусмотрены различные цели для создания ПК, к примеру: ЖСК, ЖК, потребительские общества, гаражные кооперативы, дачные кооперативы, сельскохозяйственные, кредитные объединения и т.д., регулирование которых осуществляется соответствующими отраслевыми законодательными актами.

На сегодняшний день назрела необходимость по усилению требований и введения прозрачности механизма приобретения жилья посредством вступления граждан в ЖК или ЖСК.

Учитывая особенность деятельности кооперативов в сфере жилищных отношений, рост интереса к организации строительства и приобретения жилья путем создания ЖК и ЖСК, а также наличие фактов мошеннических операций в данной сфере, предлагается предусмотреть исключительные положения в ГК и Законе РК «О потребительском кооперативе».

В целях улучшения правовой основы и регламентации деятельности ЖК и ЖСК предлагается их регулирование установить только в рамках Закона РК «О жилищных отношениях».

Касательно кондоминиума

2. Предлагается нормы о кондоминиуме вывести из ст. 209 ГК «Общая собственность», поскольку кондоминиум не является разновидностью общей собственности. Более того, представляется правильным выделить положения о кондоминиуме в отдельную статью, а в перспективе разработать новый нормативный правовой акт о данной форме собственности.

Не могут существовать различные виды кондоминиума, поскольку кондоминиум как форма собственности характеризуется сочетанием раздельной и общей долевой собственности в одном объекте, являющимся имущественным комплексом.

Однако следует различать различные виды объектов кондоминиума. В связи с этим в изменении нуждается редакция п. 6 ст. 209 ГК, в частности, необходимо заменить формулировку «особенности правового режима разных видов кондоминиума могут определяться законодательными актами» на «особенности правового режима разных видов объектов кондоминиума могут определяться законодательными актами».

Иные коллизии

3. Несогласованность режимов общей собственности: долевой (классической модели, закрепленной в ГК) и долевой (неделимой модели, закрепленной в Законе «О жилищных отношениях» и возникающей в многоквартирных домах).

Таким образом, параллельно возникают разные модели отношений: раздел индивидуального жилого дома по долям на самостоятельные объекты, включая земельный участок по нормам гражданского законодательства РК, в то время как такой объект при разделе попадает под определение многоквартирного дома с иным режимом собственности по жилищному законодательству - здесь нет надлежащих подходов правоприменения. В каждом конкретном случае вопрос решается индивидуально. Это, в свою очередь, приводит к спорам между сособственниками в отношении имущества, которое должно признаваться общим, так как призвано обслуживать более одного помещения в доме. Так, практика разрешения споров на жилой дом, находящийся в общей собственности граждан, относится к периоду еще советского периода, в то время как это не отвечает новым подходам жилищного законодательства Республики Казахстан.

4. Строительство под видом индивидуальных домов многоквартирных домов, обходя градостроительное и земельное законодательства и последующим формированием в судебном порядке многоквартирного дома с использованием норм ГК о разделе общей долевой собственности.

Здесь нарушаются права на общее неделимое имущество (подвалы, земельные участки и т. п.) ввиду несогласованности норм, нарушаются права и гарантии граждан, вкладывающих денежные средства в строительство жилых помещений, нарушаются права собственников соседних земельных участков ввиду обхода при строительстве правил землепользования и застройки.

На местном уровне органы местной власти пытаются бороться с указанной проблемой посредством разработки методики отслеживания объектов индивидуально-многоквартирной застройки и квалификации их как самовольных построек, предлагают на уровне органов кадастрового учета разработать методику квалификации объекта как многоквартирного или индивидуального дома.

Между тем, на стадии строительства дома, как индивидуального (при нерешенности проблемы, обозначенной ранее), объект очень сложно квалифицировать как самовольную постройку (даже невозможно).

И в дальнейшем вопрос о легализации такого объекта как многоквартирного дома может быть решен лишь в порядке аналогии (с использованием критерия – отсутствие серьезных нарушений градостроительных требований).

Зачастую же такой объект вводится в эксплуатацию как индивидуальный жилой дом и становится многоквартирным только в

судебном порядке при разделе общей долевой собственности между собственниками.

В связи с этим представляется необходимым принять законодательные меры по решению вышеуказанного вопроса.

Показатель 5. Наличие дублирующих норм закона

Дублирующих норм в Законе о жилищных отношениях не выявлено.

Показатель 6. Наличие пробелов в законе.

1. Закон регулирует отношения, где предметом является жилище – жилое помещение, предназначенное и используемое для постоянного проживания (индивидуальный жилой дом, квартира, комната в общежитии), отвечающее установленным техническим, санитарным и другим обязательным требованиям. Жилищное законодательство регулирует отношения по предоставлению и использованию жилья в общежитиях и служебных помещениях, а также регулирует отношения по использованию жилья поднаемателями и временными жильцами.

И в тоже время, жилищное законодательство не распространяется на отношения по строительству и реконструкции жилых домов, независимо от того, кто выступает в них в качестве подрядчика и заказчика. Жилищное законодательство не регулирует отношения по использованию приспособленных под жилье помещений в вагончиках, сборно-разборных сооружениях и иных строениях, не рассчитанных на удовлетворение постоянной потребности в жилье, по использованию дачных помещений и т.п.

2. Нанимателю предоставлена законом возможность в любое время с согласия совершеннолетних членов семьи расторгнуть договор найма жилого помещения. При этом не требуется ни предварительного предупреждения, ни уважительных причин, ни выплаты каких-либо денежных компенсаций.

Пробелом законодательства является то, что в законе прямо не предусмотрено истребование письменного согласия членов семьи. По нашему мнению, такое требование необходимо установить законодательно. В частности п. 1 ст. 102 Закона необходимо дополнить следующей формулировкой: *«с письменного согласия совершеннолетних членов его семьи»*.

3. Ни в ГК, ни в Законе не говорится о сроках заключения договора найма жилища из государственного жилищного фонда. На наш взгляд, в ст. 80 Закона необходимо включить норму о том, что данный договор заключается без установления срока его действия. Особенности заключения договора с установлением срока определяются Правительством РК.

4. Название статьи ст. 6 Закона довольно спорное. Жилищный фонд – это общее понятие, поэтому управление им невозможно. Возможно, управление отдельно взятым жилым домом, объектом кондоминиума. Управление жилищным фондом возможно в случае, если речь идет об

управлении со стороны государства и то надо подумать, скорее всего, речь будет идти в этом случае об управлении жилищно-коммунальным хозяйством. Это совершенно разные понятия.

5. Статью 18 Закона необходимо дополнить пунктом следующего содержания:

«Собственник жилого помещения осуществляет права владения, пользования и распоряжения принадлежащим ему на праве собственности жилым помещением в соответствии с его назначением и пределами его использования, которые установлены законодательством».

Также необходимо дополнить данную норму положением о необходимости собственника содержать жилое помещение в надлежащем состоянии, а также о необходимости содержать общее имущество в многоквартирном жилом доме. Для этого предлагаем дополнение следующего содержания:

«Собственник жилого помещения несет бремя содержания данного помещения, а также, в том случае если данное помещение является квартирой, в многоквартирном жилом доме, несет бремя содержания общего имущества этого дома».

Уточнение о жилом помещении как квартире необходимо в связи с тем, что выше нами сделано предложение об изменении норм об объектах жилищных прав, в частности предложено различать виды жилых помещений.

6. По нашему мнению, необходимо законодательно закрепить такой существенный признак жилого помещения как его пригодность для проживания, поскольку данный признак повышает уровень требований к жилому помещению, являющемуся объектом гражданских прав, поскольку исключает признание жилыми помещениями всех строений, отвечающих требованиям пригодности для иных помещений, в частности для временного проживания (садовые, дачные домики). При чем данный признак должен быть уточненным, то есть пригодность жилого помещения необходимо установить именно как пригодность для постоянного проживания.

7. В целях совершенствования жилищного законодательства необходимо дополнить Закон необходимо дополнить главой об объектах жилищных прав. В ней необходимо выделить статью «Объекты жилищных прав», указав при этом, что «объектами жилищных прав являются:

а. жилое помещение. Жилым помещением признается отдельное изолированное помещение, которое является недвижимым имуществом, предназначенное и используемое для постоянного проживания граждан, отвечающее установленным техническим, санитарным и другим обязательным требованиям законодательства, включающее как жилую площадь, так и нежилую площадь.

б. объект кондоминиума. Объект кондоминиума – единый имущественный комплекс, состоящий из жилых и нежилых помещений, находящихся в индивидуальной (раздельной) собственности физических и

юридических лиц, государства, и общего имущества, которое принадлежит им на праве общей долевой собственности».

И как следствие для расшифровки видového понятия «жилое помещение» дополнить Закон статьей «Виды жилых помещений» следующего содержания:

«К жилым помещениям относятся:

- 1. жилой дом (жилое здание);*
- 2. квартира;*
- 3. комната.*

1. Жилым домом (жилым зданием) признается индивидуально-определенное здание, которое состоит из комнат, а также помещений вспомогательного использования, предназначенных для удовлетворения гражданами бытовых и иных нужд, связанных с их проживанием в таком доме (здании).

2. Квартира – структурно обособленное помещение в многоквартирном жилом доме, обеспечивающее возможность прямого доступа к помещениям общего пользования в таком доме и состоящее из одной или нескольких комнат, а также помещений вспомогательного использования, предназначенных для удовлетворения гражданами бытовых и иных нужд, связанных с их проживанием в данном помещении.

3. Комната – часть жилого дома (жилого здания) или квартиры, предназначенная для использования в качестве места непосредственного проживания граждан в жилом доме или квартире».

8. По законодательству Республики Казахстан разрешено использование жилых помещений или их частей по нежилому назначению. Причем на реализацию этого права собственнику не требуется специального разрешения от государственных органов. Указанное право реализуется собственником лишь при соблюдении строительных, санитарных, противопожарных и других обязательных норм и правил. Единственным ограничением реализации данного права будет являться факт обнаружения компетентными органами нарушения обязательных норм и правил, либо факты, когда использование жилища существенно нарушает права и интересы других граждан. В данном случае собственник помещения может быть привлечен к предусмотренной законодательством ответственности с одновременным возложением на него обязанности устранить такие нарушения и их последствия. Это ограничение обусловлено социальной значимостью недвижимости в жилищной сфере.

По нашему мнению, обоснованным представляется внести в Закон запрет на использование жилых помещений по нежилому назначению. Считаем, что реалии сегодняшнего дня требуют того, чтобы жилое помещение не выводилось из жилого фонда. Необходимо ужесточить условия вывода жилых помещений из жилищного фонда. Поскольку в настоящее время жилищная проблема становится все острее. Считаем, что такое халатное

отношение к существующему жилищному фонду, в условиях, когда обеспечение жильем становится во главу угла неоправданно легкомысленно.

Для этого необходимо внести Закон и иные законодательные акты по вопросам жилищно-коммунальной сферы соответствующие изменения и дополнения. В частности, Закон необходимо дополнить статьей «Назначение жилого помещения» следующего содержания:

«Жилое помещение предназначено для проживания граждан. Допускается использование жилого помещения для осуществления профессиональной деятельности или индивидуальной предпринимательской деятельности проживающими в нем на законных основаниях гражданами, если это не нарушает права и законные интересы других граждан, а также требования, которым должно отвечать жилое помещение. Не допускается размещение в жилых помещениях промышленных производств. Пользование жилым помещением осуществляется с учетом соблюдения прав и законных интересов, проживающих в этом жилом помещении граждан, соседей, требований пожарной безопасности, санитарно-гигиенических, экологических и иных требований законодательства, а также в соответствии с правилами пользования жилыми помещениями, утвержденными Правительством Республики Казахстан».

Показатель 7. 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 8. Наличие иных недостатков закона.

1. Анализ действующего гражданского и жилищного законодательства показал, что глава 13 ГК «Приобретение права собственности и иных вещных прав» не упоминает о договоре пожизненного содержания с иждивением даже как о возможном основании возникновения ограниченного вещного права, и Закон также не указывает на такую возможность.

В этой связи представляется возможным внести изменения в Закон, дополнив его статьей «Пользование жилым помещением на основании договора пожизненного содержания с иждивением» следующего содержания:

«1. Право проживания возникает на основании договора пожизненного содержания с иждивением в случае:

1) отчуждение рентополучателем – гражданином жилого помещения в собственность плательщика ренты с условием сохранения за первым права пожизненного проживания в нем или предоставления жилого помещения в пользование, принадлежащего плательщику ренты на праве собственности;

2) отчуждения рентополучателем – гражданином иной недвижимости, не относящейся к жилым помещениям, в собственность плательщика ренты с условием предоставления первому жилого помещения в пользование, принадлежащего плательщику ренты на праве собственности.

2. Гражданин, проживающий в жилом помещении на основании договора пожизненного содержания с иждивением, пользуется данным жилым помещением наравне с собственником данного жилого помещения.

3. Гражданин, проживающий в жилом помещении, на основании договора пожизненного содержания с иждивением, несет солидарную ответственность по обязательствам, вытекающим из пользования таким жилым помещением, если иное не предусмотрено соглашением между указанными собственником и гражданином».

2. Необходимо устранить противоречия, существующие в ст. 42-1 Закона. Так, в п. 5 ст. 42-1 указано, что собрание правомочно при наличии не менее двух третей от общего числа собственников помещений (квартир), а в п. 6 этой же статьи, в которой речь идет о решении общего собрания говорится уже о том, что решение принимается открытым или закрытым голосованием большинством голосов от общего числа собственников помещений (квартир). Исходя из вышеуказанных норм, получается, что проведение собрания возможно при наличии двух третей собственников, а вот решение собрания будет правомочно лишь при большинстве голосов всех собственников. Так, каким образом проводить собрание и принимать решения: руководствуясь п. 5 или п. 6 ст. 42-1 Закона?

На наш взгляд более правильным будут правила установленные п. 5 ст. 42-1., поэтому и п. 6 стоит видоизменить следующим образом:

«Решения общего собрания принимаются открытым или закрытым голосованием большинством голосов от общего числа голосов принимающих участие в данном собрании с учетом п. 5 настоящей статьи».

4. Предлагаем разграничивать жилищные договоры исходя из критериев регулирования того или иного вида жилищного договора элементами публичного и частного права и в зависимости от преобладания в них диспозитивных и императивных норм.

В соответствии с этим критерием можно говорить о двух крупных материальных институтах жилищного права: один из них – это публичные жилищно-правовые договоры, другой – частные жилищные договоры.

Предложения по развитию жилищного законодательства Республики Казахстан

Что касается перспектив развития жилищного законодательства, то, сейчас существует острая необходимость рассматривать кондоминиум не как форму собственности на недвижимость, при которой помещения находятся в индивидуальной (раздельной) собственности граждан, юридических лиц, государства, а общее имущество принадлежит им на праве общей долевой собственности (исходя из п.6 ст.209 ГК РК, подп.11) ст.2 Закона), а как

единый имущественный комплекс. Отдельного внимания заслуживает вопрос об управлении кондоминиумом, поскольку КСК (как наиболее распространенная форма управления) не справляются со своими обязанностями и вызывают много нареканий со стороны жильцов. Еще в 2006 году обсуждался проект закона «О КСК и других формах управления». В настоящее время раздел о кондоминиуме и органах управления в Законе «О жилищных отношениях» нуждается в существенной переработке.

Очень много вопросов возникает по приобретению жилья в силу приобретательной давности. Рассматривая иски о приобретении права собственности на жилище по основанию приобретательной давности, необходимо учитывать наличие совокупности обстоятельств, указанных в п. 1 ст. 240 ГК, т.е. добросовестное, открытое, непрерывное владение недвижимым имуществом как своим собственным в течение семи лет. В последнее время высказываются необоснованные предложения о сокращении этого срока до трех лет, что является довольно кратким на наш взгляд.

Добросовестность владения означает, что лицо стало владельцем жилища правомерно, т.е. оно оказалось у данного владельца в результате событий и действий, которые прямо признаются законом, иными правовыми актами, либо не противоречат им, но не получили правового оформления (например, передача собственником жилища без соблюдения предусмотренной законом формы договора купли-продажи, аренды и т.д.). Открытость владения означает, что лицо не принимает никаких мер, направленных на то, чтобы скрыть обстоятельство владения жилищем, несет бремя содержания жилища, оплачивает коммунальные услуги и т.п.

Непрерывность владения означает, что жилище находится во владении данного лица в течение семи лет, без передачи права владения третьим лицам. На основании п. 7 Постановления Верховного Совета Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года «О введении в действие Гражданского Кодекса Республики Казахстан (общая часть)» в срок приобретательной давности засчитывается время фактического владения жилищем до введения в действие этого Кодекса. В соответствии с п. 3 ст. 240 ГК гражданин или юридическое лицо, которое ссылается на давность владения, может присоединить к своему владению все то время, в течение которого владел данным жилищем тот, чьим правопреемником он является.

Перспективным направлением развития закона является совершенствование норм о ЖК и ЖСК в связи с принятием нового Закона об участии в долевом строительстве: пересмотреть порядок вступления членом в ЖСК. Это должны быть только физические лица в количестве не менее 50 % граждан от общего количества жилых помещений в многоквартирном доме или в жилом комплексе, но не должно превышать количество жилых помещений в указанных объектах. Однако при банкротстве застройщика и объединении дольщиков для завершения строительства жилого дома предлагается предусмотреть нормы, исключающие требование по количеству членом ЖСК; наделить уполномоченный орган компетенцией по разработке

и утверждению типового устава ЖСК и типового договора паевого взноса в ЖСК; установить норму по обязательности наличия у ЖСК земельного участка на праве собственности или на праве пользования; установить требование, запрещающее с момента создания ЖСК до завершения нулевого цикла застройки принимать последующих членов; предусмотреть норму уточняющего характера касательно создания ЖСК только для строительства одного многоквартирного дома или одного жилого комплекса; внести условие о том, чтобы затраты на формирование проектной документации и приобретение участка включались в сумму паевых взносов всех членов ЖСК.

О кодификации жилищного законодательства Республики Казахстан

Закон выступает базой в системе актов жилищного законодательства и является главным системообразующим актом в данной области.

Принятие Закона создало реальные предпосылки для возникновения и развития новой отрасли — жилищного законодательства, нормами которой регулируются общественные отношения, складывающиеся в жилищной сфере. Закон был построен на совершенно иных принципах, чем все прежнее жилищное законодательство. Он исходил уже из положений о массовой приватизации жилья, о наличии в стране большого количества собственников жилья, о сокращении в жилищном фонде доли государственного жилищного фонда, о расширении рынка недвижимости в Казахстане.¹³⁰

Отметим, что сам термин «жилищное законодательство» еще далеко не «устоялся». При этом оно, объединяя в себе комплекс законодательных положений некоторых самостоятельных отраслей законодательства (гражданского, административного и т. д.), тем не менее, также является самостоятельной отраслью законодательства.

О действующем законодательстве в жилищной области как о комплексном образовании говорил в свое время Ю. Г. Басин, отмечая, что «Основы и ЖК являются комплексными нормативными актами: часть статей регулирует административные, а часть - гражданско-правовые отношения».¹³¹

Одно из наиболее основательных исследований этой проблемы проведено С.С. Алексеевым. Он выделяет в правовой системе вторичные образования, названные им «комплексное образование» или «комплексная отрасль законодательства».¹³²

Аналогичная точка зрения встречается и в специальной литературе.

Между отраслевым и комплексным законодательством должно обеспечиваться определенное соотношение, так как отраслевое является первичным (фундаментальным). В нем содержатся исходные методы и механизмы правового опосредования отношений сообразно объективным

¹³⁰ Сулейменов М. К. Становление и развитие гражданского законодательства Республики Казахстан. - Алматы, 2006. С. 221.

¹³¹ Басин Ю.Г. Комментарий к Жилищному кодексу Казахской ССР. - Алма-Ата. - С. 16.

¹³² Алексеев С.С. Общая теория права. — М. — Т. 1. — С. 252-259.

закономерностям развития комплексных отраслей. Комплексное законодательство, к которым можно отнести действующее жилищное законодательство, обеспечивает в определенной сфере общественной жизни согласование и взаимное использование норм отраслевых законодательств. Поэтому оно производно от ряда первичных отраслей и формируется с учетом отраслевых методов и механизмов. Тем не менее, это позволяет подчеркнуть самостоятельность комплексных образований правовых норм. Эти образования затрагивают не только форму права – законодательство, но и его содержание – правовые нормы.

Анализ нормативных положений Закона дает основание сделать вывод что он, выступая в качестве «ядра» жилищного законодательства, представляет комплексный нормативный правовой акт, который, во-первых, содержит нормы (части норм) нескольких отраслей права и, во-вторых, включает достаточно монолитный «сгусток» правил (сконцентрированный из положений многочисленных ведомственных актов).

Да и сам перечень законодательных актов, устанавливающих правила, регламентирующие отдельные аспекты жилищного права (с той или иной степенью детализации), свидетельствует о стремлении законодателя комплексно решить стоящую перед ним проблему.

По мнению И. Б. Мартковича регулирование некоторых жилищных отношений выходит за пределы собственно жилищного законодательства. Нередко нормы этого законодательства должны сочетаться с другими правовыми институтами.¹³³ В ряде случаев правовое регулирование этих отношений связано с применением норм трудового законодательства. Регламентация жилищных отношений, связанных с правом частной собственности на жилой дом или квартиру в многоквартирном жилом доме, не может осуществляться в отрыве от норм гражданского и земельного законодательства. Отношения в области эксплуатации и ремонта жилищного фонда не могут регулироваться в полной мере лишь нормами жилищного законодательства - деятельность в данной области осуществляется также на основе норм гражданского и финансового законодательства.

Под отраслью жилищного законодательства в широком смысле понимается вся совокупность нормативных актов, как законов, так и подзаконных актов, которые регламентируют эти отношения. В узком смысле жилищное законодательство представляет собой совокупность законов, содержащих нормы, регламентирующие общественные отношения, составляющие предмет его регулирования.

Среди характерных черт этого комплексного образования и в целом современного жилищного законодательства в Казахстане отметим следующие. Нормативный правовой материал размещается в многочисленных нормативных актах различных отраслей. С одной стороны, для нового образования (даже на уровне законодательных актов) характерно наличие значительных пробелов регулирования важнейших отношений в

¹³³ Марткович И.Б. Жилищное право: Закон и практика. М.: Юр.лит. 1990. С.104.

жилищной сфере. Это относится в первую очередь к фиксации в нем вопросов обеспечения органами государственной власти и органами местного самоуправления условий для осуществления гражданами права на жилище, регламентации основных начал жилищного законодательства и других не менее актуальных проблем. С другой стороны, наличие ряда коллизий, как между отдельными нормами, так и между отдельными законодательными актами.

Вместе с тем хотелось бы подчеркнуть наиболее важную, на наш взгляд, черту законодательного регулирования жилищных правоотношений.

Достаточно активно протекающий процесс законотворческой деятельности основывается на объективных закономерностях необходимости повышения уровня правовой регламентации жилищных правоотношений.

Поэтому необходимо определить место жилищного законодательства в общей системе законодательства. В частности, дальнейшее исследование проблемы комплексного законодательного регулирования жилищных правоотношений, на наш взгляд, целесообразно проводить в разрезе отраслей законодательства гражданско-правового цикла – гражданского, семейного и земельного и др.

Как отмечает И. Б. Марткович, эти отрасли законодательства (гражданское, трудовое, семейное, административное, финансовое - прим. авт.) согласованы между собой до такой степени, которая позволяет рассматривать их в качестве единого комплекса отраслей законодательства, регулирующих основной круг вопросов жилищных правоотношений. Согласованность между отраслями законодательства опирается на системные (конструктивные и функциональные) связи между ними и составляющими их содержание правовыми нормами и институтами.¹³⁴

Наличие таких связей дает нам основание сказать, что система права складывается из различных отраслей права, образуя их комплексы.

В результате произошедших коренных преобразований системы жилищных отношений были закреплены новые институты жилищного права и введены новые субъекты жилищных правоотношений, изменились объекты жилищного оборота, все это привело к изменению жилищного законодательства.

В этой связи изменившиеся жилищные отношения требуют урегулирования новыми нормами, соответствующими принятому гражданскому и иному законодательству.

Возникновение комплекса отраслей законодательства, содержащего нормы, регулирующие жилищные правоотношения, сформировало вопрос определения их связи и соотношений с гражданским, семейным, трудовым, земельным законодательством.

Как рассматривалось выше, жилищные правоотношения имеют комплексный характер и возникают по поводу особого объекта – жилого помещения, имеющего важное социальное значение. Этот их признак

¹³⁴ Марткович И.Б. Жилищное право: Закон и практика. М.: Юр.лит. 1990. С.104.

обуславливает главное, на наш взгляд, отличие, которое наделяет жилищное законодательство уникальными чертами. Прежде всего, это то обстоятельство, что к жилищным относятся отношения по управлению жилищным фондом, его содержанию и ремонту; отношения, возникающие в связи с предоставлением гражданам жилых помещений и пользованием ими на условиях найма и аренды; отношения собственности в жилищной сфере и другие общественные отношения, связанные с удовлетворением жилищной потребности. Жилищными считаются и отношения по владению и пользованию чужим имуществом, принадлежащим кому-либо другому на праве собственности (вещном праве). Характер жилищных правоотношений специфичен и разнообразен: рассматривая субъектный состав нельзя не указать особый субъект жилищного права – семью, правовое положение членов которой в жилищных отношениях регулируется не только нормами Закона, но и нормами Кодекса О браке (супружестве) и семье. Одним из оснований возникновения жилищного правоотношения является предоставление служебного жилого помещения. В этом случае речь идет о регулировании правоотношения как жилищным, так и трудовым законодательством. Жилищные правоотношения, связанные со строительством индивидуального жилого дома и правоотношения в объекте кондоминиума сталкиваются с необходимостью регулирования отношений при помощи земельного законодательства.

Таким образом, мы приходим к выводу, что нормы жилищного законодательства играют роль общих, объединяющих, «связующих» для норм гражданского, семейного, трудового и земельного законодательств.

Закон в настоящее время занимает главенствующее место среди иных актов жилищного законодательства и является главным системообразующим актом в данной области, вокруг него происходит процесс интеграции разнообразных норм жилищного законодательства, формируется самостоятельная отрасль жилищного законодательства.

Данный закон устанавливает исходные начала реализации жилищного права. В частности им установлены нормы о том, что жилищные отношения регулируются Законом, Гражданским кодексом и иным законодательством, издаваемым в соответствии с ними.

В законе находятся нормы о собственности в жилищной сфере, обеспечении нуждающихся граждан жилыми помещениями, социальные гарантии и др. В законе объединены нормы различной отраслевой принадлежности (гражданско-правовые, административно-правовые и т.д.) и вследствие этого данный нормативный правовой акт имеет комплексный характер.

Таким образом, на основе вышеизложенного полагаем целесообразным принять Жилищный кодекс.

Справочно:

Примеры существования в системе законодательства жилищных кодексов на постсоветском пространстве имеются: жилищные кодексы приняты в Российской

Федерации (2004), Азербайджанской Республике (2009), Республике Узбекистан (1998), Кыргызской Республике (2013).

Отправной точкой для разработки Жилищного кодекса как комплексного правового акта будет рассмотрение всей совокупности разнообразных жилищных отношений, как единого целого, а жилищного законодательства – как единой, комплексной отрасли казахстанского законодательства. Этим достигается всестороннее и взаимообразующее регулирование всех жилищных отношений.

Разработка и принятие Жилищного кодекса будет наглядным свидетельством наличия в системе казахстанского законодательства самостоятельной отрасли жилищного законодательства.

С принятием Жилищного кодекса отрасль жилищного законодательства станет стабильной, согласованной и определенной с точки зрения внутреннего строения системы данной отрасли, при этом будут созданы объективные предпосылки для еще большего обособления отрасли жилищного законодательства, для становления и развития отрасли жилищного права как самостоятельной отрасли.

Это позволяет определить место Жилищного кодекса в системе казахстанского законодательства как особого комплексного межотраслевого кодификационного акта, предоставит возможность применять в отдельных случаях в процессе регулирования жилищных отношений, как общие положения, так и нормы смежных отраслей законодательства (семейного, земельного и др.). При этом важно помнить, что нормы иного законодательства могут применяться в качестве дополнительных для регулирования жилищных отношений лишь в тех случаях, когда отсутствуют нормы жилищного законодательства.

Принятие Жилищного кодекса положительно скажется на правовом регулировании жилищных отношений.

Во-первых, это позволит структурировать, сконцентрировать и упорядочить весь конгломерат нормативного правового материала, составляющего на сегодняшний день жилищное законодательство.

Во-вторых, будет способствовать переводу большей части нормативных правовых актов из подзаконного уровня на законодательный. Таким образом, будет достигнута нормотворческая стабильность жилищно-правовых норм, в связи с более сложной процедурой внесения изменений и дополнений в кодифицированные акты.

В-третьих, кодификация облегчит правоприменительный процесс для участников жилищных правоотношений.

СПРАВКА
по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан
от 5 октября 1995 года № 2486
«О производственном кооперативе»

Показатель 1. Общая информация о Законе:

Название Закона: «О производственном кооперативе» (далее - Закон).

1.1. Предмет правового регулирования:

Закон определяет правовое положение производственных кооперативов, организационные, экономические и социальные условия их создания, деятельности, реорганизации и ликвидации, права и обязанности членов, полномочия и ответственность органов управления и контроля.

1.2. Отрасль законодательства:

Анализируемый Закон относится к отрасли законодательства о субъектах гражданских прав под шифром 030.001.000 (постановление Правительства Республики Казахстан от 26 декабря 2002 года № 1378 «О Классификации отраслей законодательства Республики Казахстан»).

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства.

Анализируемый Закон соответствует стратегическим целям государства в части развития бизнес-среды. Главой государства в Послании от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» было отмечено, что вторым приоритетом модернизации является *кардинальное улучшение и расширение бизнес-среды*.

В рамках второго приоритета Главой государства поставлена цель к 2050 году обеспечить вклад малого и среднего бизнеса в валовой внутренний продукт страны не менее 50 процентов. Для достижения данной цели Президентом были поставлены следующие задачи:

б) *«правительству с 2017 года приступить к реализации Программы продуктивной занятости и развития массового предпринимательства;*

7) *правительству совместно с Национальной палатой предпринимателей «Атамекен» принять меры по фронтальному снижению всех видов издержек для бизнеса. Особенно это касается стоимости услуг в энергетике, транспорте и логистике, а также в ЖКХ;*

8) *снизить доли государства в экономике до 15 процентов в ВВП, до уровня стран ОЭСР;*

9) *расширить государственно-частное партнерство. Речь идет о передаче ряда госуслуг бизнесу;*

10) *не допускать ценовых и тарифных сговоров, Правительству совместно с НПП «Атамекен» провести «ревизию» всего законодательства на предмет выявления норм, препятствующих конкуренции»¹³⁵.*

¹³⁵ Послание Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 г. «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность».

В послании Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана от 17 января 2014 года была поставлена задача по внедрению принципов и стандартов Организации экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР) для вхождения Казахстана в число 30 самых развитых стран мира.

В целях повышения конкурентоспособности и эффективности деятельности казахстанских акционерных обществ актуальным является вопрос совершенствования действующего законодательства с учетом Принципов корпоративного управления ОЭСР.

Постановлением Правительства Республики Казахстан «Об утверждении Комплексного плана работ по внедрению стандартов корпоративного управления стран Организации экономического сотрудничества и развития и дальнейшему улучшению инвестиционного бизнес-климата в рамках Таможенного союза» от 21 июня 2013 года № 643 предусмотрена разработка Концепции проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам корпоративного управления».

В целом можно сделать вывод о том, что Закон соответствует стратегическим целям государства.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции.

Анализируемый Закон соответствует нормам Конституции, что подтверждается пунктом 4 статьи 26 Конституции РК, в соответствии с которым *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. Также пунктом 3 статьи 61 Конституции предусмотрено право Парламента по изданию законов, которые регулируют важнейшие общественные отношения, устанавливают основополагающие принципы и нормы, касающиеся правосубъектности физических и *юридических лиц*, гражданских прав и свобод, обязательств и ответственности физических и юридических лиц.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам.

3.1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан:

В рамках стран СНГ подписано Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности (*Ашгабат, 24 декабря 1993 г.*), которое ратифицировано Постановлением Верховного Совета РК от 23.06.1994 года № 99-ХІІІ, и вступило в силу 21 ноября 1994 года. Статьей 1 данного Соглашения предусмотрено, что стороны *сотрудничают* в разработке и

осуществлении инвестиционной политики в отношении своих *хозяйствующих субъектов*, а также хозяйствующих субъектов государств, не являющихся участниками настоящего Соглашения, и международных организаций с целью обеспечения взаимной защиты интересов Сторон в этой области.

В соответствии с Соглашением одним из видов инвесторов выступают *юридические лица*, а также в статье 12 Соглашения указано обязательство сторон по поддержанию разнообразия организационно-правовых форм сотрудничества в ходе рассмотрения вопроса, касающегося *создания и регистрации юридических лиц*. Данное обязательство выполняется Республикой Казахстан, а именно Гражданским кодексом предусмотрены различные организационно-правовые формы юридических лиц, в том числе акционерное общество.

В рамках ЕвразЭС 29 мая 2014 года в городе Астана был подписан Договор о Евразийском экономическом союзе, который впоследствии был ратифицирован Законом РК от 14.10.2014 № 240-V. Статья 66 вышеуказанного Договора устанавливает *запрет* государствам-членам Союза в части введения новых дискриминационных мер в отношении учреждения и деятельности лиц других государств-членов по сравнению с режимом, действующим на дату вступления в силу указанного Договора.

Законом Республики Казахстан от 25 марта 2016 года № 475-V ЗРК ратифицировано «Соглашение о расширенном партнерстве и сотрудничестве между Республикой Казахстан, с одной стороны, и Европейским Союзом и его государствами-членами, с другой стороны», совершенное в Астане 21 декабря 2015 года. Статьей 219 указанного Соглашения определено, что *стороны развивают и укрепляют сотрудничество в области малых и средних предприятий*.

На основании вышеизложенного, следует сделать вывод о том, что *Закон соответствует международным обязательствам Республики Казахстан*.

3.2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан:

Несоответствие Закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан *не обнаружено*.

3.3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан:

Пункт 1 статьи 98 Гражданского кодекса РК (*далее – ГК РК*) устанавливает, что имущество, находящееся в собственности производственного кооператива, делится на паи его членов пропорционально их взносам, если уставом кооператива не предусмотрено иное. Законом РК от 2 марта 1998 г. № 211-I «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Казахстан (общая часть) и в постановление Верховного Совета Республики Казахстан «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (общая часть)» из названной статьи было исключено

положение о том, что «пай является долей члена производственного кооператива в имуществе кооператива».

Однако соответствующее положение в анализируемом Законе (*пункт 2 статьи 20 Закона*) осталось, несмотря на то, что как отметил Климкин С.И. «использование в данном случае термина «доля в имуществе» юридически некорректно, поскольку может создать впечатление о существовании общей собственности его членов на имущество кооператива. Это не так. Члены кооператива сохраняют на его имущество обязательственные, но не вещные права (*пункт 2 статьи 36 ГК РК*). Это означает, что член кооператива имеет право на получение части имущества, оставшегося после ликвидации кооператива, при выбытии из кооператива и т.д. Стоимость причитающегося имущества зависит от размера пая»¹³⁶.

Из вышеизложенного можно сделать вывод о том, что из пункта 2 статьи 20 Закона *следует исключить* положение о том, что «пай является долей члена производственного кооператива в имуществе кооператива».

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

В соответствии с пунктом 1 статьи 5 Закона РК от 29 октября 2015 года № 372-V «О сельскохозяйственных кооперативах» сельскохозяйственным кооперативом является юридическое лицо в организационно-правовой форме производственного кооператива, создаваемое на основе членства путем добровольного объединения *физических и (или) юридических лиц* для осуществления совместной производственной и (или) иной хозяйственной деятельности в целях удовлетворения их социально-экономических потребностей в производстве, переработке, сбыте, хранении сельскохозяйственной продукции, продукции аквакультуры (рыбоводства), снабжении средствами производства и материально-техническими ресурсами, кредитовании, водообеспечении или другом сервисном обслуживании членов кооператива, а также ассоциированных членов кооператива.

Данное положение Закона «О сельскохозяйственных кооперативах» вступает в коллизию с пунктом 1 статьи 1 анализируемого Закона, который устанавливает, что производственным кооперативом признается добровольное *объединение граждан* на основе членства для совместной предпринимательской деятельности, основанной на их личном трудовом участии и объединении его членами имущественных взносов (паев), т.е. членами производственного кооператива могут быть *только граждане*.

Полагаем, что расширение круга членов сельскохозяйственного кооператива в отличие от производственного кооператива является неприемлемым с точки зрения того, что сельскохозяйственный кооператив

¹³⁶ Климкин С.И. Постатейный комментарий ГК РК: Производственный кооператив. Специализированный ежемесячный журнал «ЮРИСТ»: сентябрь, №9, 2013 // электронный ресурс: <https://journal.zakon.kz/4583576-postatejnyj-kommentarij-gk-rk..html>

создается в организационно-правовой форме производственного кооператива, и, следовательно, должно соответствовать требованиям, установленным к производственным кооперативам.

На основании вышеизложенного *считаем необходимым привести в соответствие* пункта 1 статьи 5 Закона РК «О сельскохозяйственных кооперативах» с пунктом 1 статьи 1 анализируемого Закона.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона.

Член производственного кооператива *вправе по своему усмотрению выйти* из него в любое время лишь выразив свою волю на выход путем письменного предупреждения об этом председателя правления кооператива не менее чем за две недели до выхода, если учредительными документами не предусмотрен более длительный срок предупреждения, не превышающего двух месяцев (*пункт 1 статьи 11 анализируемого Закона*).

Данное обстоятельство позволяет отнести выход члена производственного кооператива по своему усмотрению к группе односторонних сделок, которая создает обязанности для самого производственного кооператива. Обязательство производственного кооператива *заключается в выплате или выдаче пая* тому, кто выходит, а также в осуществлении других выплат, предусмотренных уставом. Выдача пая производится по окончании финансового года и утверждении бухгалтерского баланса кооператива. По соглашению выбывающего члена с кооперативом выплата стоимости пая может быть заменена выдачей имущества в натуральной форме. Выбывающему члену кооператива выплачивается также причитающаяся ему часть чистого дохода, полученного кооперативом в данном году за период его нахождения в кооперативе. Выплаты за личное трудовое участие в деятельности кооператива производятся в течение месяца со дня прекращения членства в кооперативе.

Необходимо отметить, что возможность выхода по своему усмотрению предусмотрена *не во всех коммерческих юридических лицах*. Так, Законом «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» изменен подход к данному вопросу. По ранее действовавшему Указу 1995 года участники товариществ с ограниченной и дополнительной ответственностью также имели право на свободный выход из товарищества. Между тем, при принятии Закона «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» данное положение было исключено.

По мнению некоторых юристов «законодательство в принципе *не должно допускать возможности выхода участников* из коммерческих юридических лиц. Выше мы отмечали, что выход участника влечет осуществление соответствующих выплат в его адрес со стороны этого юридического лица. Следствием этого является уменьшение стоимости чистых активов этого юридического лица, что, конечно же, уменьшает гарантии его кредиторов. Иными словами, при выходе члена из производственного кооператива нарушаются интересы его кредиторов, что

входит в противоречие с принципом «qui jure suo utitur, naeminem laedit» – кто пользуется правом, никому не причиняет вреда. В нашем же случае использование предоставленного законом права одним лицом причиняет или может причинить вред другим лицам»¹³⁷.

Также выход из производственного кооператива по своему усмотрению его члена может привести к неразрешимой Законом проблеме, связанной с *одновременным выходом всех членов производственного кооператива*. Данное обстоятельство приводит к ликвидации производственного кооператива, так как не останется ни одного его члена. Однако в юридическом смысле кооператив продолжает существовать, так как *ликвидация производственного кооператива возможна* по решению общего собрания членов кооператива или в случае, когда остается один член, то он в течение шести месяцев принимает других членов либо инициирует реорганизацию или ликвидацию. В случае отсутствия решения общего собрания о ликвидации и одного члена производственного кооператива, который может самостоятельно решить судьбу производственного кооператива, кооператив из Государственного реестра юридических лиц *так и не будет исключен*.

На основании вышеизложенного полагаем, что в анализируемом Законе необходимо изменить подход к регулированию самостоятельного выхода членов производственного кооператива. Считаем необходимым аналогично Закону «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» *исключить свободный выход*, либо *ограничить определенным числом количество членов*, которые могут одновременно подать заявление о выходе из производственного кооператива.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона.

В соответствии с частью первой пункта 1 статьи 24 анализируемого Закона при слиянии и присоединении кооперативов *размер паев членов реорганизуемых кооперативов сохраняется*.

Однако *на практике* данное положение не может быть реализовано по причине того, что при слиянии или присоединении в любом случае общая сумма паев нового или реорганизованного кооператива будет составлять 200-300-400% или еще больше в зависимости от того, сколько кооперативов участвовало при слиянии или присоединении. Полагаем, что данное обстоятельство *не соответствует* требованиям норм анализируемого Закона и *порождает трудности* в исчислении паев нового или реорганизованного кооператива.

¹³⁷ Аналитическая справка по Закону Республики Казахстан от 5 октября 1995 года «О производственном кооперативе» (по состоянию на 25 октября 2006 г.) // электронный ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30111985.

В этой связи считаем, что при регулировании названного вопроса необходимо оставить решение о размерах паев самим членам нового или реорганизованного кооператива путем закрепления размер паев каждого члена в учредительном договоре и уставе.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона.

В анализируемом Законе наличие дублирующих норм закона не обнаружено.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе.

1. ГК РК до поправок, внесенных 2 марта 1998 года, в регулировании правового положения производственного кооператива не всегда выдерживал единства терминологии, и это приводило к проблемам, связанными с решением ряда имущественных вопросов. Так, согласно статье 96 ГК РК пай являлся имущественным взносом члена производственного кооператива. Частью второй пункта 1 статьи 98 ГК РК было определено, что пай является долей члена в имуществе кооператива. Термины *«имущественный взнос»*, *«пай»*, *«доля»* несли равную смысловую нагрузку. Однако из пункта 3 статьи 98 ГК РК следовало, что доля в имуществе необязательно равна паю, она лишь пропорциональна ему.

Вопрос стоимости доли в имуществе является важным в практическом плане, так как размер субсидиарной ответственности члена производственного кооператива по его долгам зависит от правильного определения стоимости доли члена в имуществе, которая не может быть меньше размера стоимости его пая. В этой связи выработка однозначного понимания и толкования используемых терминов представлялась крайне необходимой.

Поправками в ГК РК от 2 марта 1998 года *данная проблема решена*: понятие «пай» не следует рассматривать как имущественный взнос. В соответствии с пунктом 1 статьи 98 ГК РК имущество, находящееся в собственности производственного кооператива, делится на паи его членов пропорционально их взносам, если уставом кооператива не предусмотрено иное.

Однако названные поправки *породили другую проблему*, связанную с вопросом о субсидиарной ответственности члена кооператива по его долгам при недостаточности имущества у самого кооператива. Так, в соответствии с пунктом 5 статьи 14 анализируемого Закона, как уже отмечалось выше, размер дополнительной ответственности не может быть меньше размера стоимости пая члена кооператива. Ранее, когда пай трактовался как имущественный взнос, минимальный размер дополнительной ответственности определялся размером взноса члена кооператива. Сейчас же понятие «пай» имеет иное значение. И это обстоятельство не дает возможности определить минимальный размер ответственности члена кооператива. Более того, на практике согласно нормам анализируемого Закона минимальная ответственность члена производственного кооператива будет равна нулю, так как вопрос о дополнительной ответственности члена

кооператива может встать лишь тогда, когда у самого кооператива имущество отсутствует. Но в таком случае *стоимость пая* члена кооператива будет *равна нулю*.

Полагаем, что необходимо установить предельно определенный режим дополнительной (субсидиарной) ответственности члена кооператива, поставив его в зависимость от размера имущественного взноса.

2. Одна из особенностей производственного кооператива – это *обязательное личное трудовое участие* его членов в деятельности кооператива (*пункт 1 статьи 1 Закона*). Однако согласно пункту 1 статьи 23 анализируемого Закона условия труда его членов регулируются *Законом и учредительными документами кооператива*, а лиц, работающих в кооперативах по трудовому договору, – *трудовым законодательством Республики Казахстан*.

Данное обстоятельство ставит вопрос о возможности применения норм трудового законодательства к регулированию труда самих членов кооператива.

В статье 9 Законе закреплены следующие права членов производственного кооператива, *предусмотренные трудовым законодательством*:

- получать оплату за свой труд в форме заработной платы или иной форме, установленной кооперативом;
- на отдых, на ежегодный оплачиваемый трудовой отпуск;
- на социальное обеспечение.

Более того, в обязанности членов производственного кооператива входит соблюдение производственной и трудовой дисциплины, правил охраны труда и техники безопасности.

Таким образом, положение анализируемого Закона о регулировании условий труда его членов Законом и учредительными документами кооператива подлежит расширительному толкованию: их трудовая деятельность регулируется также трудовым законодательством РК. Данный вывод связан с тем, что выполнение каких-либо работ или оказание услуг в рамках договора подряда или иных гражданско-правовых договоров не может рассматриваться как личное трудовое участие.

В этой связи полагаем, что пункт 1 статьи 23 анализируемого Закона необходимо дополнить положением о том, что «условия труда его членов регулируются Законом, *трудовым законодательством РК* и учредительными документами кооператива».

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона.

Анализируемый Закон содержит достаточное количество бланкетных и отсылочных норм.

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов.

Пункт 2 статьи 22 определяет, что чистый доход в размере, определенном общим собранием, распределяется между членами

кооператива *в соответствии с их трудовым участием*, если иной порядок не предусмотрен уставом кооператива. На практике положение о том, что распределение **денег** (чистого дохода в определенном размере) осуществляется в соответствии с трудовым участием членов кооператива. Однако Законом не урегулирован порядок определения трудового участия члена производственного кооператива. Возможно, этот порядок будет определен учредительными документами, но на практике вопросы, касающиеся денег, зачастую могут привести к нежелательным последствиям (*например: негативное давление на лиц, ведущих табель учета рабочего времени и иных лиц, ответственных за учет трудового участия каждого члена производственного кооператива*). Более того, принимая во внимание то, что исполнительным органом назначается один из членов производственного кооператива, из различных личных положительных (негативных) отношений возможно лоббирование интересов тех членов, которые не принимают личное трудовое участие должным образом.

В этой связи полагаем, что необходимо изменить подход к регулированию вопроса распределения чистого дохода между членами производственного кооператива путем установления порядка определения личного трудового участия членов производственного кооператива в самом Законе, а не учредительными документами. Более того, за невыполнение данного порядка необходимо установить ответственность.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона.

В пункте 3 статьи 16 анализируемого Закона указано, что Уставом кооператива к *компетенции наблюдательного совета* может быть отнесено *периодическое заслушивание отчетов правления кооператива (председателя кооператива)*, дача согласия на назначение должностных лиц исполнительного аппарата, предварительное одобрение сделок на сумму, превышающую величину, установленную уставом, осуществление контроля за исполнением решений общего собрания членов кооператива».

Однако периодическое заслушивание отчетов исполнительного органа ***относится к исключительной компетенции общего собрания членов производственного кооператива.***

Как отметили Басин Ю.Г. и Сулейменов М.К. «смысл исключительной компетенции общего собрания заключается в том, что отнесенные к этой компетенции вопросы *не могут быть предметом рассмотрения* какого-нибудь иного органа кооператива (даже в порядке делегирования полномочий самим общим собранием)»¹³⁸.

В целях устранения противоречий между нормами Закона считаем обоснованным исключение из компетенции наблюдательного совета периодическое заслушивание отчетов правления кооператива (председателя кооператива).

¹³⁸ М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Гражданское право - том I. Учебник для вузов (академический курс).

**Справка по результатам мониторинга
Закона Республики Казахстан от 3 июля 2014 года № 228-V
«О физической культуре и спорте»**

Показатель 1. Общая информация о Законе

1.1. Предмет правового регулирования

Закон Республики Казахстан от 3 июля 2014 года № 228-V «О физической культуре и спорте» регулирует общественные отношения в области физической культуры и спорта, определяет правовые, организационные, экономические и социальные основы обеспечения деятельности и развития массовой физической культуры, любительского и профессионального спорта в Республике Казахстан.

1.2. Отрасль законодательства

Одна из отраслей социальной сферы, которая выполняет важные социально-культурные функции, является физическая культура и спорт. Отмечаем, что законодательство в области физической культуры и спорта – основа эффективной реализации государственной политики в этой области.

В соответствии с Классификацией отраслей законодательства Республики Казахстан, утвержденной постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 декабря 2002 года № 1378, анализируемый закон относится к отрасли социально-культурного законодательства (140.000.000.), в сфере «спорт» (140.006.000.).

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства

В целях развития отрасли физической культуры и спорта в Республике Казахстан и создания благоприятных условий для формирования эффективной модели государственной политики в области физической культуры и спорта Главой государства утверждена Концепция развития физической культуры и спорта Республики Казахстан до 2025 года¹³⁹ (далее – Концепция).

Так согласно Концепции наблюдается устойчивая тенденция роста числа занимающихся физической культурой и спортом от общего количества населения республики (в 2012 году – 21,6%, в 2013 году – 23,2%, в 2014 году – 25,1%).

В частности, охват студентов, посещающих спортивные секции, составляет 55,8% или 278,6 тыс. чел., количество занимающихся физической культурой и спортом в трудовых коллективах – 15% от экономически активного населения или 1,6 млн. чел; количество инвалидов, систематически занимающихся физической культурой и спортом, – 9,2% или 22,6 тыс. чел.

Согласно ведомственной статистической отчетности в 2014 году в стране функционировало 34,9 тыс. спортивных сооружений и по сравнению с 2013 годом их число возросло на 2% (34,2 тыс. спортивных сооружений). Из

¹³⁹ Указ Президента Республики Казахстан от 11 января 2016 года № 168 «Об утверждении Концепции развития физической культуры и спорта Республики Казахстан до 2025 года».

них: 25,7 тыс. – относятся к объектам учреждений образования, включая спортивные школы, 9,3 тыс. – относятся к объектам физкультурно-спортивного назначения.¹⁴⁰

Необходимо отметить, что в ежегодных посланиях Главы государства всегда уделяется внимание вопросам физической культуры и спорта как составной части государственной социальной политики:

«Повышение благосостояния граждан Казахстана - главная цель государственной политики» от 6 февраля 2008 года;

«Социально-экономическая модернизация - главный вектор развития Казахстана» от 27 января 2012 года;

«Стратегия «Казахстан-2050»: новый политический курс состоявшегося государства» от 14 декабря 2012 года;

«Казахстан в новой глобальной реальности: рост, реформы, развитие» от 30 ноября 2015 года.

На основе вышеуказанных стратегических документов и Концепции, помимо анализируемого Закона, приняты следующие нормативные правовые акты, определяющие приоритеты развития отрасли физической культуры и спорта:

Стратегический план развития Республики Казахстан до 2020 года, утвержденный Указом Президента Республики Казахстан от 1 февраля 2010 года № 922;

Концепция по вхождению Казахстана в число 30-ти самых развитых государств мира, утвержденная Указом Президента Республики Казахстан от 17 января 2014 года № 732;

Концепция социального развития Республики Казахстан до 2030 года, утвержденная постановлением Правительства Республики Казахстан от 24 апреля 2014 года № 396;

Стратегический план Министерства культуры и спорта на 2014-2018 годы, утвержденный Приказом Министра культуры и спорта Республики Казахстан от 30 декабря 2014 года № 163.

Таким образом, отмечаем, что рассматриваемый Закон отвечает современным потребностям развития сферы физической культуры и спорта, относящейся к отрасли социально-культурного законодательства, и соответствует поставленным стратегическим целям в вышеуказанных актах.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции Республики Казахстан

В соответствии с пунктом 1 статьи 1 Конституции¹⁴¹ Республика Казахстан объявлена социальным государством, политика которого служит

¹⁴⁰ Указ Президента Республики Казахстан от 11 января 2016 года № 168 «Об утверждении Концепции развития физической культуры и спорта Республики Казахстан до 2025 года».

¹⁴¹ Конституция Республики Казахстан принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года

созданию условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, в том числе в области физической культуры и спорта.

Отмечаем, что 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

Общепризнанным является тот факт, что сфера физической культуры и спорта, особенно массовый спорт, призвана решать многие социально-экономические проблемы, такие, как объединение общества, отвлечение молодежи от пагубных привычек, профилактика заболеваний, увеличение средней продолжительности жизни и ее качественного уровня. Поэтому, обладая неоспоримой социальной значимостью, спортивные услуги являются объектами международного регулирования и сотрудничества.¹⁴²

Основными международными документами в сфере массового спорта следует считать Международную хартию физического воспитания и спорта 1978 года с последующими дополнениями, Спортивную хартию Европы 1992 года. Данные документы устанавливают основные принципы регулирования развития массового спорта, которых обязаны придерживаться все страны, ратифицировавшие соглашения. Основными принципами, из которых страны обязаны исходить, выступают, во-первых, доступность занятий массовым спортом без дискриминации по каким-либо признакам, во-вторых, государственное регулирование развития сети спортивных сооружений и доступности занятий физической активностью.

Кроме того, Республикой Казахстан ратифицирована Международная конвенция о борьбе с допингом в спорте¹⁴³, цель которой заключается в содействии предотвращению применения допинга в спорте и борьбе с ним в интересах его искоренения в рамках стратегии и программы деятельности ЮНЕСКО в области физического воспитания и спорта.

В статье 4 указанной Конвенции предусмотрена связь с Всемирным антидопинговым кодексом¹⁴⁴, так *в целях координации действий по борьбе с допингом в спорте на национальном и международном уровнях государства-участники обязуются придерживаться принципов Кодекса в качестве основы для принятия мер.*

Указанный кодекс является основополагающим и универсальным документом, на котором основывается Всемирная антидопинговая программа

¹⁴² Вапнярская О.И., Золотов М.И. «Зарубежный опыт управления массовым спортом» / журнал «Менеджмент в России и за рубежом» №3.2003.

¹⁴³ Закон Республики Казахстан от 7 декабря 2009 года № 220-IV «О ратификации Международной конвенции о борьбе с допингом в спорте».

¹⁴⁴ Всемирный антидопинговый кодекс принят в 2003 году и начал действовать в 2004 году. 1 января 2009 года вступил в силу измененный Всемирный антидопинговый кодекс, утвержденный Советом учредителей Всемирного антидопингового агентства 17 ноября 2007 года.

в спорте. В кодексе излагаются специфические антидопинговые правила и принципы, которым должны следовать организации, ответственные за принятие, реализацию и исполнение антидопинговых правил в силу своих полномочий, например, Международный олимпийский комитет, Международный паралимпийский комитет, Международные федерации, Национальные олимпийские и паралимпийские комитеты, Организаторы крупных спортивных мероприятий и Национальные антидопинговые организации.

Более того, Правительством Республики Казахстан в рамках развития сотрудничества в области физической культуры и спорта утверждены следующие соглашения:

- *о сотрудничестве в области физической культуры и спорта государств-участников Содружества Независимых Государств от 23 мая 2007 года № 411;*

- *о сотрудничестве в области физической культуры и спорта государств-участников Содружества Независимых Государств от 4 февраля 2008 года № 92;*

- *о сотрудничестве в области туризма между Министерством туризма и спорта Республики Казахстан и Министерством спорта и туризма Республики Беларусь, г. Минск, 10 июня 2009 г.;*

- *о сотрудничестве в области культуры, искусства, средств массовой информации и спорта между Правительством Республики Казахстан и Правительством Республики Индия, от 11 мая 2010 года № 405 и другие.*

Рассмотрев вышеуказанные акты, отмечаем, что анализируемый Закон не содержит норм, противоречащих международным обязательствам Республики Казахстан в этой сфере.

Между тем, проанализировав международный опыт в сфере физической культуры и спорта, предлагаем обратить внимание на следующие модели правового регулирования в области спорта.

Исходя из опыта и особенностей стран мира и их спортивно-правовой регламентации, представляет интерес классификация моделей регулирования в области спорта в соответствии с критерием меры и качества государственного вмешательства, предложенная Фабрисом Риццо и Жаном-Мишелем Мармэйю.

Либеральная модель. Эта модель характеризуется тем, что вмешательство государства в вопросы спорта сводится к ограниченным аспектам налогового и финансового плана. Вся полнота принятия решений отдана спортивным организациям. В лучшем случае, государство участвует через местные органы власти в строительстве спортивных объектов и в управлении некоторыми спортивными инфраструктурами, но в любом случае государство оставляет частным, ассоциативным субъектам вопросы управления и организации спорта. В этой модели спортивное движение самостоятельно. Эта либеральная модель более свойственна странам англо-саксонской правовой системы.

Интервенционистская модель. Данную модель в чистом виде можно было найти в странах бывшего советского блока, где не было места частной предпринимательской инициативе, а спортивное движение было полностью интегрировано в государственные структуры. Крайняя форма этой модели ушла в прошлое, но осталась другая разновидность, характеризующаяся тем, что в ней организация и развитие спорта и физкультурной активности рассматриваются как публичные интересы, реализуемые соответствующими публичными службами, органами. И такая разновидность встречается в странах Южной Европы (за исключением Италии), во Франции, в ряде других стран мира. В этих странах обеспечение надлежащего состояния и развития спорта является совместной задачей правительства и частного спортивного движения, спорт совместно ими управляется. В целом, государство осуществляет нормативное правовое обеспечение спорта, определяет разделение ответственности между государственными учреждениями и спортивными организациями, оказывает финансовую и материальную поддержку субъектам спортивных отношений и настоятельно призывает спортивное движение принимать участие в его соответствующей политике. Входящая в эту группу Франция характеризуется сильной децентрализацией управления в области спорта и развитием диалога между государством и спортивным движением, в частности, через Французский национальный олимпийский и спортивный комитет.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан

Рассматриваемый Закон 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

4.1. В статье 27 Закона Республики Казахстан от 13 апреля 2005 года № 39 «О социальной защите инвалидов в Республике Казахстан» регламентировано, что *местные исполнительные органы обеспечивают инвалидам условия для доступа к культурно-зрелищным мероприятиям, а также спортивным сооружениям для занятия физической культурой и спортом, предоставление специального спортивного инвентаря.*

Между тем, в рассматриваемом Законе не предусмотрена указанная компетенция местных исполнительных органов в области физической культуры и спорта, что способствует формированию различной практики применения действующего законодательства.

Таким образом, считаем необходимым, компетенцию местных исполнительных органов в рамках обеспечения инвалидам условий для

доступа к культурно-зрелищным мероприятиям, а также спортивным сооружениям для занятий физической культурой и спортом, предоставление специального спортивного инвентаря предусмотреть в анализируемом Законе.

4.2. Подпунктом 14) статьи 29 Закона Республики Казахстан от 23 января 2001 года № 148 «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан» предусмотрена компетенция акима области, города республиканского значения, столицы:

«14) определяет порядок реализации продукции в стеклянной таре в местах проведения спортивно-массовых, зрелищных культурно-массовых мероприятий.».

Тогда как аналогичная компетенция не предусмотрена в специальном законе о физической культуре и спорте, в данном случае данное расхождение может способствовать возникновению противоречий в процессе правоприменительной деятельности при осуществлении компетентными субъектами (органами и должностными лицами) своих полномочий.

В этой связи, считаем целесообразным, корреспондировать нормы рассматриваемого Закона и Закона «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан» в части компетенции определения порядка реализации продукции в стеклянной таре в местах проведения спортивно-массовых, зрелищных культурно-массовых мероприятий.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Анализируемый Закон не содержит устаревших норм.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

6.1. Статья 17 анализируемого Закона предусматривает физическую культуру и спорт в трудовых коллективах, в частности пунктом 1 регламентировано, что *юридические лица могут предусматривать средства для развития физической культуры по оздоровлению работников и создают условия для реализации физическими лицами права на занятия физической культурой и спортом.*

Считаем, что данная норма Закона носит декларативный характер, поскольку действующий Трудовой кодекс Республики Казахстан не закрепляет подобную обязанность за работодателем (*Трудовой кодекс Республики Казахстан от 23 ноября 2015 года № 414-V*).

Также использование в норме понятие «средства» не в полной мере выражает, что законодатель подразумевал: денежные средства либо материально-технические средства (тренажеры, гантели и т.д.).

Обращаем внимание, что использование вышеуказанной декларативной нормы не выполняется регулирующая функция, следовательно, данная норма является неэффективно реализуемой, а именно не отражает реальное положение и объективные возможности субъектов общественных отношений.

В этой связи, считаем необходимым, в целях исключения возможности правоприменительно произвольно выработать разную практику применения, уполномоченному органу в области физической культуры и спорта раскрыть содержание нормы, регламентирующей юридическим лицам предусматривать средства для развития физической культуры по оздоровлению работников и создавать условия для реализации физическими лицами права на занятия физической культурой и спортом.

6.2. Подпунктом 1) пункта 1 статьи 8 в компетенции местного исполнительного органа области, города республиканского значения, столицы предусмотрено *создание инфраструктуры для занятий спортом физических лиц по месту жительства и в местах их массового отдыха.*

Однако, как показывает правоприменительная практика, указанные органы при создании инфраструктуры для занятий спортом ограничиваются лишь установкой нескольких тренажеров.

Между тем, необходимо отметить, что в настоящее время среди занятий массового спорта большую популярность приобретает велоспорт. В этой связи, предлагаем дополнить компетенцию местных исполнительных органов созданием условий для занятий велоспортом.

На основании изложенного, предлагаем внести следующее дополнение в рассматриваемый подпункт 1) пункта 1 статьи 8 анализируемого Закона:

«1) создает инфраструктуру, в том числе велосипедные дорожки, для занятий спортом физических лиц по месту жительства и в местах их массового отдыха;».

6.3. Подпункт 4) статьи 7 Закона предусматривает компетенцию уполномоченного органа в области физической культуры и спорта по **проведению ведомственного статистического наблюдения.**

Однако полагаем, что практически трудно представить механизм проведения указанного ведомственного статистического наблюдения, поскольку в действующем законодательстве отсутствует нормативный правовой акт, регулирующий указанное наблюдение.

В целях эффективной реализации рассматриваемой нормы, полагаем необходимым, заменить проведение ведомственного наблюдения на проведение **мониторинга в области физической культуры и спорта**, что в свою очередь будет включать систему постоянного наблюдения, сбора и анализа информации и статистических данных в рассматриваемой сфере.

В соответствии со статьей 24 Закона Республики Казахстан «О правовых актах» в рамках соблюдения требований к содержанию и стилю изложения текста нормативного правового акта предлагаем закрепить проведение мониторинга в области физической культуры и спорта, предусмотрев процедуру введения статистического учета.

Таким образом, в целях исключения нарушения системности правового регулирования и снижения эффективности рассматриваемой нормы, полагаем целесообразным изменить действующую редакцию.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Подпунктом 8) статьи 7 рассматриваемого Закона предусмотрена компетенция уполномоченного органа в области физической культуры и спорта. В частности уполномоченный орган *организует и осуществляет подготовку и участие членов сборных команд Республики Казахстан по видам спорта (национальных сборных команд по видам спорта) в международных спортивных соревнованиях;*

Между тем, пунктом 6 статьи 19 также предусмотрена аналогичная компетенция уполномоченного органа:

«6. Уполномоченный орган в области физической культуры и спорта совместно с физкультурно-спортивными организациями инвалидов организует проведение республиканских соревнований, подготовку и участие сборных команд Республики Казахстан по видам спорта (национальных сборных команд по видам спорта) среди инвалидов на международных спортивных соревнованиях, в том числе в Паралимпийских, Сурдлимпийских играх и Всемирных специальных олимпийских играх.»

На наш взгляд, вышеуказанные нормы имеют дублирующий характер, что в свою очередь является избыточными для регулирования общественных отношений в сфере физической культуры и спорта, а также может способствовать появлению фактов различного применения законодательства.

Кроме того, следует обратить внимание на то, что уполномоченный орган в рамках своей компетенции может только *обеспечить* подготовку и участие членов сборных команд Республики Казахстан в международных спортивных соревнованиях.

На основании изложенного, предлагаем корреспондировать вышеуказанное дублирование компетенции уполномоченного органа в области физической культуры и спорта следующим образом:

организует и осуществляет подготовку и участие членов сборных команд Республики Казахстан по видам спорта (национальных сборных команд по видам спорта) в международных спортивных соревнованиях, а также совместно с физкультурно-спортивными организациями инвалидов среди инвалидов на международных спортивных соревнованиях, в том числе в Паралимпийских, Сурдлимпийских играх и Всемирных специальных олимпийских играх.»

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

8.1. В соответствии с подпунктом 10) статьи 7 рассматриваемого Закона уполномоченным органом в области физической культуры и спорта утверждены антидопинговые правила Республики Казахстан (*Приказ Министра культуры и спорта Республики Казахстан от 19 сентября 2014 года № 18. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 21 октября 2014 года № 9812*).

Указанные антидопинговые правила определяют порядок предотвращения использования допинга в спорте и борьбы с ним. В

частности пункт 4 содержит комплекс антидопинговых мероприятий в рамках противодействия использованию допинга, одним из которых является проведение допинг-контроля.

Так пунктом 29 Правил предусмотрено *нарушение физкультурно-спортивными организациями условий проведения допинг-контроля влечет ответственность, установленной законами Республики Казахстан.*

Между тем в Кодексе Республики Казахстан об административных правонарушениях и Уголовном кодексе Республики Казахстан отсутствуют нормы, предусматривающие ответственность за нарушение физкультурно-спортивными организациями условий проведения допинг-контроля.

В этой связи, отмечаем, что уполномоченным органом после утверждения анализируемых Правил, надлежащим образом не обеспечена реализация вышеуказанной нормы, а именно внесения дополнений в установленные законодательные акты Республики Казахстан.

Таким образом, считаем целесообразным, в целях исключения формирования разной практики применения норм устранить выявленный пробел в правовом регулировании.

8.2. Нормативные правовые акты должны иметь структуру, а не представлять хаотичный набор нормативных положений. Как правило, нормативный акт имеет вводную часть, называемую преамбулой, в ней излагаются цели и задачи нормативного правового акта, а также сферу применения данного акта.

По мнению С.А. Белоусова «..официально закрепляя такие значимые характеристики нормативного правового акта, как предмет регулирования, сфера действия, цели, принципы регламентируемой деятельности, преамбула становится его «мостиком» к другим документам, ориентиром для будущих законодательных нововведений. Исходя из текста грамотно составленной преамбулы, можно легко и точно определять место, которое занимает данный документ в системе действующих нормативных правовых актов и, соответственно, более качественно осуществлять планирование правотворческой деятельности, изначально не допуская появления дисбаланса.»¹⁴⁵

В этой связи отмечаем, что **отсутствует сфера действия Закона, основные направления государственной политики в сфере физической культуры и спорта и не четко конкретизирована цель**, которые имеют большую регулирующую силу в законодательных актах.

Между тем, в преамбуле раскрывается не в полной мере цель анализируемого Закона. Так считаем, что содержание Закона должно обеспечить достижение следующих целей:

оздоровительной - занятия спортом, физическими упражнениями и закаливание формируют своеобразный иммунитет к вредным привычкам, в том числе к употреблению наркотиков, алкоголя и курению;

¹⁴⁵ С.А. Белоусов «Правотворческие ошибки и законодательный дисбаланс: технико-юридические способы предотвращения». Вестник Саратовской государственной юридической академии № 5 (100). 2014

воспитательной - спорт оказывает влияние на нравственное воспитание человека, формирование его культуры поведения и стиля жизни, без которых человек не может быть личностью и полноценным гражданином. Спорт является самым эффективным средством перевоспитания «трудных подростков», предоставляя широкие возможности для реализации энергии, инициативы, творчества и физических способностей, для проявления лидерства и соперничества на здоровой основе;

социальной - у занимающихся спортом высокая социальная активность. Выработка таких качеств личности, как решительность, воля, целеустремленность и самообладание, невозможна без систематических занятий спортом;

патриотической - спорт является мощным средством гражданского патриотического воспитания, без которого невозможно обеспечить ни безопасность страны, ни ее экономическое процветание;

экономической - приобщение к регулярным занятиям физической культурой и спортом будет способствовать укреплению здоровья граждан, снижению заболеваемости и сокращению расходов государства на оказание медицинской помощи и выплату пособий по временной нетрудоспособности.

Кроме того, полагаем целесообразным, в рассматриваемом Законе предусмотреть основные направления государственной политики в сфере физической культуры и спорта, которые на нашем мнении, являются:

создание условий всем категориям и группам населения для занятия физической культурой и спортом;

вовлечение населения в занятия физической культурой и спортом;

содействие формированию у спортсменов и иных физических лиц, занимающихся физической культурой и спортом, патриотизма и национального самосознания;

обеспечение безопасности при проведении физкультурно-оздоровительных, спортивно-массовых и спортивных мероприятий;

физическое воспитание подрастающего поколения, содействие развитию школьного, студенческого спорта;

обеспечение подготовки спортивного резерва, спортсменов высокого класса;

предотвращение допинга в спорте и борьба с ним;

популяризация физической культуры и спорта, здорового образа жизни;

обеспечение медицинского наблюдения за состоянием здоровья спортсменов и иных физических лиц, занимающихся физической культурой и спортом и т.д.

Далее, пунктом 2 статьи 2 анализируемого Закона предусмотрены задачи государственной политики в области физической культуры и спорта, между тем рекомендуем **дополнить или конкретизировать предусмотренные задачи** следующим образом:

создание условий для развития массовых и индивидуальных форм физкультурно-оздоровительной и спортивной работы в учреждениях, на предприятиях, в организациях независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности, с детьми дошкольного возраста и с обучающимися в образовательных учреждениях, работниками организаций, в том числе работниками агропромышленного комплекса, инвалидами, пенсионерами и другими категориями населения;

рассмотрение физкультуры и спорта как одно из средств профилактики заболеваний, укрепления здоровья, поддержания высокой работоспособности человека, воспитания патриотизма граждан, подготовки их к защите Родины, развития и укрепления дружбы между народами и гарантирует права граждан на равный доступ к занятиям физическими упражнениями и спортом.

Таким образом, полагаем необходимым, в рассматриваемом Законе закрепить цели, сферу применения Закона и основные направления государственной политики в области физической культуры и спорта, а также расширить предусмотренные Законом задачи в области физической культуры и спорта.

8.3. В статье 1 рассматриваемого Закона подпунктом 7) представлено понятие *физическая культура*, означающая *составную часть культуры, область социальной деятельности, представляющая собой совокупность духовных и материальных ценностей, создаваемых и используемых обществом в целях развития физических и интеллектуальных способностей человека, совершенствования его двигательной активности и формирования здорового образа жизни, социальной адаптации путем физического воспитания и развития.*

Глава 3 анализируемого Закона посвящена системе физической культуры и спорта, которая регламентирует физическое воспитание и спорт в организациях образования (статья 15), физическая культура и спорт в трудовых коллективах (статья 17), физическая культура и спорт по месту жительства и в местах массового отдыха населения (статья 18), физическая культура и спорт в исправительных учреждениях (статья 20) и т.д.

Между тем, отмечаем, что нельзя смешивать два разных понятия: физическая культура и спорт. Прежде всего, физическая культура направлена на укрепление здоровья, а спорт в свою очередь направлен на получение максимального результата и спортивных наград.

Следует отметить, что в действующем Законе сделан акцент на регламентацию институтов государственного регулирования в сфере спорта, нежели физической культуре. Так в анализируемом Законе предусмотрены отдельные главы, посвященные профессиональному спорту, национальным видам спорта и спорту высших достижений. Тогда как в Законе отсутствует отдельная глава, закрепляющая основы физической культуры.

Считаем, что для достижения цели физической культуры и воспитания населения необходимо более детально регламентировать развитие физической культуры, которые отражают многогранность процесса воспитания, этапы возрастного развития, уровень подготовленности, условия достижения намеченных результатов.

Проанализировав законы о физической культуре и спорта стран СНГ, хотелось отметить, что в данных законодательных актах содержатся отдельные главы и статьи, регламентирующие только физическую культуру. Например, в Законе Республики Беларусь от 4 января 2014 года № 125 «О физической культуре и спорте» глава 4 включает восемь статей о физической культуре, воспитанию, подготовке и физкультурно-оздоровительной работе.

На основании проведенного анализа, считаем целесообразным, в рассматриваемом Законе выделить в отдельную главу вопросы только физической культуры, поскольку именно эта сфера социальной деятельности направлена на сохранение и укрепление здоровья, развитие психофизических способностей человека в процессе осознанной двигательной активности.

8.4. В рассматриваемом Законе отсутствуют нормы спортивной этики. Содержание нравственности в спорте является предметом спортивной этики, в которой рассматриваются и отражаются профессиональные особенности морали, порожденной спецификой учебно-тренировочного процесса, своеобразием спортивной борьбы и сложностью взаимоотношений людей, причастных к спорту.

Будучи разновидностью профессиональной этики, подобно врачебной или юридической, спортивная этика в своих принципах и нормах регламентирует следующие моменты (нравственные проблемы профессионального спорта здесь мы не рассматриваем):

- взаимоотношения тренера с воспитанником, включая такие проблемы, как участие в соревнованиях после болезни или с травмой;
- определение границ, где кончается тактика спортивной борьбы и начинается непорядочность поведения;
- нормы взаимоотношения спортсменов друг с другом в условиях внутригрупповой или внутри командной конкуренции;
- способы решения моральных проблем при переходе спортсмена к другому тренеру или в другую команду;
- взаимоотношение с судейским аппаратом, взаимоотношение с болельщиками, вернее, с той около спортивной средой, которая иной раз оказывает неуправляемое воздействие на спортсмена, и наоборот.

Соблюдение норм спортивной этики усиливает нравственное влияние спорта, повышает ответственность всех участников спортивной деятельности за свое поведение и в силу огромной притягательности спорта для молодежи способствует улучшению морального климата в молодежной среде.

Например, международный опыт показывает, что в европейских странах существует Кодекс спортивной этики Совета Европы: «Справедливая игра — путь к победе»¹⁴⁶, который является заявлением о намерениях, принятым министрами Европы, ответственными за спорт.

В основные принципы данного Кодекса заложены соображения этического характера, направленные на соблюдение справедливой игры, и являются неотъемлемой частью, а не факультативными элементами, всей спортивной деятельности, спортивной политики, политики управления и применяются во всех сферах как рекреационной, так и спортивной деятельности.

На основании изложенного, полагаем необходимым, предусмотреть нормы, регламентирующие спортивную этику, в анализируемом Законе, что обеспечить прочную этическую основу для борьбы с отрицательными проявлениями в современном обществе, которые подрывают традиционную основу спорта.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере физической культуры и спорта, 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 23) статьи 7 рассматриваемого Закона уполномоченным органом в области физической культуры и спорта утверждены правила проведения аттестации тренеров и спортивных (*Приказ Министра культуры и спорта Республики Казахстан от 19 ноября 2014 года № 100. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 24 декабря 2014 года № 9995*).

Пункт 15 указанных Правил предусмотрено, что *по результатам собеседования Аттестационной комиссией принимается одно из следующих решений:*

- 1) аттестован;
- 2) не аттестован;
- 3) подлежит повторной аттестации.

Между тем, анализ данных Правил показал, что отсутствуют положения, регулирующие основания принятия комиссией отрицательного решения, тем самым, исключая прозрачность действий указанной комиссии.

¹⁴⁶ Кодекс спортивной этики СПРАВЕДЛИВАЯ ИГРА - ПУТЬ К ПОБЕДЕ/ <http://www.badm.ru>

Считаем, что отсутствие норм, регламентирующих вышеуказанные действия в части отрицательного решения, создает возможность для произвольного или самостоятельного определения органом (должностным лицом) объема своих прав и обязанностей с целью извлечения незаконной выгоды.

В целях исключения условий для совершения коррупционных действий и (или) принятию коррупционных решений необходимо внести соответствующие поправки, регулирующие основания принятия комиссией отрицательного решения.

**Справка по результатам мониторинга
Закона Республики Казахстан от 18 января 2012 года № 545-IV
«О телерадиовещании»**

Показатель 1. Общая информация о Законе

1.1 Предмет правового регулирования

Закон Республики Казахстан от 18 января 2012 года № 545-IV «О телерадиовещании» (далее по тексту - Закон)¹⁴⁷ регулирует общественные отношения в области телерадиовещания, права и обязанности субъектов телерадиовещания.

1.2 Отрасль законодательства

Рассматриваемый Закон в соответствии с действующей Классификацией отраслей законодательства Республики Казахстан, относится к разделу социально-культурного законодательства: 140.005.000 Средства массовой информации.

1.3 Соответствие закона стратегическим целям государства

Согласно пп.18) ст.1 Закона, **телерадиовещание** означает *формирование и (или) распространение теле-, радиоканалов с использованием технических средств телекоммуникаций для публичного приема потребителем в открытом или кодированном виде. В свою очередь, телерадиоканал относится к средствам массовой информации, представляющее собой совокупность теле-, радиопрограмм и аудиовизуальных произведений, сюжетов и материалов, сформированных в соответствии с сеткой вещания для последующей трансляции и (или) ретрансляции* (пп.12) ст.1 Закона). В этой связи, на общественные отношения в области телерадиовещания и регулирования прав и обязанности субъектов телерадиовещания распространяются политико-правовые документы по вопросам деятельности средств массовой информации.

С одной стороны, В Концепции правовой политики Республики Казахстан¹⁴⁸ на период с 2010 до 2020 года (далее - Концепция) отмечается необходимость **расширения объемов и повышения качества правовой пропаганды среди населения через средства массовой информации, включая Интернет-ресурсы.**

С другой стороны, посредством телерадиовещания, являющейся составной частью средств массовой информации обеспечивается реализация конституционных и международных норм на свободу доступа к информации и ее распространению.

Принципы надлежущего государственного управления предполагают эффективное исполнение общегосударственных и секторальных программ развития. В Казахстане такой долгосрочной программой в рассматриваемой сфере является «Казахстан 2050», а также принятые на ее основе конкретный

¹⁴⁷ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1200000545>

¹⁴⁸ http://adilet.zan.kz/rus/docs/U090000858_#z0

план развития. Кроме того, в поддержку правительственной программы принимаются отраслевые и секторальные программы.

В данном случае, Государственная программа «Информационный Казахстан - 2020» (далее - Программа)¹⁴⁹ и план ее реализации являются основными документами, отражающими политику в сфере поддержки, развития и финансирования средств массовой информации, в том числе телерадиовещания. Программа была утверждена Указом Президента РК в январе 2013 года и разделена на два периода реализации 2013-2017 гг. и 2018-2020 годы. Исполнителем Программы в настоящий момент является Комитет государственного контроля в области связи, информатизации и средств массовой информации Министерства информации и коммуникации РК.

Целевым индикатором в соответствии с Программой является достижение Казахстаном в 2020 году 35 позиции в рейтинге Doing Business Всемирного банка¹⁵⁰. При этом основной целью является создание условий для перехода к информационному обществу. В рамках создания условий для перехода к информационному обществу развития отечественного информационного пространства предполагается к 2020 году увеличить плотность пользователей Интернета на 100 жителей - на 75 %; **охватить население цифровым эфирным телевидением и государственными радиоканалами в FM диапазоне «Казахское радио» и «Шалкар» – на 95%**. При этом количество доступных отечественных средств массовой информации на территории Республики в 2020 году намечено – 2280, доля населения, удовлетворяющая основные информационные потребности за счет отечественных СМИ – 53%.

Следует отметить, что задача развития отечественного информационного пространства включает такие направления, как развитие информационно-коммуникационных технологий в сфере культуры, модернизация отечественных СМИ, стимулирование производства отечественного информационного контента и информационное сопровождение деятельности государства.

Техническая модернизация отечественных СМИ предусматривает внедрение эфирного цифрового телевидения, развитие производственной инфраструктуры, использование современных технологий и применение безленточного производства телевизионных программ, создание цифрового архива, развитие медийной инфраструктуры.

В рамках расширения географии распространения отечественных СМИ предполагается развитие спутниковой сети вещания, расширение взаимодействия электронных СМИ со спутниковыми операторами, он-лайн присутствие гостелеканалов и печатных СМИ в сети Интернет, создание условий для выхода в сеть негосударственных традиционных СМИ.

¹⁴⁹ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/U1300000464>

¹⁵⁰ http://egov.kz/cms/ru/articles/doing_business_2016

По вопросу повышения конкурентоспособности казахстанских СМИ, касательно телерадиовещания предусматривается позиционирование одного гостелеканала как поставщика эксклюзивных материалов, развитие формата HD, а также повышение квалификации сотрудников в сфере информационной политики и т.д.

В настоящее время, АО «Республиканская телерадиокорпорация «Қазақстан» является государственной телерадиокорпорацией, крупным медийным ресурсом страны, осуществляющий информационную политику нашего государства. По степени охвата населения республики она занимает лидирующее положение. Республиканская телерадиокорпорация «Қазақстан», объединяющая телеканалы «Қазақстан», «Kazsport» и «Балапан», Казахское радио, Радио «Шалқар», Радио «Астана», радио «Classic» и региональные телерадиокомпании, занимает особое место среди средств массовой информации страны. Кроме того, АО «Республиканская Телерадиокорпорация «Қазақстан» вошла в Ассоциацию Международных Телерадиовещателей (Association for International Broadcasting). Указанное позволяет Корпорации реализовать задачи по совершенствованию управления медиа-активами на основе международного опыта, заключать соглашения о стратегическом партнерстве с крупными международными телерадиовещателями, выходу Корпорации на глобальный медиа-рынок.

АО «Казтелерадио» определен Национальным оператором телерадиовещания Республики Казахстан, на которого собственником в лице государства возложены задачи по содержанию и развитию национальной сети телерадиовещания¹⁵¹.

По информации уполномоченного органа (**Министерства информации и коммуникаций РК**)), в настоящий момент вся территория Казахстана покрыта спутниковым телерадиовещанием «Otau TV». И лишь 72% составляет охват населения цифровым эфирным вещанием¹⁵². Кроме того, на учете состоят 130- отечественных ТРК и, 195 – зарубежных.

В целом, анализ рассматриваемого Закона и правоприменительной практики показал соответствие его стратегическим целям государства.

Вместе с тем имеются некоторые пробелы в части недостаточности правового регулирования общественных отношений в области телерадиовещания, обеспечения прав и обязанностей субъектов телерадиовещания, обеспечения свободы конкуренции в области телерадиовещания и др.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Основным конституционным положением, регулирующим общественные отношения в данной области, является ст. 20 Конституции, закрепляющая право свободно получать и распространять информацию.

¹⁵¹ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1200000777>

¹⁵² <http://mic.gov.kz/ru/kategorii/smi-3>

Общий анализ Закона на соответствие Конституции РК, прямых положений на несоответствие и нарушение норм Конституции не выявил.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

Эксперты международной организации АРТИКЛЬ 19¹⁵³ считают, что основная проблема в сфере медиа-регулирувания в Казахстане связана переходом вещания из режима политического контроля в режим правового регулирования. Рассматриваемый Закон подтверждает указанную тенденцию.

Согласно статье 19 Всеобщей декларации прав человека (ВДПЧ)¹⁵⁴, «каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ».

В свою очередь, статья 19 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП)¹⁵⁵, воспроизводя и развивая положения Всеобщей декларации, вводит необходимые ограничения этого права. Любое такое ограничение права на свободу слова должно соответствовать строгой трехсторонней проверке. Оно должно быть:

- предусмотрено законом;
- служить целям защиты законных интересов общества;
- являться необходимым для обеспечения безопасности данных интересов.

По итогам проведенного анализа Закона, конкретных норм несоответствия международным обязательствам не установлено.

2. Соответствие закона нормам конституционных законов Республики Казахстан

Общий анализ не выявил каких-либо противоречий или несоответствия нормам конституционных законов.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан

По данному показателю были рассмотрены положения Предпринимательского кодекса Республики Казахстан (Кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 года № 375-V) (далее - ПК¹⁵⁶).

Пункт 3ст.2 ПК, *запрещает принятие государственными органами нормативных правовых актов, устанавливающих привилегированное положение отдельно взятых субъектов предпринимательства.*

¹⁵³ См. <http://www.article19.org/resources.php/resource/37976/en/kazakhstan:-the-law-on-television-and-radio-broadcasting>

¹⁵⁴ http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml

¹⁵⁵ http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml

¹⁵⁶ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1500000375>

Согласно п.1ст. 25 Закона, *Национальным оператором телерадиовещания является юридическое лицо, определяемое Правительством Республики Казахстан, на которое собственником в лице государства возложены задачи по содержанию и развитию национальной сети телерадиовещания.*

Однако, в соответствии с постановлением Правительства Республики Казахстан от 11 июня 2012 года № 777 «О национальном операторе в области телерадиовещания»¹⁵⁷ национальным оператором в области телерадиовещания определено акционерное общество «Казтелерадио», которое также выступает субъектом предпринимательства в области телерадиовещания и, оказывает услуги: цифрового эфирного телевидения; спутникового телерадиовещания; интернет-телевидения «Galam TV»; передачи данных и доступа к сети Интернет; **проектной деятельности, в том числе в части** технологического проектирования объектов инфраструктуры транспорта, связи и коммуникаций по обслуживанию общереспубликанских и международных линий связи (включая спутниковые) и иных видов телекоммуникаций, местных линий связи, радио-, телекоммуникаций.

Согласно п. 2 ст. 25 Закона, национальный оператор телерадиовещания:

1) *предоставляет теле-, радиокомпаниям и операторам телерадиовещания равное право пользования национальной сетью телерадиовещания на основании договоров, заключенных с теле-, радиокомпаниями и операторами телерадиовещания в соответствии с законодательством Республики Казахстан;*

2) *обеспечивает сохранность единого имущественного комплекса национальной сети телерадиовещания;*

3) *осуществляет содержание и эксплуатацию национальной сети телерадиовещания;*

4) *осуществляет развитие и модернизацию национальной сети телерадиовещания на основе современных передовых технологий;*

5) *после полного перехода на цифровое эфирное телерадиовещание дальнейшее развитие сетей телерадиовещания осуществляет за счет собственных средств;*

6) *осуществляет трансляцию обязательных теле-, радиоканалов и теле-, радиоканалов свободного доступа;*

7) *публикует на интернет-ресурсе тарифы на услуги по распространению теле-, радиоканалов.*

Проведенный анализ положений ПК и Закона, касательно определения Национального оператора телерадиовещания в лице АО «Казтелерадио», не исключает возможность проявления коррупционных правонарушений в части определения преимущественного положения собственного контента и субъекта в области телерадиовещания. Кроме того, допускается нарушение принципов взаимодействия субъектов предпринимательства и государства (ст.3 ПК).

¹⁵⁷ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1200000777>

Тогда как, согласно п.1. ст.3 ПК, основной целью взаимодействия субъектов предпринимательства и государства должно быть *создание благоприятных условий для развития предпринимательства и общества, стимулирование предпринимательской инициативы*. Однако это станет невозможным при нарушении принципов: *равенства субъектов предпринимательства (пп.3)); добросовестной конкуренции (пп.5)); сохранения баланса интересов потребителей, субъектов предпринимательства и государства (пп.6)); свободы от коррупции (пп.12)); ограниченного участия государства в предпринимательской деятельности (пп.18)).*

Более того, вышеуказанное может привести и к нарушению принципов государственного регулирования деятельности в области телерадиовещания (3) *равенство прав физических и юридических лиц на участие в деятельности в области телерадиовещания; 5) добросовестная конкуренция, выражающаяся в обеспечении равных возможностей для развития отрасли телерадиовещания независимо от форм собственности; 9) гласность и прозрачность деятельности в области телерадиовещания ст.4 Закона)*

В связи с вышеизложенным, предлагаем пересмотреть положения касательно определения и деятельности Национального оператора телерадиовещания.

2. В п.2 ст. 2 Закона, устанавливающего сферу действия, указано:

*2. Положения настоящего Закона применяются также к **иностранным физическим** и юридическим лицам, осуществляющим свою деятельность в области телерадиовещания на территории Республики Казахстан.*

Согласно рассматриваемой норме в числе субъектов, осуществляющих свою деятельность в области телерадиовещания, иностранные **физические** и юридические лица.

Между тем, в соответствии со ст. 164 ПК, иностранное физическое лицо не может выступать субъектом рынка в РК.

В этой связи, необходимо в п.2 ст. 2 Закона исключить указание на иностранное физическое лицо, оставив иностранное юридическое лицо.

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

1. Статья 14 Закона регламентирует положения о лицензировании деятельности в области телерадиовещания, которая осуществляется в соответствии с Законом Республики Казахстан от 16 мая 2014 года № 202-V «О разрешениях и уведомлениях»¹⁵⁸.

Указанный Закон о разрешениях и уведомлениях, касательно предмета нашего анализа, в ст.28 предусматривает лицензирование в сферах телерадиовещания (пп.1)) и информации и связи (пп.7)).

Статья 14 Закона, также предполагает наличие указанных двух лицензий (в области телерадиовещания и связи).

¹⁵⁸ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1400000202#z0>

Однако, п.1 ст.27 Закона, характеризует *сеть телерадиовещания как составную часть единой сети телекоммуникаций, составляющей единый производственно-технологический комплекс наземных и спутниковых систем вещания, используемых для распространения и трансляции теле-, радиоканалов на территории Республики Казахстан и иностранных государств.*

При этом, в национальную сеть телерадиовещания входит система технических средств и каналов связи, находящихся в собственности государства, обеспечивающих распространение теле-, радиосигналов на территории Республики Казахстан (пп.25) ст.1 Закона).

Кроме того, согласно ст. 21 Закон РК от 5 июля 2004 года № 567 «О связи»¹⁵⁹, единая сеть телекоммуникаций Республики Казахстан представляет собой сеть телекоммуникаций, расположенная на территории Республики Казахстан.

В свою очередь, деятельность в области телерадиовещания связана формированием и (или) распространением теле-, радиоканалов, использующих технические средства телекоммуникаций для публичного приема их потребителем в открытом или кодированном виде (пп.18) ст.1 Закона).

Следовательно, деятельность в области телерадиовещания не предполагает наличие двух отдельных лицензии (телерадиовещания и связи).

Полагаем достаточным наличие лицензии в области телерадиовещания для формирования и распространения теле-, радиоканалов. В этой связи, следует исключить лицензию в области связи (п.2ст.14 Закона).

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

В ходе рассмотрения настоящего Закона нами не выявлены устаревшие нормы.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

Статья 11 Закона излагает положения о создании и основных функциях Комиссии по вопросам развития телерадиовещания.

В рамках анализа Закона, рассмотрено Положение о Комиссии по вопросам развития телерадиовещания (приказ и.о. Министра по инвестициям и развитию РК от 30 октября 2014г.).

В п.1 рассматриваемой статьи, предусматривается :

1. В целях учета и защиты общественных интересов в области телерадиовещания, а также удовлетворения потребностей населения в теле-, радиоканалах при уполномоченном органе создается консультативно-совещательный орган.

¹⁵⁹ http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z040000567_

По смыслу указанного пункта основанием создания консультационно-совещательного органа является *учет и защита общественных интересов в области телерадиовещания, а также удовлетворения потребностей населения в теле-, радиоканалах.*

Таким образом, речь идет о независимом коллегиальном органе, который уполномочен принимать решения в интересах общества и создании условий для развития добросовестной конкуренции в области телерадиовещания. Более того, указанные основания предполагают сохранение и обеспечение баланса интересов потребителей, субъектов предпринимательства и государства.

Между тем, создается консультативно-совещательный орган при уполномоченном органе, что исключает принцип независимости. Кроме того, механизм формирования состава, где высокая доля представительства исполнительных и законодательных органов. При этом, уполномоченный орган может внести изменения в состав комиссии, что еще более усиливает его зависимость и может негативно сказаться на принимаемых комиссией решениях. Это также может быть административным воздействием на членов Комиссии.

Решения консультативно-совещательного органа носят рекомендательный характер. Так, например, рассматривая заявки претендентов на участие в конкурсе по формированию перечня теле-, радиоканалов свободного доступа в многоканальной вещании, по перечню обязательных теле-, радиоканалов в многоканальной вещании, по распределению полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов), консультативно-совещательный орган лишь **разрабатывает рекомендации по определению победителей**. Тогда как, победителя определяет уполномоченный орган.

Анализ функций и прав консультативно-совещательного органа в области телерадиовещания (пп.4),5)6) Положения о Комиссии по вопросам развития телерадиовещания),пп 2), 3),4) п.2 ст. 11 Закона) подтверждает ограниченность деятельности консультативно-совещательного органа по телерадиовещанию и невозможность реализации им вышеуказанных целей.

В этой связи п.1 ст.11 Закона следует рассмотреть, как неэффективно реализуемую норму и принять другую редакцию.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Дублирующих норм в настоящем Законе не выявлено.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. В соответствии со ст. 21 ПК, государство выступает участником предпринимательской деятельности *в пределах, ограниченных Кодексом и законами Республики Казахстан.*

Кроме того, п. 2 ст.5 Закона Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415 «Об акционерных обществах»¹⁶⁰ указано следующее:

«2. Государственные органы Республики Казахстан и государственные учреждения не могут выступать в качестве учредителей или акционеров общества, за исключением Правительства Республики Казахстан, местных исполнительных органов, а также уполномоченного органа, в соответствии с законами Республики Казахстан».

Таким образом, ограничения пределов участия государства в предпринимательской деятельности должны быть установлены законом. В данном случае законом, регламентирующим деятельность в области телерадиовещания, является Закон о телерадиовещании. Однако, анализ положений Закона показал отсутствие норм, регулирующих степень участия государства в предпринимательской деятельности в области телерадиовещания.

Тем не менее, правоприменительная практика подтверждает участие государства в лице уполномоченного органа в предпринимательской деятельности по телерадиовещанию (АО «Национальный инфокоммуникационный холдинг «Зерде» «Республиканская телерадиокорпорация «Казахстан», Агентство «Хабар», «Казтелерадио», РГП на праве хозяйственного ведения «Государственная техническая служба» и т.д.)¹⁶¹.

Тогда как, одним из основных принципов взаимодействия субъектов предпринимательства и государства является прозрачность деятельности государственных органов и доступность информации (ст. 10 ПК)

На основании изложенного, полагаем необходимым в Законе отразить положения, регламентирующие создание и деятельность организации с участием государства, указав степень и пределы такого участия.

2. Статья 22 Закона к субъектам телерадиовещания относит *теле-, радиокomпании, операторов телерадиовещания и производителей теле-, радиoproграмм.*

При этом, нормативно закрепляется деятельность каждого субъекта, кроме производителей теле-, радиoproграмм (ст.ст.23,24,25).

Согласно статье 26 Закона, производителем теле-, радиoproграмм является физическое или юридическое лицо, специализирующееся на производстве теле-, радиoproграмм.

При этом, Закон не определяет права и обязанности производителей теле-, радиoproграмм, которые являются субъектами телерадиовещания. Между тем, в преамбуле Закона отмечено, что он *регулирует общественные отношения в области телерадиовещания, права и обязанности субъектов телерадиовещания.*

Предлагаем закрепить в Законе права и обязанности производителей теле-, радиoproграмм.

¹⁶⁰ http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z030000415_

¹⁶¹ <http://mic.gov.kz/ru/kategorii/podvedomstvennye-organizacii>

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

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 компетенцию уполномоченного органа, согласно ст.7 Закона входит (выборочно):

5) организация и проведение конкурсов по распределению полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов) для целей телерадиовещания;

6) организация, проведение конкурсов по формированию и утверждению перечня обязательных теле-, радиоканалов;

7) организация и проведение конкурсов по формированию и утверждению перечня теле-, радиоканалов свободного доступа, распространяемых национальным оператором телерадиовещания;

12) определение количества обязательных теле-, радиоканалов в зависимости от распространения в многоканальном вещании;

12-1) утверждение перечня обязательных теле-, радиоканалов;

12-2) утверждение перечня теле-, радиоканалов свободного доступа, распространяемых национальным оператором;

15) разработка и утверждение правил проведения конкурса по формированию перечня обязательных теле-, радиоканалов;

16) разработка и утверждение правил проведения конкурса по формированию перечня теле-, радиоканалов свободного доступа, распространяемых национальным оператором телерадиовещания;

17) разработка и утверждение правил распределения полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов) для целей телерадиовещания.

Анализ вышеуказанных компетенций уполномоченного органа допускает вероятность возникновения дискреционных полномочий уполномоченного органа касательно распределения полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов), определения перечня обязательных теле-, радиоканалов и теле-, радиоканалов свободного доступа. Тем самым могут быть созданы условия для проявления коррупционных правонарушений в части принятия положительного решения в пользу того или иного субъекта в области телерадиовещания. Более того, указанные действия могут впоследствии привести к ограничению конкуренции в рассматриваемой сфере предпринимательства.

На основании вышеуказанного, предлагаем пересмотреть механизм государственного регулирования в области телерадиовещания, обеспечив независимое регулирование отдельных направлений вещательного сектора.

Кроме того, следует рассмотреть вопрос о возможности создания условий для деятельности независимого коллегиального органа, гарантирующего свободу СМИ.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона

1. В соответствии с п.4 ст. 13 Закона:

*«4. Операторы телерадиовещания на основании заключенных договоров с теле-, радиоккомпаниями **вправе** распространять теле-, радиоканалы свободного доступа».*

Анализ данного положения ст.13, предполагает возможность неоднозначного его толкования и применения. Реализация данной нормы права может привести к злоупотреблению со стороны оператора в части принятия решения о распространении или нераспространении определенного теле-, радиоканала свободного доступа. Кроме того, данная норма может стать основанием или условием коррупционного правонарушения.

Предлагает исключить слово «вправе», закрепив возможность распространения теле-, радиоканалов свободного доступа на основании заключенных договоров.

2. Согласно п. 2 ст.26 Закона, *отношения между производителями теле- и радиопрограмм и теле-, радиоккомпаниями регулируются в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

Между тем, **законодательство** более широкое понятие, означающее совокупность нормативных правовых актов, принятых в установленном порядке (пп.16) ст.1 Закона РК от 6 апреля 2016 года № 480-V.О правовых актах)¹⁶².

Более того, ст. 24 Закона о правовых актах, устанавливая требования к содержанию и стилю изложения текста нормативного правового акта, прописывает, чтобы его положения были предельно краткими, содержали четкий и не подлежащий различному толкованию смысл.

Таким образом, полагаем необходимым уточнить норму, указав отрасль законодательства или конкретный правовой акт.

3. Статья. 42 Закона, закрепляющая переходные положения, в п.6 устанавливает следующее:

*«6. В целях обеспечения трансляции теле-, радиоканалов свободного доступа на всей территории Республики Казахстан посредством цифрового эфирного телерадиовещания национальный оператор телерадиовещания получает разрешение на использование полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов) **без проведения конкурса**».*

Тогда как, согласно п.1 ст. 15 Закона, *распределение полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов) для целей телерадиовещания осуществляется **на конкурсной основе**.*

Таким образом, Национальному оператору телерадиовещания предоставляется преимущественное право на использование полос частот, радиочастот (радиочастотных каналов) для целей радиовещания.

Между тем, другие субъекты телерадиовещания в числе остальных операторов телерадиовещания также транслируют теле-, радиоканалы свободного доступа. Однако в соответствии с п.1 ст. 15 другие операторы, кроме национального оператора телерадиовещания, должны будут участвовать в конкурсе.

¹⁶² <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1600000480>

Вышеуказанное противоречит основным принципам государственного регулирования в области телерадиовещания, а именно принципам: *равенства прав физических и юридических лиц на участие в деятельности в области телерадиовещания (пп.3)) и добросовестной конкуренции, выражающаяся в обеспечении равных возможностей для развития отрасли телерадиовещания независимо от форм собственности(5)).*

На основании изложенного, предлагаем уточнить статус Национального оператора телерадиовещания, как Национального оператора телерадиовещания (п.1 ст.25) и оператора телерадиовещания (п.1 ст.24).

4. Телерадиовещание следует рассматривать как социально-значимую отрасль, которую необходимо обеспечить адекватным и соразмерным, но независимым регулированием.

Национальное законодательство, придерживаясь вышеуказанного, провозглашает *ограничение участия государства в предпринимательской деятельности* (пп.18) ст.3 ПК). **Государством**, согласно п.2 ст.21 ПК *в целях развития частного предпринимательства и конкуренции, должны приниматься меры, направленные на сокращение доли участия государства в предпринимательской деятельности путем ограничения создания государственных юридических лиц в сфере предпринимательства, юридических лиц с участием государства в уставном капитале.*

Кроме того, ст. 9 Закона устанавливает государственную монополию в области телерадиовещания только в пределах деятельности Государственной технической службы. Ее деятельность связана техническим сопровождением и обеспечением в области телерадиовещания.

Однако проведенный анализ Закона и правоприменительной практики свидетельствует об обратной тенденции развития данной отрасли

Полагаем, что в случае нарушения принципов свободы конкуренции возможно установление и укрепление монополии государства в области телерадиовещания не только в части технического сопровождения и обеспечения (ст.9), но и в формировании и распространении теле-радиоканалов.

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

СПРАВКА

по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан от 6 января 2011 года № 380-IV «О правоохранительной службе»

РАЗДЕЛ 1. СВЕДЕНИЯ О МОНИТОРИНГЕ ЗАКОНА

1. Общая информация

1.1. Название закона: «О правоохранительной службе» (далее - Закон)

1.2. Цель закона:

Целью закона является урегулирование правовых основ правоохранительной службы, её начала, осуществлении и прекращении.

1.3. Предмет правового регулирования:

Предметом правового регулирования выступают общественные отношения, связанные с поступлением на правоохранительную службу Республики Казахстан, ее прохождением и прекращением, а также определяет правовое положение (статус), материальное обеспечение и социальную защиту сотрудников правоохранительных органов Республики Казахстан.

1.4. Отрасль законодательства:

150.002.000. Силы и средства обеспечения безопасности общества и государства. 150.003.000. Силы и средства обеспечения правопорядка. 020.021.000. Государственная служба (постановление Правительства РК от 26 декабря 2002 года № 1378 «О Классификации отраслей законодательства Республики Казахстан»).

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 вышеуказанной Концепции правовой политики, за годы независимости Казахстана сложилась и в целом эффективно функционирует **правоохранительная система**, отвечающая потребностям демократического и правового государства.

В то же время правоохранительная деятельность государства требует своего дальнейшего развития и совершенствования. В этой связи главными приоритетами в данной деятельности должны быть: борьба с

преступностью, обеспечение законности и общественной безопасности, защита прав и свобод граждан, обеспечение неотвратимости реакции государства на любые правонарушения, неукоснительное следование принципу «нулевой терпимости (толерантности)» к правонарушениям, быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение и привлечение к уголовной ответственности лиц, их совершивших, профилактика правонарушений, взаимодействие с гражданами в борьбе с преступностью.

Для решения этих задач необходимо не только укреплять органы правопорядка, совершенствовать формы и методы их работы, но и обеспечивать стабильность кадровой политики, повышать требования к квалификации и дисциплине **сотрудников правоохранительных органов**.

Также в целях обеспечения эффективной деятельности правоохранительных органов необходимо определить четкие критерии оценки их деятельности, при этом не только по количественным показателям, но и по качественным параметрам оценки. Главным показателем деятельности правоохранительных органов должен стать уровень доверия к ним граждан.

Следует также продолжить работу 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.

Закон отвечает основным положениям Указа Президента Республики Казахстан от 1 февраля 2010 года № 922 «О Стратегическом плане развития Республики Казахстана до 2020 года», в котором в рамках формирования высокой правовой культуры казахстанского общества особое внимание будет уделяться повышению уровня профессиональной культуры адвокатов, работников судебных и **правоохранительных органов**, их качественной профессиональной подготовке.

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, поставлена задача дальнейшего системного реформирования правоохранительных органов на основе специальной программы модернизации правоохранительной системы.

В продолжение правовых идей, заложенных в Стратегии «Казахстан-2050»: новый политический курс состоявшегося государства, утверждена Государственная программа дальнейшей модернизации правоохранительной системы Республики Казахстан на 2014–2020 годы и одобрена Концепция кадровой политики правоохранительных органов

Республики Казахстан Указом Президента Республики Казахстан от 31 декабря 2013 года № 720.

Государственная программа создаст правовую основу для надежной правоохранительной системы, отвечающей мировым стандартам, в которой права человека будут являться точкой отсчета и занимать ключевое место, а также позволит завершить процесс создания правоохранительной системы, соответствующей общепринятым международным стандартам и целям Стратегии «Казахстан-2050».

Программой Президента Республики Казахстан от 20 мая 2015 года в рамках **29-го шага Плана Нации – 100 конкретных шагов** предусмотрена необходимость включения работников правоохранительных органов в систему государственной службы и, соответственно, введения единых правил прохождения службы с учетом ведомственных особенностей каждой правоохранительной службы. Во исполнение этих мер с 2017 года вступили в силу Правила программы и организации тестирования граждан, впервые поступающих на правоохранительную службу.

Таким образом, можно констатировать, что анализируемый Закон соответствует стратегическим целям государства и основным положениям смежных отраслевых законодательств Республики Казахстан.

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 в целом обеспечивает выполнение и реализацию принятых международных обязательств государства в действующем национальном законодательстве.

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 имеет нормы, порождающие коллизии между нормами Закона и нормами иных Законов.

1. Проблемой правового регулирования правоохранительной службы можно выделить отнесение к правоохранительным органам воинские формирования.

Так, в п.1 статьи 1 Закона РК «О Национальной гвардии Республики Казахстан» Национальная гвардия Республики Казахстан входит в единую систему **органов внутренних дел** Республики Казахстан и предназначена для обеспечения безопасности личности, общества и государства, защиты прав и свобод человека и гражданина от преступных и иных противоправных посягательств.

В статье 3 Закона РК «О правоохранительной службе» к правоохранительным органам относятся органы прокуратуры, **внутренних дел**, антикоррупционная служба и служба экономических расследований, осуществляющие свою деятельность в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан.

Таким образом, можно ли считать правоохранительным органом входящих в единую систему органов внутренних дел Республики Казахстан Национальную гвардию, которая выполняет целый ряд правоохранительных функций, формально входя в службы охраны общественного порядка и обеспечения общественной безопасности, не являясь при этом подразделением ОВД.

Данный вопрос требует конкретизации правового статуса указанного воинского формирования, и соотношения его с правоохранительными функциями.

2. В действующем уголовном законодательстве уголовные правонарушения в зависимости от степени общественной опасности и наказуемости подразделяются на преступления и уголовные проступки (статья 10 УК РК).

СПРАВОЧНО. Преступлением признается совершенное виновно общественно опасное деяние (действие или бездействие), запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания в виде штрафа, исправительных работ, ограничения свободы, лишения свободы или смертной казни.

Уголовным проступком признается совершенное виновно деяние (действие либо бездействие), не представляющее большой общественной опасности, причинившее незначительный вред либо создавшее угрозу причинения вреда личности, организации, обществу или государству, за совершение которого предусмотрено наказание в виде штрафа, исправительных работ, привлечения к общественным работам, ареста.

Законом Республики Казахстан «О правоохранительной службе» принятым 6 января 2011 года по всему тексту использовано определение «преступление», то есть создается искусственное противоречие видового понятия «преступление» и родового понятия «уголовное правонарушение». Соответственно институт «уголовного проступка» выпадает из правового оборота в рамках анализируемого Закона «О правоохранительной службе». Это, в свою очередь, может породить нежелательные последствия и привести к противоправному результату. Например, п.п.7) п.2 статьи 6 «Условия поступления на правоохранительную службу» исследуемого Закона

регламентировано: «2. На правоохранительную службу не может быть принято лицо: 7) совершившее коррупционное преступление;».

Между тем, согласно наименованию главы 15 Особенной части Уголовного кодекса РК «Коррупционные и иные уголовные правонарушения против интересов государственной службы и государственного управления» правильно использовать словосочетание коррупционные уголовные правонарушения.

Необходимо по всему тексту Закона «О правоохранительной службе» термин «преступление» заменить на понятие «уголовное правонарушение» с целью минимизации коллизионных (в том числе и коррупционных) рисков.

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». Таким образом, устаревших норм Закона не выявлено.

Наличие неэффективно реализуемых норм закона

Касательно пересмотра второй части статьи 82 Закона РК «О правоохранительной службе»

Согласно статье 2 Закона Республики Казахстан от 6 января 2011 года № 380-IV «О правоохранительной службе»: «Правовой основой службы в правоохранительных органах являются Конституция Республики Казахстан, Трудовой кодекс Республики Казахстан и Закон Республики Казахстан «О государственной службе Республики Казахстан» с особенностями, предусмотренными настоящим Законом, законы Республики Казахстан, регулирующие деятельность правоохранительных органов, и иные нормативные правовые акты Республики Казахстан».

В соответствии со ст.144 Трудового кодекса труд лиц, состоящих на воинской службе, сотрудников специальных государственных, правоохранительных органов и государственной фельдъегерской службы регулируется настоящим Кодексом с особенностями, предусмотренными специальными законами Республики Казахстан и иными нормативными правовыми актами Республики Казахстан, устанавливающими особые условия и порядок поступления на службу, ее прохождения и прекращения, особые условия труда, условия оплаты труда, а также дополнительные льготы, преимущества и ограничения.

Следовательно, с учетом нормативных положений пункта 2 статьи 82 Закона РК «О правоохранительной службе» сотрудникам, имеющим высокую профессиональную подготовку, опыт работы на занимаемой должности и годным по состоянию здоровья для прохождения службы, с *их согласия* срок службы *продлевается* от одного до пяти лет руководителем правоохранительного органа или уполномоченным руководителем, которому предоставлено право назначения на должности.

Таким образом, продление предельного возраста пребывания на правоохранительной службе может зависеть исключительно от усмотрения сотрудника.

Между тем, имеется норма аналогичного характера, содержащаяся в пункте 5 статьи 30 Трудового кодекса, согласно которой с работником, достигшим пенсионного возраста и обладающим высоким профессиональным и квалификационным уровнем, с учетом его работоспособности трудовой договор может продлеваться ежегодно без ограничения. В данном случае пункт 5 указанной статьи Трудового кодекса является диспозитивной нормой, предоставляющей работодателю право выбора по продлению трудового договора с работником, достигшим пенсионного возраста.

Если исходить из смысла слова «продлевается» и «может продлеваться», то по первому понятию можно сделать вывод о том, что действие, указанное в пункте 2 статьи 82 совершается вне зависимости от усмотрения руководителя, а лишь с согласия сотрудника, годного по состоянию здоровья. С другой стороны словосочетание «может продлеваться» предполагает условие, при котором действие по продлению трудового договора совершается на усмотрение самого руководителя правоохранительного органа.

Исходя из трендов развития трудового законодательства в условиях экономического кризиса, а также сужении дискреционных полномочий в рамках действующего антикоррупционного законодательства, достижение работником пенсионного возраста не должно ущемлять его конституционные права на труд. Соответственно, законодатель сформулировал правовое предписание с достаточной степенью четкости, позволяющей лицу (руководителю правоохранительного органа или уполномоченному руководителю, которому предоставлено право назначения на должности) согласовывать с ним свое поведение – как обязывающее, и, как следствие, предвидеть возможные им последствия.

Вместе с этим представляется целесообразным детализировать законодательно, вытекающие из пункта 2 статьи 82 Закона РК «О правоохранительной службе» и влияющие на коррупциогенность при принятии решения о пролонгации срока службы, следующие условия для продления договора: «высокая профессиональная подготовка, опыт работы на занимаемой должности и годность по состоянию здоровья для прохождения службы» применительно к правоохранительной сфере.

Наличие дублирующих норм закона

Исследуемый Закон РК не содержит норм дублирующих положениям иных Законов.

Наличие пробелов в законе

Исследуемый Закон РК не содержит пробелов.

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 правоохранительной службе» 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.

Орган-разработчик достаточно умело закомуфлировал «требования персонифицированности» реализации компетенции органов по противодействию коррупции, которые считает приемлемыми. Детали же раскрыты через (уже упомянутый) институт бланкетности, отсылочности их понимания (толкования) в подзаконных актах.

РЕЧЬ ИДЕТ о следующих нормах (*выделено Курсивом*) исследуемого Закона:

1. Статья 5-1. Кадровая служба

11) осуществляет *иные полномочия, установленные законодательством Республики Казахстан.*

2. Статья 6. Условия поступления на правоохранительную службу

5-1. Порядок прохождения полиграфологического исследования *определяется Правительством Республики Казахстан.*

3. Статья 9. Прием на учебу в организации образования правоохранительных органов

13. Сотрудники могут получить высшее профессиональное образование в организациях образования правоохранительных органов в порядке, *установленном законодательством Республики Казахстан.*

4. Статья 14. Статус сотрудников и их правовые гарантии

8. Сотрудники не несут ответственности за вред, причиненный в связи с применением огнестрельного и иного оружия, специальных средств и физической силы, если их действия осуществлены в соответствии с настоящим Законом и *иными законодательными актами Республики Казахстан.*

5. Статья 15. Права сотрудников, связанные с прохождением правоохранительной службы

3. Сотрудникам в соответствии с возложенными на них задачами в пределах своей компетенции предоставляются *иные права,*

предусмотренные законами Республики Казахстан, регулирующими деятельность правоохранительных органов.

6. Статья 16. Обязанности сотрудников, связанные с прохождением правоохранительной службы

10) сохранять в тайне получаемые при исполнении служебных обязанностей сведения, затрагивающие частную жизнь, честь и достоинство граждан, и не требовать от них предоставления такой информации, *за исключением случаев, предусмотренных законами.*

2. Сотрудникам в соответствии с поставленными перед ними задачами в пределах своей компетенции устанавливаются иные обязанности, предусмотренные законами Республики Казахстан, регулирующими деятельность правоохранительных органов, и *иным законодательством Республики Казахстан.*

3. При нарушении сотрудниками прав и свобод человека и гражданина, а также законных интересов физических и юридических лиц правоохранительные органы обязаны восстановить эти права, возместить нанесенный ущерб, обеспечить привлечение виновных к ответственности *в соответствии с законами Республики Казахстан.*

7. Статья 17. Ограничения, связанные с пребыванием сотрудника на правоохранительной службе

4) быть представителем по делам третьих лиц, *за исключением случаев, предусмотренных законами;*

3. Ответственность за несоблюдение ограничений, предусмотренных настоящей статьей, устанавливается настоящим Законом, *другими законами Республики Казахстан.*

8. Статья 19. Ответственность сотрудников

3. Действия (бездействие) сотрудников могут быть обжалованы в порядке, *установленном законодательством Республики Казахстан.*

4. За материальный ущерб правоохранительному органу, причиненный противоправными действиями сотрудника, последний несет материальную ответственность *в соответствии с законами Республики Казахстан.*

9. Статья 20. Служебные удостоверения и жетоны сотрудников

2. Служебное удостоверение является документом, подтверждающим принадлежность лица к правоохранительному органу, его должность в правоохранительной службе и специальное звание или классный чин.

Служебное удостоверение сотрудника подтверждает его право на ношение и хранение огнестрельного оружия, специальных средств, *за исключением сотрудника, осуществляющего функции по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, оказанию экстренной медицинской и психологической помощи населению, сотрудника органов государственной противопожарной службы, иные полномочия, предоставленные сотруднику в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

10. Статья 21. Форменная одежда и знаки различия сотрудников

3. Описание, знаки различия, порядок ношения и норма обеспечения форменной одежды *определяются законодательством Республики Казахстан.*

11. Статья 29. Общие правила замещения должностей рядового и начальствующего состава правоохранительных органов

1. Должности, подлежащие замещению лицами рядового, младшего, среднего, старшего и высшего начальствующего состава, и соответствующие этим должностям специальные звания или классные чины определяются руководителем правоохранительного органа *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

12. Статья 38. Временное отстранение сотрудника от исполнения должностных обязанностей

5. Сотрудникам, уволенным из правоохранительных органов в связи с осуждением за преступления, а затем реабилитированным и восстановленным соответственно в должности и специальном звании или классном чине, за время вынужденного отсутствия на службе возмещается денежное довольствие *в установленном законодательством Республики Казахстан порядке.*

13. Статья 40. Рабочее время в правоохранительных органах

3. В случае необходимости сотрудники могут привлекаться к выполнению служебных обязанностей сверх установленного времени, а также в ночное время, выходные и праздничные дни. Порядок и условия выплаты компенсаций *определяются законодательством Республики Казахстан.*

14. Статья 41. Стаж правоохранительной службы (выслуги лет)

2. Исчисление выслуги лет сотрудникам производится в порядке, определяемом Правительством Республики Казахстан.

При этом выслуга лет для назначения пенсионных выплат исчисляется календарно, за исключением случаев, *установленных законодательством Республики Казахстан.*

3. Период нахождения сотрудников на службе в правоохранительных органах засчитывается в их общий трудовой стаж, а также в стаж государственной службы *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

15. Статья 42. Ведение личного дела и документов учета

3) защита персональных данных сотрудника от неправомерного их использования или утраты обеспечивается за счет средств правоохранительного органа в порядке, установленном настоящим Законом и *иными законодательными актами Республики Казахстан;*

4) передача персональных данных сотрудника третьей стороне не допускается без согласия сотрудника, выраженного в письменной форме, *за исключением случаев, установленных законами.*

6. Сотрудник, виновный в нарушении норм, регулирующих получение, хранение, обработку, использование и передачу персональных данных

другого сотрудника, а равно виновный в утрате или разглашении таких данных, несет ответственность в соответствии с настоящим Законом и иными законами Республики Казахстан.

16. Статья 45. Особенности прохождения правоохранительной службы

2. Сотрудники могут быть прикомандированы к государственным органам и международным организациям с оставлением в кадрах правоохранительных органов в порядке, *определяемом Правительством Республики Казахстан.*

17. Статья 55. Поощрения, применяемые к сотрудникам

5. За особые заслуги сотрудники могут быть представлены к награждению государственными наградами *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

18. Статья 63. Социальная защита сотрудников

Сотрудники, члены их семей и имущество находятся под защитой государства *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

19. Статья 68. Жилищные права сотрудников и пенсионеров правоохранительных органов

4. В случае гибели сотрудника при исполнении служебных обязанностей семья погибшего имеет право на получение не позднее одного года со дня его гибели жилой площади из государственного жилищного фонда на условиях и *в порядке, установленных законодательством Республики Казахстан.*

20. Статья 69. Иные меры социальной защиты сотрудников и пенсионеров правоохранительных органов

1. Сотрудники подлежат обязательному социальному страхованию *в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

21. Статья 77. Отпуска по беременности и родам, отпуска сотрудникам, усыновившим или удочерившим новорожденного ребенка (детей), отпуска без сохранения заработной платы по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет

2. Продолжительность, условия предоставления и оплаты отпусков по беременности и родам, отпуска сотрудникам, усыновившим или удочерившим новорожденного ребенка (детей), отпуска без сохранения заработной платы по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет устанавливаются *в порядке, определяемом законодательством Республики Казахстан.*

22. Статья 83. Финансовое и материально-техническое обеспечение правоохранительных органов

Финансовое и материально-техническое обеспечение правоохранительных органов осуществляется за счет средств государственного бюджета *в порядке, предусмотренном законодательными актами 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 (правоохранительного органа) 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 законодательству. В нашем случае, в Законе РК «О правоохранительной службе» не в полной мере (буквально) отражены общепринятые достижения современной мысли в исследуемой области.

РЕКОМЕНДАЦИЯ:

1. Выделенные курсивом отсылочно-бланкетные нормы необходимо определить с помощью современной правовой терминологии, которая была обновлена и уже используется во всех действующих нормативных правовых актах (в том числе, принятых в рамках Плана Нации – 100 конкретных шагов) либо 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 правоохранительной службе», во-первых, имманентно (напрямую) связаны с наличием излишних бланкетных и отсылочных норм закона (*детально отмеченных выше*). Во-вторых, в некоторых нормах из-за использования неопределенной формулировки «*может быть*», возникает неясность в толковании, что предполагает решение вопроса надзорным органом по своему усмотрению, в зависимости от заинтересованности. В частности, в пункте 6 статьи 57 Закона определена компетенция по формуле «*вправе*»: «За каждый случай нарушения служебной дисциплины *может быть* наложено только одно дисциплинарное взыскание».

В целях приведения Закона в соответствие с КоАП, а также во избежание совершения коррупционных правонарушений необходимо формулировку «*может быть наложено*» заменить словом «*налагается*».

Аналогичные случаи принятия решения уполномоченным руководителем правоохранительного органа по своему усмотрению и в

зависимости от заинтересованности выявлены в следующих статьях анализируемого Закона:

1. Второй абзац п.1 статьи 10 - «На правоохранительную службу в соответствии с настоящим Законом по решению руководителя правоохранительного органа на должность среднего и старшего начальствующего состава *может быть* принято лицо старше тридцати пяти лет, обладающее высокой профессиональной подготовкой либо значительным опытом работы по определенным специальностям.»;

В данном случае, помимо речевого оборота «*может быть*», использованы также оценочные признаки «*высокая профессиональная подготовка*» и «*значительный опыт работы по определенным специальностям*», которые не имеют единообразной определённости и не раскрыты в основных понятиях, используемых в настоящем Законе.

2. Второй абзац п.1 статьи 12 - «По результатам рубежного контроля соответствия испытательный срок *может быть* продлен до трех месяцев.»;

3. П.5 статьи 38 - «5. Сотрудник *может быть* временно отстранен от исполнения должностных обязанностей в следующих случаях.»;

4. П.3 статьи 46-1 - «3. Освобождение сотрудника от занимаемой должности и зачисление в распоряжение правоохранительного органа осуществляются на основании приказа руководителя правоохранительного органа либо уполномоченного руководителя на срок, не превышающий пятнадцати календарных дней.

В исключительных случаях, вызванных особыми обстоятельствами, этот срок может быть продлен руководителем правоохранительного органа до двух месяцев»;

В рассматриваемом пункте, помимо коррупциогенного фактора «*может быть*», использованы также оценочные признаки «*исключительные случаи*» и «*особые обстоятельства*», которые также не имеют чёткой определённости и не раскрыты в основных понятиях, используемых в настоящем Законе.

5. П.6 статьи 57 – «6. За каждый случай нарушения служебной дисциплины *может быть* наложено только одно дисциплинарное взыскание.»;

6. Второй абзац п.2 статьи 82 – «*В исключительных случаях* по решению руководителя правоохранительного органа или уполномоченного руководителя, имеющего право назначения на соответствующие должности, сотрудникам этот срок *может быть* продлен повторно от одного до пяти лет в таком же порядке, а отдельным из них, имеющим ученые степени или звания, – от пяти до десяти лет.».

Таким образом, в тексте Закона необходимо пересмотреть компетенцию уполномоченного руководителя, принимающего решения или

действия по своему усмотрению путем устранения коррупциогенного фактора «вправе».

Наличие иных недостатков закона.

Согласно статье 35 Закона РК «О государственной службе» поощрения государственных служащих применяются за образцовое выполнение должностных обязанностей, безупречную государственную службу, выполнение заданий особой важности и сложности и другие достижения в работе, а также по результатам оценки их деятельности.

К государственным служащим могут применяться следующие поощрения:

- 1) единовременное денежное вознаграждение;
- 2) объявление благодарности;
- 3) награждение ценным подарком;
- 4) награждение грамотой;
- 5) присвоение почетного звания;
- 6) иные формы поощрения, в том числе награждение ведомственными наградами.

Между тем, в соответствии со статьей 55 Закона РК «О правоохранительной службе» за образцовое исполнение обязанностей и достижение высоких результатов в служебной деятельности для сотрудников и курсантов организации образования правоохранительных органов предусматриваются следующие виды поощрений:

- 1) объявление благодарности;
- 2) единовременное денежное вознаграждение;
- 3) награждение ценным подарком;
- 4) награждение грамотой;
- 5) награждение Почетной грамотой;
- 6) награждение ведомственной наградой и нагрудным знаком отличия правоохранительного органа;
- 7) досрочное присвоение (установление) очередных специального звания, классного чина или квалификационного класса;
- 8) занесение в Книгу почета или на Доску почета;
- 9) присвоение почетного звания;
- 10) иные виды поощрений, предусмотренные нормативными правовыми актами правоохранительных органов.

Следовательно, иерархия поощрений в сравниваемых Законах регламентирована не единообразно, что противоречит статье 2 Закона Республики Казахстан от 6 января 2011 года № 380-IV «О правоохранительной службе».

Необходимо п.п.1) и 2) п. 1. статьи 55 Закона РК «О правоохранительной службе» скорректировать с п.п. 1 и 2) п.1 статьи 35 Закона РК «О государственной службе».

СПРАВКА

по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан от 5 декабря 1997 года № 195 «Об адвокатской деятельности»

Показатель 1. Общая информация о Законе

1.1. Предмет правового регулирования

Закон Республики Казахстан от 5 декабря 1997 года № 195 «Об адвокатской деятельности» (*далее - Закон*) призван содействовать реализации гарантированного государством и закрепленного Конституцией Республики Казахстан права человека на судебную защиту своих прав, свобод и получение квалифицированной юридической помощи, а также содействовать мирному урегулированию спора.

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 к отрасли законодательств о государственном и общественном устройстве (020.000.000.), в сфере «адвокатура» (020.016.000.).

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства

Понимание важности проблем обеспечения граждан квалифицированной юридической помощью, ее доступности всем слоям населения предопределило повышенное внимание к роли адвокатуры в ряде основополагающих документов, таких как: Государственная программа правовой реформы в Республике Казахстан¹⁶³ и Концепция правовой политики Республики Казахстан на период 2010 – 2020 гг.¹⁶⁴, и других.

Государственная программа правовой реформы являлась первым концептуальным документом реформационного периода, в котором в качестве одного из направлений судебной и правовой реформы предполагалось создание сильной, квалифицированной адвокатуры.

Учитывая роль адвокатуры в построении демократического и правового государства, Президент Республики Казахстан Н.А. Назарбаев в своем Послании народу Казахстана «Казахстан – 2030»¹⁶⁵ особо указал на необходимость принятия мер по усилению роли адвокатуры в правозащитном механизме.

Согласно Концепции правовой политики Республики Казахстан на период 2010 – 2020 гг. основным ядром системы оказания гражданам юридической помощи является адвокатура, которой отведена ведущая роль в системе правозащитных институтов.

¹⁶³ Постановление Президента Республики Казахстан от 12 февраля 1994 года № 1569 «Государственная программа правовой реформы в Республике Казахстан»

¹⁶⁴ Указ Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года № 949 «Концепция правовой политики Республики Казахстан на период 2010 – 2020 гг.»

¹⁶⁵ Послание Президента страны народу Казахстана 1997 года «Казахстан - 2030 Процветание, безопасность и улучшение благосостояния всех казахстанцев»

Таким образом, рассматриваемый Закон соответствует поставленным Главой государства стратегическим целям в Посланиях и программных документах.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции Республики Казахстан

13 ноября 1980 года было принято Положение «Об адвокатуре Казахской ССР», которое с небольшими изменениями, внесенными Указом Президента от 28 июня 1991 года и от 5 октября 1995 года действовало до принятия Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности».

В августе 1993 года в суверенном Казахстане был создан Союз адвокатов Республики Казахстан, уставом которого определялись задачи, структура, права и обязанности членов Союза и порядок его органов. Основной целью Союза адвокатов провозглашалось строительство правового государства.

Понятие правового государства предполагает не только верховенство закона, но и правовую защищенность гражданина как личности. Конституция Республики Казахстан 1995 года¹⁶⁶, провозглашая Казахстан демократическим, правовым государством, внешними ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы, гарантирует каждому гражданину право на получение квалифицированной юридической помощи. Обеспечению этого права призван способствовать институт профессиональных защитников- адвокатов Республики Казахстан.

В соответствии с пунктом 3 статьи 13 Конституции Республики Казахстан **каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно.**

Справочно: В научной литературе право на получение квалифицированной юридической помощи рассматривают как юридические права-гарантии человека и гражданина¹⁶⁷ либо конституционно-процессуальные права-гарантии¹⁶⁸ или конституционные права-гарантии с процессуальным характером¹⁶⁹ или группа прав по защите других прав и свобод¹⁷⁰.

В качестве особенностей обусловивших выделение указанных прав в отдельную группу, Н.С. Бондарь называет:

- 1) относительно самостоятельное конституционное оформление, наличие собственного нормативного содержания;*
- 2) преимущественно процессуальное наполнение, что не исключает материальных элементов;*
- 3) детальная нормативная конкретизация данного конституционного института в отраслевом законодательстве;*

¹⁶⁶ Конституция Республики Казахстан принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года

¹⁶⁷ См.: Зиновьев А.В. Конституционное право России. М.; СПб.: Герда, 2000. С. 98; Гошуляк В.В. Прокуратура, адвокатура, нотариат в конституционном праве России. М.: Альфа-М., 2005. С. 156.

¹⁶⁸ См.: Лаврик М.А. Гарантии конституционных прав человека: соматический аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2006. С.29.

¹⁶⁹ См.: Колюшин Е.И. Конституционное право России: курс лекций. М.: Городец, 2006. С. 123.

¹⁷⁰ См.: Авакьян С.А. Конституционное право России: Учебный курс: В 2 т. Т.1. М.: Юрист, 2005. С. 575.

4) как правило, непосредственная реализационная связь соответствующих прав-гарантий с деятельностью судебной власти.¹⁷¹

Рассмотрение конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи в качестве права - гарантии свидетельствует о её диалектической природе. С одной стороны государство предоставляет каждому право на получение квалифицированной юридической помощи, а с другой – обеспечивает, создает и делает реально выполнимым реализацию данного права путём его гарантированности.

Гарантии права на получение квалифицированной юридической помощи – это совокупность социальных, экономических, политических и правовых приёмов и методов, обеспечивающих реализацию права на получение квалифицированной юридической помощи.¹⁷²

Резюмируя, следует сказать, главной содержательной характеристикой юридических гарантий является то, что это правовые средства и способы, с помощью которых гражданам обеспечивается реализация их прав и свобод.

Положения статьи 13 Конституции Республики Казахстан как юридической гарантии можно рассматривать в двух аспектах:

а) как формально-юридическую гарантию, то есть закрепление права на получение квалифицированной юридической помощи в таком нормативном правовом акте как Конституция Республики Казахстан;

б) как юрико-организационную гарантию, когда существует и функционирует институт, специально предназначенный для обеспечения права на получение квалифицированной юридической помощи.

Таким институтом является институт адвокатуры, на который государство возложило конституционную обязанность по оказанию квалифицированной юридической помощи каждому желающему. При этом понятие «каждый» включает в себя и тех, кто не имеет средств для оплаты услуг адвоката.

В этой связи нельзя не отметить выступление Президента Республики Казахстан Нурсултана Назарбаева на IV съезде судей Казахстана в 2005 г., который подчеркнул, что «квалифицированная юридическая помощь должна быть доступна всем казахстанцам. Конституционное право каждого человека на получение квалифицированной юридической помощи и принцип состязательности требует дальнейшего развития. В настоящее время реализация этого конституционного права сопряжено с проблемами, особенно применительно к немущим гражданам, прежде всего, в сельской местности. В правовом государстве защита граждан не должна ставиться в зависимость от их имущественного положения и места проживания».¹⁷³

Отмечаем, что нормы рассматриваемого закона соответствуют нормам Конституции Республики Казахстан.

¹⁷¹ Бондарь Н.С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия. Защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. М., 2005. С. 522.

¹⁷² Кучерена А.Г. Роль адвокатуры в становлении гражданского общества в России: Дис. ...докт. юрид. наук. М., 2002. С. 147.

¹⁷³ Квалифицированная юридическая помощь должна быть доступна всем казахстанцам. – Президент РК // Справочная правовая система «Юрист».

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

Основу правового и морального регулирования института адвокатуры на международном уровне составляют следующие международно-правовые акты:

1. Устав ООН, принятый 26 июня 1945 года.
2. Всеобщая Декларация прав человека, принятая 10 декабря 1948 года.
3. Международный пакт о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 года, детализировавший положения Устава ООН и Декларация.
4. Основные положения о роли адвокатов, принятые Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в 1990 года в Нью-Йорке.
5. Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденный резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН в декабре 1988 года.
6. Основные принципы, касающиеся роли юристов, принятые на Восьмом Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями в 1990 года в Гаване.
7. Стандарты независимости юридической профессии, принятые международной ассоциацией юристов в сентябре 1990 года в Нью-Йорке и ряд других правовых актов.

Отмечаем, что нормы закона соответствуют международным обязательствам Республики Казахстан.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан

Рассматриваемый Закон 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

Коллизий (противоречий) между нормами рассматриваемого Закона и нормами иных законов не выявлено.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Рассматриваемый Закон не содержит устаревших норм.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

6.1. В настоящее время одной из основных проблем адвокатуры является острая нехватка адвокатов, их текущая численность недостаточна для полноценного доступа граждан к квалифицированной юридической помощи.

Согласно данным Республиканской коллегии адвокатов в Казахстане число действующих адвокатов 4625 (по состоянию на 1 января 2017 года), что примерно составляет 1 адвокат на 3900 человек. Для сравнения в странах Европы - Германии и Англии 500 и 890 человек соответственно, а в Италии на 1 адвоката всего 260 человек населения.

Между тем проблему обеспечения граждан квалифицированной юридической помощью можно решить путем изменения порядка формирования адвокатского корпуса. В этих целях **предлагаем рассмотреть вопрос отказа от лицензирования адвокатской деятельности и осуществления приема новых членов путем стажировки и аттестации в коллегиях адвокатов.** Полагаем, что *с одной стороны* это позволит регулировать численность адвокатов в юридических консультациях и адвокатских конторах, избегая переизбытка в одних и некомплектованности в других. К примеру, в областных центрах и крупных городах существует конкуренция среди адвокатов, тогда как в районных профессиональных защитников практически нет либо работает только один адвокат.

Справочно: Нехватка адвокатов особенно остро ощущается в сельских районах. К примеру, Кызылкогинском, Исатайском и Курмангазийском районах Атырауской области выделены только по 1 единице адвокатов. Аналогично по 1 адвокату имеется в 5 районах (Жанибекском, Каратюбинском, Сарымском, Акжайкском, Таскалинском Бокейординском) Западно - Казахстанской области, которые расположены на значительном расстоянии от областного центра (от 180 до 530 км.). Все это влечет за собой несвоевременную явку адвокатов на следственные действия и как результат затягивание сроков расследования, нарушение права граждан на защиту.¹⁷⁴

С другой стороны – повысит качество оказываемой квалифицированной юридической помощи, поскольку адвокатская коллегия заинтересована в том, чтобы в нее попадали профессионалы, обладающие широкой эрудицией, высокой правовой и общей культурой, большим опытом в юридической отрасли.

В данном вопросе можно привести в пример опыт Российской Федерации. Так, в соответствии со статьей 2 Федерального закона от 31 мая 2002 г. 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» *адвокат - это юрист, сдавший квалификационный экзамен в адвокатской палате соответствующего субъекта Российской Федерации и, соответственно, получивший определенный статус (статус адвоката) и право на занятие определенным видом некоммерческой деятельности (адвокатская деятельность).*

¹⁷⁴ <http://www.parlam.kz/ru/blogs/oleynik/Details/6/45835>

Для того, чтобы получить статус адвоката в установленном законом порядке, необходимо учитывать ряд требований, предъявляемых к лицу, решившему стать адвокатом. Так, согласно статье 9 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» *«Статус адвоката в Российской Федерации вправе приобрести лицо, которое имеет высшее юридическое образование, полученное по имеющей государственную аккредитацию образовательной программе, либо ученую степень по юридической специальности. Указанное лицо также должно иметь стаж работы по юридической специальности не менее двух лет либо пройти стажировку в адвокатском образовании в сроки, установленные настоящим Федеральным законом».*

Тем самым, лица, претендующие на получение статуса адвоката и отвечающие требованиям, предъявляемым к ним в соответствии с вышеуказанной статьей Федерального закона, обращаются в **квалификационную комиссию при адвокатских палатах** соответствующего субъекта Российской Федерации с заявлением о присвоении статуса адвоката. Квалификационная комиссия адвокатской палаты представляет собой особое организационное и структурное подразделение в органах управления адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, проводят квалификационные экзамены с целью установления наличия у претендента необходимых профессиональных знаний (статья 33 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»). К компетенции квалификационной комиссии относятся два основных полномочия:

1) осуществление приема квалификационных экзаменов у лиц, претендующих на получение статуса адвоката в установленном законом порядке;

2) рассмотрение жалоб на действия (бездействие) адвокатов в рамках действующего Кодекса профессиональной этики адвоката.

Полагаем возможным передать вышеуказанные полномочия по проведению квалификационного экзамена Республиканской коллегии адвокатов Казахстана, что повысит численность адвокатского корпуса, следовательно, приведет к конкуренции между адвокатами и повлечет уменьшение сумм гонораров за оказание квалифицированной юридической помощи.

Например, для сравнения, предлагаем рассмотреть правовое положение медиаторов, которые вправе осуществлять деятельность по урегулированию конфликта на профессиональной и непрофессиональной основе. Так на профессиональной основе осуществляют лица, имеющие высшее образование, достигшие двадцатипятилетнего возраста, имеющие **документ (сертификат)**, подтверждающий прохождение обучения по программе подготовки медиаторов, утверждаемой в порядке, определяемом Правительством Республики Казахстан, и состоящие в реестре профессиональных медиаторов.

Таким образом, предлагаем рассмотреть вопрос отмены в выдаче лицензии на осуществление адвокатской деятельности, ограничившись сдачей квалификационного экзамена и допуском к профессии адвоката.

Справочно: Представляем сравнение особенностей организации профессиональной деятельности адвокатов в государствах – бывших союзных республиках СССР¹⁷⁵:

	лицензирование государственным органом	коллегия адвокатов советского типа	юридические консультации советского типа	индивидуальная практика	примечания
Азербайджан	нет	нет	нет	есть	
Армения	нет	нет *	нет	есть	Палата адвокатов отличается от советской модели коллегии адвокатов (это — ассоциация адвокатов)
Беларусь	есть	есть	есть	нет	
Грузия	нет	нет	нет	есть	
Казахстан	есть	есть	есть	есть	
Кыргызстан	есть*	нет	нет	есть	Проект нового закона предусматривает отказ от лицензирования
Латвия	нет	нет	нет	есть	
Литва	нет	нет	нет	есть	
Молдова	есть	нет	нет	есть	Коллегия адвокатов отличается от советской модели (это ассоциация)
Россия	нет	нет	нет	есть	
Таджикистан	есть*	есть	есть	есть	Лицензируется только практика вне коллегий адвокатов
Туркменистан	есть	есть	есть	есть	
Узбекистан	есть	нет *	нет	есть	Коллегия адвокатов подобна российской модели
Украина	нет	нет	нет	есть	
Эстония	нет	нет	нет	есть	

6.2. В соответствии с подпунктами 9) и 10) пункта 2 статьи 23 Закона к исключительной компетенции общего собрания (конференции) членов коллегии адвокатов относятся:

установление ставок первоначального целевого взноса, исчисляемого в размере, кратном месячному расчетному показателю, установленному законодательным актом Республики Казахстан, который оплачивается адвокатом в течение шести месяцев со дня приема его в члены коллегии и расходуется исключительно на укрепление материально-технической и учебно-методической базы коллегии адвокатов;

установление ставок ежемесячных членских взносов, исчисляемых в размере, кратном месячному расчетному показателю, установленному законодательным актом Республики Казахстан, при этом адвокаты, осуществляющие профессиональную деятельность в сельских населенных пунктах либо имеющие стаж адвокатской деятельности менее одного года,

¹⁷⁵ Олег Любич. ОСОБАЯ РОЛЬ. Адвокатов много не бывает.
http://naviny.by/rubrics/opinion/2011/09/25/ic_articles_410_175225

оплачивают ежемесячные членские взносы в размере пятидесяти процентов от установленной ставки.

Таким образом, в настоящий момент законодательно размеры ставок первоначального целевого и ежемесячного членского взноса не установлены. Кроме того, отсутствуют предельные размеры указанных ставок. В связи с чем, общее собрание (конференция) членов коллегии адвокатов определяет размеры ставок самостоятельно без согласований и обоснований.

В частности, Министерство юстиции Республики Казахстан считает, что одной из причин дефицита адвокатов является финансовый барьер.¹⁷⁶ Для получения лицензии на занятие адвокатской деятельностью необходимо оплатить обязательную стажировку и первоначальный взнос в территориальную коллегию адвокатов, затраты которого разнятся от региона к региону (в целом общая сумма варьируется от 800 тыс. до 1 млн. тенге).

Справочно: На правительственном часе в Мажилисе Парламента Республики Казахстан Министр юстиции М. Бекетаев сообщил о намерении упростить процедуру вхождения в адвокатскую профессию для сокращения дефицита адвокатов в Казахстане: «Стажировка является платной, ее стоимость составляет от 140 до 280 тыс. тенге в год. Для вступления в коллегию сумма первоначального взноса в зависимости от региона составляет от 700 до 800 тысяч тенге. Определение размера взноса, согласно Закону, отнесено к компетенции областных коллегий адвокатов. Для упрощения доступа в профессию Министерством юстиции совместно с Республиканской коллегией адвокатов прорабатывается вопрос уменьшения первоначального взноса до 100 МРП (226 900 тенге) и стажировки до 5 МРП (11 345 тенге) в месяц.»¹⁷⁷

В этой связи, для решения данной проблемы считаем целесообразным закрепить в Законе максимальные ставки первоначального целевого и ежемесячного членского взноса в зависимости от региона страны.

6.3. Согласно статье 33-2 Закона Республиканская коллегия адвокатов является некоммерческой, независимой, профессиональной, самоуправляемой, самофинансируемой организацией, основанной на обязательном членстве коллегий адвокатов.

При этом в соответствии с подпунктом 3) статьи 1 Закона «О саморегулировании» саморегулируемая организация представляет собой **некоммерческую организацию**, которая может быть основана на обязательном членстве субъектов **профессиональной деятельности** по принципу общности деятельности, рынка услуг. Кроме того, основными целями саморегулирования согласно данному Закону являются:

- 1) **повышение качества** и конкурентоспособности отечественных товаров (работ, услуг);
- 2) **повышение конкурентоспособности** отечественных отраслей экономики;
- 3) **усиление ответственности** участников рынка перед потребителями.

Полагаем, что реализация вышеуказанных целей в настоящий момент актуальна в сфере оказания адвокатских услуг. Так, в ходе выступления на

¹⁷⁶ Отчет Министра юстиции Республики Казахстан М. Бекетаева перед населением (<http://www.adilet.gov.kz/ru/articles/otchet-ministra-yusticii-m-beketaeva-pered-naseleniem>).

¹⁷⁷ Казахстану не хватает адвокатов. <http://www.ratel.kz/>

Правительственном часе Министр юстиции М. Бекетаев сообщил, что анализ функционирования адвокатских контор показал, что они не соответствуют современным требованиям. По данным Министерства юстиции на сегодняшний день в стране работают 203 консультации и 149 адвокатских контор, при этом их значительная часть действует в лице единственного адвоката.¹⁷⁸

В этой связи полагаем, что множественность организаций на саморегулируемой основе позволит решить существующие проблемы в сфере оказания адвокатских услуг через повышение действенности, эффективности адвокатской деятельности, создание конкуренции между адвокатскими палатами. Помимо этого данная реформа минимизирует риск проявления злоупотреблений со стороны руководства единой саморегулируемой организации (в первую очередь монополизация, «ценовой сговор», «крышевание» недобросовестных и непрофессиональных адвокатов). Однако данное предложение по изменению адвокатского самоуправления приведет к замене действующей Республиканской коллегии адвокатов на большее число саморегулируемых организаций в данной области. Например, палата адвокатов, будет создаваться в составе не менее трехсот адвокатов, включенных в реестр палаты.

Отметим, что подобная практика реализуется в сфере оценочных услуг. В законопроекте «Об оценочной деятельности» *(находится на рассмотрении в Мажилисе Парламента)* определено, что палата оценщиков – это саморегулируемая организация, объединяющая на условиях членства в своем составе не менее трехсот оценщиков, созданная в целях защиты прав и законных интересов оценщиков, осуществления контроля качества оценочной деятельности ее членов, включенная в реестр палаты оценщиков.

Справочно: По результатам АРВ, проведенного уполномоченным органом совместно с заинтересованными лицами в отношении разрабатываемых проектов, оценки альтернативных подходов регулирования для решения проблем в области оценочной деятельности взамен ранее действовавшей структуре организации оценочной деятельности с единой Республиканской палатой, объединяющей территориальные палаты оценщиков избрана модель множественности СРО в данной области.

6.4. В целях повышения профессионального уровня адвокатов необходимо предусмотреть постоянное совершенствование квалификации адвокатов. Согласно действующему законодательству предусмотрены функции Республиканской коллегии адвокатов и территориальных коллегий по повышению квалификации адвокатов. Однако, требования к периодичности повышения квалификации и содержанию данного мероприятия не устанавливаются.

В данном вопросе можно привести в пример опыт Кыргызстана. Так в соответствии с Законом Кыргызской Республики «Об Адвокатуре Кыргызской Республики и адвокатской деятельности» при адвокатуре действует учебный центр, который является самостоятельным юридическим

¹⁷⁸ Отчет Министра юстиции Республики Казахстан М. Бекетаева перед населением (<http://www.adilet.gov.kz/ru/articles/otchet-ministra-yusticii-m-beketaeva-pered-naseleniem>).

лицом с целью организации и профессионального обучения и повышения квалификации адвокатов.

Полагаем необходимым, законодательно закрепить курсы повышения профессионального уровня адвокатов учебных организациях, специалисты которых будут не только практикующие юристы, но и специалисты в области права, известные своими научными трудами и работами в области международного частного и международного публичного права.

6.5. В соответствии со статьей 1 Закона основным назначением адвокатуры является содействие реализации гарантированного государством и закрепленного Конституцией права человека на судебную защиту своих прав, свобод и получение **квалифицированной юридической помощи**, а также содействовать мирному урегулированию спора.

При этом данная юридическая помощь, оказываемая адвокатами в рамках осуществляемой ими адвокатской деятельности, **не является предпринимательской деятельностью** (пункт 2 статьи 1 Закона).

Таким образом, законодательством разграничена адвокатская деятельность и предпринимательская.

В свою очередь государственные юридические лица ежегодно нанимают на платной основе предпринимателей, оказывающих юридическую помощь, в том числе по представлению в суде, на основе государственных закупок. Вместе с тем согласно подпункту 2) пункта 2 статьи 1 Закона «О государственных закупках» в качестве потенциального поставщика определяет **физическое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность**, юридическое лицо (за исключением государственных учреждений, если иное не установлено для них законами Республики Казахстан), временное объединение юридических лиц (консорциум), претендующие на заключение договора о государственных закупках.

В связи с чем, адвокат не может быть поставщиком услуг и работ, закупаемых по системе государственных закупок. Между тем, учитывая виды юридической помощи (статья 4 Закона), которые оказывают адвокаты целесообразно предоставить им возможность участвовать в государственных закупках по конкурсам о юридических услугах.

На основании изложенного, рекомендуем законодательно закрепить участие адвокатов в государственных закупках юридических услуг.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

В рассматриваемом Законе отсутствуют дублирующие нормы.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

8.1. Статья 8 рассматриваемого Закона регламентирует правовое положение помощников и стажеров адвокатов. В частности пунктом 3 данной статьи предусмотрено, что *Стажером адвоката является гражданин Республики Казахстан, имеющий высшее юридическое образование. Целью прохождения стажировки является приобретение*

профессиональных знаний и практических навыков адвокатской деятельности.

Стажер адвоката осуществляет свою деятельность под руководством адвоката, выполняя его отдельные поручения, так как самостоятельное осуществление адвокатской деятельности непосредственно стажером рассматриваемым Законом запрещается. Так, например, стажер адвоката не допускается к самостоятельному ведению дел при производстве дознания, на предварительном следствии, в арбитражных судах и судах общей юрисдикции.

Однако на стажера адвоката как на работника соответствующего адвокатского образования, имеющего непосредственный доступ к его документации, материалам ведущихся дел и материалам дел, переданных в архив, ***не распространяются требования о необходимости соблюдения адвокатской тайны.***

К примеру, согласно статье 28 Федерального закона от 31 мая 2002 года №63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» *стажер адвоката обязан хранить адвокатскую тайну.*

В этой связи, считаем необходимым наряду с адвокатом обязать стажера хранить в тайне сведения, ставшие ему известными в связи с прохождением стажировки в адвокатской конторе, и не разглашать их.

8.2. В соответствии со статьей 6 Федерального закона от 31 мая 2002 года №63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», предусматривающая полномочия адвоката, пунктом 5 регламентировано ***«Негласное сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, запрещается».***

Однако в анализируемом Законе данный вопрос не урегулирован, то есть адвокатам не запрещено сотрудничать с оперативниками. Деятельность адвоката в этой сфере имеет место в рамках уголовного преследования на стадии предварительного следствия и дознания. Сведения, полученные в рамках проведения оперативно-розыскных мероприятий, имеют особое значение для возбуждения уголовного дела либо отказа в его возбуждении и несут в себе определенную доказательственную нагрузку. Для дальнейшего рассмотрения дела они имеют особое значение и должны полностью соответствовать закону, в частности относительно законности способа их получения, так как в дальнейшем эти сведения имеют особое значение при рассмотрении уголовного дела в судебном порядке.

Таким образом, негласное сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, категорически запрещается, так как, по сути, такое сотрудничество подрывает саму суть адвокатской профессии, умаляет авторитет адвоката как профессионала, отстаивающего свою позицию в рамках этических норм и правил, на основе законно полученной информации и надлежащим образом истребованных доказательств и т.д.

В этой связи, считаем целесообразным законодательно закрепить запрет на сотрудничество адвоката с сотрудниками органов оперативно-розыскной деятельности.

8.3. На сегодняшний день отсутствует правовое регулирование оказания безвозмездных юридических услуг на основе «pro bono»¹⁷⁹ (от лат. pro bono publico — ради общественного блага, а именно оказание профессиональной помощи благотворительным, общественным и иным некоммерческим организациям на безвозмездной основе).

В Казахстане в рамках Закона Республики Казахстан от 13 июля 2013 года № 122-V «О гарантированной государством юридической помощи» (далее - ГГЮП) адвокаты являются субъектами оказания юридической помощи. Юридическая помощь, оказанная в рамках ГГЮП, оплачивается за счет бюджетных средств.

Таким образом, ГГЮП, оказываемая адвокатом, является оплачиваемой деятельностью, тогда как юридическая помощь в системе pro bono — не оплачиваемая, безвозмездная. Система ГГЮП не охватывает всех лиц, нуждающихся в бесплатной юридической помощи.

Согласно пункту 1 статья 6 Закона адвокаты оказывают юридическую помощь бесплатно:

1) истцам при рассмотрении судами дел о возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с работой;

2) истцам и ответчикам, являющимся участниками Великой Отечественной войны и лицами, приравненными к ним, военнослужащими срочной службы, инвалидами I и II групп, пенсионерами по возрасту, если рассматриваемый судом спор не связан с предпринимательской деятельностью;

3) физическим лицам по вопросам взыскания алиментов, назначения пенсии и пособий, реабилитации, получения статуса беженца или оралмана, несовершеннолетним, оставшимся без попечения родителей, в случаях необходимости составляют письменные документы правового характера.

В соответствии со статьей 68 Закона «О жилищных отношениях» к социально уязвимым слоям населения относятся:

- 1) инвалиды и участники Великой Отечественной войны;
- 1-1) лица, приравненные к инвалидам и участникам Великой Отечественной войны;
- 2) инвалиды 1 и 2 групп;
- 3) семьи, имеющие или воспитывающие детей-инвалидов;
- 4) лица, страдающие тяжелыми формами некоторых хронических заболеваний, перечисленных в списке заболеваний, утверждаемом Правительством Республики Казахстан;
- 5) пенсионеры по возрасту;
- 6) дети-сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей, не достигшие двадцати девяти лет, потерявшие родителей до совершеннолетия. При призыве таких лиц

¹⁷⁹ https://ru.wikipedia.org/wiki/Pro_bono

на воинскую службу возраст продлевается на срок прохождения срочной воинской службы;

7) оралманы;

8) лица, лишившиеся жилища в результате экологических бедствий, чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера;

9) многодетные семьи;

10) семьи лиц, погибших (умерших) при исполнении государственных или общественных обязанностей, воинской службы, при подготовке или осуществлении полета в космическое пространство, при спасании человеческой жизни, при охране правопорядка;

11) неполные семьи.

При этом законодательством устанавливается ряд льгот и преференций к вышеуказанным категориям граждан, в частности предоставляется жилище из коммунального жилищного фонда, освобождение от отдельных видов налогов и сборов, плат и т.д. В связи с чем, учитывая особый статус и положения уязвимых категорий граждан, предлагаем дополнить пункт 1 статьи 6 Закона перечисленными видами граждан.

В качестве стимулирования оказания безвозмездных юридических услуг на основе «pro bono» рекомендуем в подпункте 1) пункта 1 статьи 133 Налогового кодекса установить право налогоплательщика на уменьшение налогооблагаемого дохода на благотворительные услуги, по аналогии с благотворительной помощью.

8.5. Пунктом 2 статьи 5 регламентировано: *«В случаях, предусмотренных законодательством, оплата юридической помощи, оказываемой адвокатом, командировочных, транспортных и других его расходов производится по постановлениям органов дознания, предварительного следствия и определениям судов из бюджетных средств».*

Однако из содержания данной нормы не ясно, при каких случаях и каким законодательством производится оплата юридической помощи, оказываемой адвокатом, командировочных, транспортных и других его расходов производится по постановлениям органов дознания, предварительного следствия и определениям судов из бюджетных средств.

Таким образом, необходимо исключить выявленный пробел в правовом регулировании, конкретизировав случаи оплаты юридической помощи из бюджетных средств в норме.

8.6. Отмечаем, что рассматриваемый Закон не содержит статью об основных понятиях, используемых в Законе. Так, согласно требованиям к содержанию и стилю изложения текста нормативного правового акта, предусмотренные статьей 24 Закона Республики Казахстан «О правовых актах», *в законодательном акте могут быть установлены основные принципы правового регулирования, основные понятия, используемые в его тексте, порядок и условия применения иных нормативных правовых актов после вступления законодательного акта в силу.*

К примеру, многие статьи анализируемого Закона содержат определения терминов и определений, используемых в данном Законе, что в свою очередь нарушает общепризнанные правила юридической техники.

В этой связи, полагаем необходимым, закрепить нормы, раскрывающие определения и термины, отдельной статьей в алфавитном порядке.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере адвокатской деятельности, 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

10.1. Пунктом 4 статьи 14 анализируемого Закона предусматривает, что *государственный орган или должностное лицо не могут отказать в признании права адвоката представлять интересы лица, обратившегося за юридической помощью.*

Считаем, что в данной норме слова «не могут» способствуют совершению коррупционных правонарушений, что является коррупциогенным фактором.

В этой связи предлагаем рассматриваемую норму изложить в следующей редакции: *«Государственный орган или должностное лицо не имеют права отказать в признании права адвоката представлять интересы лица, обратившегося за юридической помощью».*

10.2. Статья 6 рассматриваемого Закона регулирует порядок оказания бесплатной юридической помощи. Так пунктом 4 данной статьи предусмотрено, что *при невозможности оказания юридической помощи в виде правового консультирования непосредственно после обращения заявителя он должен быть извещен в доступной форме о времени приема в срок, не превышающий трех рабочих дней с момента его обращения. Правовое консультирование проводится на месте пребывания заявителя, если он вследствие тяжелого заболевания, инвалидности, связанных с затруднениями в передвижении, не в состоянии явиться в назначенное адвокатом место приема. Продолжительность оказания юридической помощи в виде правового консультирования в таких случаях не должна превышать один час. В случае необходимости указанный срок может быть продлен председателем президиума коллегии адвокатов области, города республиканского значения, столицы. По одному и тому же вопросу лицо может получить правовую помощь один раз.*

Полагаем, что в данной норме срок определен посредством слов «в случае необходимости указанный срок», что не позволяет достоверно определить срок совершения того или иного действия и может быть в каждом конкретном случае истолковано по-разному, ввиду того, что в

действующем законодательстве срок, исчисляемый в днях, определяется рабочими и календарными днями и их исчисление различно.

Ненадлежащее регулирование административных процедур способны создавать условия для совершения коррупционных правонарушений, в этой связи рекомендуем в целях конкретизации уточнить срок в течение каких дней «рабочих» или «календарных» может быть продлен руководством соответствующего адвокатского образования.

10.3. Пунктом 5 статьи 30 анализируемого Закона регламентируется:

«5. Порядок наложения дисциплинарных взысканий, их снятия и обжалования определяется уставом коллегии адвокатов.

*За совершение адвокатом дисциплинарного проступка **может быть** наложено только одно дисциплинарное взыскание.».*

В указанном пункте статьи Президиуму коллегии адвокатов предоставлено полномочие по наложению дисциплинарных взысканий, их снятия и обжалования. В данной норме наложение дисциплинарного проступка сформулировано посредством использования выражения «может быть», что согласно правил юридической техники, является размытым и неясным. Кроме того, нечеткость соблюдения указанных правил создает возможность произвольного толкования предусмотренных оснований для образования и действия одной коллегии адвокатов.

В этой связи, рекомендуем в целях исключения неоднозначного применения законодательства, а также построения правовой нормы с позиции общепризнанных правил юридической техники, следующую редакцию рассматриваемой нормы:

«Порядок наложения дисциплинарных взысканий, их снятия и обжалования определяется уставом коллегии адвокатов.

*За совершение адвокатом дисциплинарного проступка **налагается** только одно дисциплинарное взыскание.».*

СПРАВКА

по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан от 16 ноября 2015 года № 401-V «О доступе к информации»

Показатель 1. Общая информация о законе

1.1. Предмет правового регулирования

Предметом правового регулирования Закона «О доступе к информации» (далее – Закон) выступают общественные отношения, возникающие в результате реализации конституционного права каждого свободно получать и распространять информацию любым не запрещенным законом способом.

1.2. Отрасль законодательства

020.001.000. Права, свободы и обязанности человека и гражданина (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, корреспондируется 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.

Согласно вышеуказанной Концепции правовой политики необходимо совершенствовать нормативно-правовое регулирование вопросов информации. В целом, данная деятельность и механизмы ее правового регулирования должны быть направлены на гарантирование свободы слова, свободное получение и распространение информации любым, не запрещенным законом способом, с учетом соблюдения конституционных прав на неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны, тайны переписки, телефонных переговоров и иных сообщений, а также соблюдения требований законодательства о государственных секретах.

В Плане нации - 100 шагов по реализации пяти институциональных реформ Президента Республики Казахстан (далее – План нации) относительно доступа населения к информации в рамках 94 – 96 шагов поставлены следующие задачи:

«94. Внедрение «Открытого правительства». Разработка Закона о доступе к информации, который позволит сделать любую информацию, находящуюся в распоряжении государственных органов, за исключением отнесенной к государственной тайне и иной информации, охраняемой законодательством.

95. Внедрение практики ежегодных публичных выступлений руководителей государственных органов перед населением о достижении ключевых показателей стратегических планов и программ развития

территорий и размещение их отчетов на официальных веб-сайтах. Внедрение практики ежегодных отчетов о результатах деятельности руководителей национальных вузов перед учащимися, работодателями, представителями общественности и СМИ.

96. Обеспечение онлайн-доступности статистических баз данных центральных государственных органов».

Справочно:

В целях реализации 94 шага Плана нации принят анализируемый Закон «О доступе к информации». Также одним из главных плюсов реализации данного шага в том, что у граждан появилась возможность обратиться напрямую к первым руководителям (министрам) центральных государственных органов страны в режиме online.

Кроме того, граждане могут получить информацию в виде открытых данных, участвовать в обсуждениях законопроектов, бюджетного планирования, обращаться с вопросами и запросами к первым руководителям госорганов, оценивать работу госорганов и т.д.

Во исполнение 95 шага Плана нации руководители центральных исполнительных органов, акимы всех уровней, ректоры национальных вузов и руководители автономных организаций образования ежегодно проводят соответствующие мероприятия с населением.

При этом исполнение 96 шага Плана нации обеспечивает онлайн-доступность статистических баз данных центральных госорганов в рамках четырех компонентов «открытого правительства» – «открытые данные», «открытые НПА», «открытые бюджеты», «открытый диалог».

Таким образом, можно констатировать, что анализируемый Закон соответствует стратегическим целям государства.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Анализируемый Закон не содержит норм, противоречащих Конституции, в том числе статье 20, которая гарантирует право каждого свободно получать и распространять информацию любым, не запрещенным законом способом.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

Право на доступ к информации является частью гражданских и политических прав и свобод, закрепленных во Всеобщей декларации прав человека и Международном пакте о гражданских и политических правах, ратифицированном Республикой Казахстан. Кроме того Казахстан как полноправный участник ООН и ОБСЕ на высшем политическом уровне обязался обеспечить реализацию гражданских и политических прав, включая право на свободу информации.

Однако для того чтобы Закон действовал эффективно как для общества, так и государства, он должен соответствовать международным принципам и стандартам в области свободы информации, разработанных под эгидой Международной программы развития коммуникаций ЮНЕСКО, которые рекомендованы для внедрения во всех государствах.

Справочно:

Перечень международных принципов в области свободы информации:

1. *Максимальное раскрытие – базируется на том, что в основе законодательства о свободе информации должен быть принцип максимального раскрытия.*

2. *Обязательность опубликования информации – предполагает, что государственные органы обязаны публиковать ключевую информацию.*

3. *Продвижение открытого правительства – говорит о том, что государственные органы должны активно продвигать открытое правительство.*

4. *Ограниченный объем исключений – о том, что исключения должны быть сформулированы предельно четко, подвергаться строгой проверке на «нанесение ущерба» либо на «приоритет общественного интереса».*

5. *Процесс, направленный на облегчение доступа к информации – предполагает, что запросы на информацию должны рассматриваться быстро и справедливо, с предоставлением независимой оценки любого отказа.*

6. *Затраты – базируется на том, что с лиц, запрашивающих информацию не должна взиматься слишком высокая плата за доступ к информации, которая может отпугнуть их.*

7. *Открытые совещания – о том, что совещания государственных органов должны быть открытыми для общественности.*

8. *Максимальное раскрытие информации является приоритетом – устанавливает, что законы, не соответствующие принципу максимального раскрытия информации, следует изменить или отменить.*

9. *Защита «свистунов» или информаторов – предполагает, что лица, предоставляющие информацию о нарушениях, должны быть защищены.*

Наличие этих принципов в специальных законодательных актах по вопросам доступа к информации являются ключевым индикатором соответствия принимаемого закона этим базовым принципам.

Закон содержит базовые принципы по свободе информации. Наличие этих принципов и механизмов их реализации в Законе – важные гарантии права на доступ к информации¹⁸⁰.

В целом анализируемый Закон обеспечивает выполнение и реализацию принятых международных обязательств государства в действующем национальном законодательстве.

2. *Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан*

Рассматриваемый Закон соответствует нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

3. *Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан*

Закон не содержит норм, противоречащих нормам кодексов Республики Казахстан.

¹⁸⁰<https://www.zakon.kz/4767133-obzor-zakona-respubliki-kazakhstan-o.html>

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

Пункт 12 статьи 11 Закона гласит: «Ответ на письменный запрос предоставляется по выбору пользователя информации в **бумажной и (или) электронной формах** на языке обращения».

Ответ на устный запрос предоставляется в устной форме на языке обращения».

Таким образом, по пункту 12 статьи 11 ответ на письменный запрос может быть или в бумажной или в электронной форме, в то время как ответы на устные запросы предоставляются только в устной форме.

При этом подпункт 4) статьи 14 Закона «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц» обозначает, что физическое либо юридическое лицо, подавшее обращение, имеет право получить мотивированный ответ **в письменной или устной форме** о принятом решении.

В данном случае наблюдается разночтения между двумя нормами. Так, согласно статье 11 Закона ответ предоставляется в трех формах: бумажной, электронной и устной. Между тем по статье 14 Закона «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц» в письменной и устной форме.

Кроме того Закон «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц» не содержит ограничение относительно того, что ответ на устный запрос предоставляется только в устной форме. Данное обстоятельство предполагает возможность получения пользователем информации в письменной форме даже в случае устного запроса.

В целях повышения доступности и облегчения процедуры доступа к информации рекомендуем норму «Ответ на устный запрос предоставляется в устной форме на языке обращения» изложить в следующей редакции: «Ответ на устный запрос предоставляется в устной форме на языке обращения или в **бумажной и/или электронной форме по желанию пользователя информации**».

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

В Законе отсутствуют устаревшие нормы.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

1. Закон предусматривает стандартную процедуру обжалования неправомερных решений, действий (бездействий) должностных лиц, повлекших нарушение или ограничение какого-либо права. Так, пункт 1 статьи 18 Закона указывает: «Незаконное ограничение права на доступ к информации может быть обжаловано в вышестоящий государственный орган (вышестоящему должностному лицу) или в суд».

При этом отсутствие фактов обращений к вышестоящим должностным лицам или органам не является препятствием для рассмотрения жалобы в суде. Таким образом, пользователь сам может выбрать способ обжалования незаконных действий по ограничению права на доступ к информации.

Вместе с тем международные стандарты в области свободы информации рекомендуют создавать в государствах, принявших специальный законодательный акт о доступе к информации, **независимый административный орган** по контролю за соблюдением законодательства о доступе к информации. В Казахстане такой орган не создан, что может негативно отразиться на правоприменительной практике. Так как эффективность обжалования незаконных действий должностных лиц по нарушению или ограничению права на доступ к информации в независимый административный орган была бы на порядок выше, чем обжалование вышестоящему должностному лицу или органу.

На основании этого предлагаем усилить процедуру обжалования в рамках соблюдения международного стандарта в области свободы информации через создание специального административного органа по контролю. Данное обстоятельство полагаем, снизит вероятность нарушения Закона, как государственными органами, так и гражданами.

2. Статья 16 Закона содержит перечень информации, который должен размещаться на интернет-ресурсах, обладателями информации. Так, например, согласно пункту 3 статьи 16 обладатели информации в пределах своей компетенции обязаны размещать на интернет-ресурсах:

нормативные правовые акты, регламентирующие компетенцию, полномочия, задачи и функции обладателя информации;

статистическую информацию;

аналитические доклады и обзоры информационного характера о деятельности обладателя информации;

заключения, экспертные оценки, рекомендации и другие аналитические материалы международных организаций по вопросам деятельности обладателей информации;

информацию о проведении конкурсов, тендеров;

порядок приема физических лиц и представителей юридических лиц;

наличие сервиса «Вопрос-ответ»;

интерактивные опросы граждан и т.д.

Вместе с тем в подпункте 21) пункта 3 статьи 16 Закона определено, что обладатели информации в пределах своей компетенции обязаны размещать на интернет-ресурсах иную информацию, обязанность размещения которой установлена законодательством Республики Казахстан, или информацию, **размещение которой обладатель информации считает необходимым.**

В данном случае предполагается, что определенный вид информации по усмотрению ее обладателя может и не размещаться. Отметим, что пункт 15 Правил проведения правового мониторинга, утвержденных

постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 августа 2016 года № 486, определяет, что при проведении правового мониторинга госорганами используются:

обзоры практики применения нормативных правовых актов, подготовленные государственными органами;

результаты анализа и обобщений обращений граждан, юридических лиц в государственные органы и рассмотрения актов прокурорского надзора, судебных решений, поступивших в государственный орган, относительно практики применения нормативных правовых актов;

материалы научно-практических конференций, семинаров, совещаний, проводимых по проблемам действующего законодательства, а также представляемые неправительственными организациями;

результаты социологических исследований по вопросам правоприменения нормативных правовых актов.

В связи с тем, что статья 16 Закона не закрепляет указанные виды сведений, как обязательные к опубликованию, госорган может ее не размещать на интернет-ресурсе. Однако, учитывая, что анализ обзора практик, результаты социологических и иных исследований и т.п. являются основными факторами проведения качественного правового мониторинга и других аналитических работ, рекомендуем включить их в перечень информации, обязательного к опубликованию на интернет-ресурсе (пунктом 3 статьи 16 Закона).

3. Пункт 10 статьи 11 Закона гласит: «Ответ на письменный запрос предоставляется в течение пятнадцати календарных дней со дня поступления к обладателю информации.»

В случаях, когда запрашиваемая информация входит в компетенцию нескольких обладателей информации и при ответе на письменный запрос требуется получение информации от иных обладателей информации, **срок рассмотрения может быть однократно продлен** руководителем обладателя информации **не более чем на пятнадцать календарных дней**, о чем пользователю информации сообщается в течение трех рабочих дней с момента продления срока рассмотрения».

Согласно изложенной норме госорган предоставляет ответ в течение 15 календарных дней, то есть информация может быть предоставлена и в первый день обращения, на пятый день и т.д. Однако на практике часто складываются ситуации, когда ответ выдается пользователю информации в последний день установленного срока, даже в случае, когда информация может быть представлена ранее. В целях исключения подобной практики рекомендуем часть первую пункта 10 статьи 11 Закона изложить в следующей редакции: «Ответ на письменный запрос предоставляется в максимально короткий срок и не позднее пятнадцати календарных дней со дня поступления к обладателю информации».

5. Пункт 13 статьи 11 Закона устанавливает: «В случае если ответ на письменный запрос предусматривает копирование или печать, то пользователь информации обязан возместить владельцу информации **фактические затраты на копирование или печать.**

Размер фактических затрат на копирование или печать и порядок их оплаты определяются Правительством Республики Казахстан. Тарифы на копирование или печать и порядок их оплаты подлежат обязательному опубликованию в периодических печатных изданиях, распространяемых на всей территории Республики Казахстан, и размещению на интернет-ресурсах владельцев информации.

От оплаты фактических затрат на копирование или печать освобождаются социально уязвимые слои населения в порядке, определяемом Правительством Республики Казахстан».

В связи с чем, пунктом 1 постановления Правительства Республики Казахстан от 31 декабря 2015 года № 1176 установлены следующие размеры на изготовление копий запрашиваемых документов и (или) материалов, которые оплачиваются пользователем информации:

0,1 % месячного расчетного показателя за каждую страницу запрашиваемой информации – в случае, если запрашиваемая информация предоставляется в формате А4;

0,2 % месячного расчетного показателя за каждую страницу запрашиваемой информации – в случае, если запрашиваемая информация предоставляется в формате А3;

2 % месячного расчетного показателя за каждую страницу запрашиваемой информации – в случае, если запрашиваемая информация представляется в форматах от А2 или А1;

5 % месячных расчетных показателей за каждую страницу запрашиваемой информации – в случае, если запрашиваемая информация представляется в формате, превышающем формат А0.

В целях упрощения получения информации предлагаем предусмотреть освобождение от оплаты тех пользователей, запрос которых предполагает изготовление копий менее чем определенное количество страниц, например 15 или 20.

4. На заседании круглого стола в Мажилесе (1 июня 2017г.), посвященного проблемам обеспечения открытого доступа информации госорганов депутат Мажилиса Парламента М. Ашимбаев обнародовал результаты исследования, проведенного неправительственными организациями: «НПО направили запросы 12 областям через блоги первых руководителей акимов областей, которые существуют на портале e-gov. У некоторых руководителей областей отсутствуют блоги на e-gov. Из 12-ти только 4 области в соответствии с законом дали ответы на запросы граждан. Таким образом, 70% областей не дали ответы, которые они должны были предоставить в соответствии с Законом «О доступе к информации». Также были направлены запросы в 15 министерств. Там ситуация несколько

лучше. 70% предоставили ответы, 30% нарушили Закон «О доступе к информации»¹⁸¹.

Таким образом, учитывая результаты исследования, рекомендуем рассмотреть вопрос по определению за Правительством или уполномоченным органом полномочие по введению и формированию ежегодного рейтинга обладателей информации (основанном на открытости госорганов), а также утверждению методики и перечня показателей определения ежегодных рейтингов.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

В соответствии со статьей 4 Закона обеспечение доступа к информации основывается на следующих принципах:

- 1) законности;
- 2) открытости и прозрачности деятельности обладателей информации;
- 3) достоверности и полноты;
- 4) актуальности и своевременности;
- 5) равного доступа к информации;
- 6) неразглашения государственных секретов и иных охраняемых законом тайн;**
- 7) неприкосновенности частной жизни, личной и семейной тайны;**
- 8) соблюдения прав и законных интересов физических и юридических лиц.

Согласно пункту 1 статьи 18 Конституции каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и достоинства. При этом по пункту 1 статьи 53 Кодекса о браке (супружестве) и семье частная жизнь, **личная и семейная тайна находятся под охраной закона**. Следовательно, такая категория как «личная и семейная тайны» входит в категорию «иная охраняемая законом тайна».

На основании изложенного, считаем необходимым в подпункте 7) статьи 4 Закона исключить формулировку «, личной и семейной тайны».

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. Пункт 12 статьи 11 Закона гласит: «Ответ на письменный запрос предоставляется по выбору пользователя информации в **бумажной** и (или) **электронной формах** на языке обращения. Ответ на устный запрос предоставляется **в устной форме** на языке обращения».

Вместе с тем на практике возможны ситуации, когда доступ к информации целесообразно предоставить через **процедуру ознакомления с материалами**. Данная процедура предполагает предоставление гражданину доступа к материалам (например, неоцифрованным, архивным документам и т.д.) без необходимости устных и бумажных форм ответа со стороны обладателей информации. Не исключено, что после ознакомления с

¹⁸¹http://bnews.kz/ru/news/problema_dostupa_k_informatsii_v_kazahstane_oshibki_gosorganov_i_neispolnenie_zakona

материалами, предоставленных обладателем информации, пользователь сможет сформулировать запрос о предоставлении ему копий отдельных документов, которые ранее были им осмотрены.

В этой связи предлагаем расширить перечень форм ответов на запросы пользователей информации, включив такую форму как «доступ к ознакомлению с информацией».

2. Согласно пункту 1 статьи 16 Закона обладатели информации создают интернет-ресурсы. При этом по пункту 2 статьи 16 органы и учреждения законодательной, исполнительной и судебной ветвей государственной власти, местного государственного управления и самоуправления **размещают интернет-ресурсы** на единой платформе интернет-ресурсов государственных органов.

Вместе с тем реализация права пользователя к доступу информации, размещенной на интернет-ресурсе, требует наличие специального пункта подключения к сети Интернет и оборудованного компьютером места.

Так, в соответствии с пунктом 2 статьи 10 Федерального закона РФ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» в целях обеспечения права неограниченного круга лиц на доступ к информации в местах, доступных для пользователей информацией (в помещениях государственных органов, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных библиотек, других доступных для посещения местах), **создаются пункты подключения к сети «Интернет».**

Кроме того согласно пункту 3 статьи 10 Федерального закона в целях обеспечения права пользователей информацией на доступ к информации государственные органы, органы местного самоуправления принимают меры по защите этой информации.

На основании указанного российского опыта рекомендуем включить в Закон положения, устанавливающие обязанность местных исполнительных органов и госорганов по оборудованию помещений в общественных местах, в том числе в зданиях госорганов, мест с доступом в Интернет.

3. Статья 4 Закона определяет следующие принципы доступа к информации:

- законности;
- открытости и прозрачности деятельности обладателей информации;**
- достоверности и **полноты;**
- актуальности и **своевременности;**
- равного доступа к информации;
- неразглашения государственных секретов и иных охраняемых законом тайн;
- неприкосновенности частной жизни, личной и семейной тайны;
- соблюдения прав и законных интересов физических и юридических лиц.

Статья 4 Закона определила такой принцип как открытость и прозрачность деятельности обладателей информации. Между тем предмет правового регулирования Закона выступают общественные отношения, возникающие в результате реализации права каждого свободно получать информацию. В связи с чем, принципы целесообразно изложить с позиции доступа граждан к информации, а не деятельности госорганов. На основании этого рекомендуем заменить принцип «открытость и прозрачность деятельности обладателей информации» на **«открытость и доступность информации»**.

Кроме того возникают вопросы по принципам «достоверности и полноты» и «актуальности и своевременности». Так, например, невозможно однозначно определить содержание принципа «актуальность». С одной стороны его можно толковать как своевременность, но принцип «своевременность» присутствует, как и принцип «достоверность». В этой связи полагаем «актуальность» в качестве принципа обеспечения доступа к информации лишней. Также предлагаем уточнить принципы в целях исключения искажения их толкования, принцип «достоверности и полноты» определить как **«достоверности и полноты информации»**, а принцип «актуальности и своевременности», как принцип **«своевременности предоставления информации»**.

4. Статья 10 Закона предусматривает следующие способы обеспечения доступа к информации:

предоставление информации по запросу;

размещение информации в помещениях, занимаемых обладателями информации, и в иных отведенных для этих целей местах;

обеспечение доступа на заседания коллегий государственных органов в соответствии с законодательством Республики Казахстан и **онлайн-трансляцией открытых заседаний Палат Парламента**, в том числе совместных, **местных представительных органов** области, города республиканского значения, столицы и **коллегий государственных органов**, проводимых по итогам года, на интернет-ресурсах;

заслушивание и **обсуждение отчетов руководителей** центральных исполнительных органов (за исключением Министерства обороны Республики Казахстан), **акимов и руководителей** национальных высших учебных заведений;

размещение информации в средствах массовой информации;

размещение информации на интернет-ресурсе обладателя информации;

размещение информации на соответствующих компонентах веб-портала «электронного правительства»;

иные способы, не запрещенные законодательством.

В свою очередь доступ к информации может быть обеспечен через предоставление доступа на заседания комиссий, советов и иных консультативно-совещательных органов, которые образуются при Правительстве и госорганах.

Согласно подпункту 5) статьи 6 Федерального закона РФ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» одним из способов обеспечения доступа к информации является **присутствие граждан (физических лиц), в том числе представителей организаций (юридических лиц), общественных объединений, государственных органов и органов местного самоуправления, на заседаниях коллегиальных государственных органов и коллегиальных органов местного самоуправления, а также на заседаниях коллегиальных органов государственных органов и коллегиальных органов органов местного самоуправления.**

Таким образом, рекомендуем дополнить статью 10 аналогичным способом обеспечения доступа к информации.

Показатель 9. 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 содержит достаточное количество норм, которые имеют бланкетную (отсылочную) природу, в частности, следующие:

статья 13 указывает: «... Доступ пользователей информации к открытым заседаниям обеспечивается в соответствии с **законодательством Республики Казахстан**»;

статья 14 – «... Порядок проведения отчетных встреч определяется **законодательством Республики Казахстан**»;

статья 15 – «Размещение информации в средствах массовой информации осуществляется в соответствии с **законодательством Республики Казахстан**»;

подпункт 10) пункта 3 статьи 16 – «Обладатели информации в пределах своей компетенции обязаны размещать на интернет-ресурсах образцы заявлений и запросов, принимаемых обладателем информации к рассмотрению в соответствии с **законами и иными нормативными правовыми актами Республики Казахстан**»;

пункт 16 статьи 16 – «Бесплатный доступ к нормативным правовым актам через интернет обеспечивается также посредством веб-портала «электронного правительства» в соответствии с **законодательством Республики Казахстан**»;

пункт 4 статьи 17 «...Размещение информации на интернет-портале открытых нормативных правовых актов осуществляется в соответствии с **законодательством Республики Казахстан**».

Методологически общественная опасность таких бланкетных норм заключается в том, что принимаемые в реализацию Закона подобные нормы искажают смысл и содержание нормативного правового акта. Это, в свою очередь, существенно повышает коррупционные риски и, как правило, снижает уровень доверия граждан к законодательству. Таким образом, необходимо определить с помощью современной правовой терминологии, которая была обновлена и уже используется во всех действующих нормативных правовых актах (в том числе, принятых в рамках Плана Нации – 100 конкретных шагов) актуализировать подзаконные нормативные правовые акты.

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

В анализируемом Законе коррупциогенные факторы отсутствуют.

Показатель 11. Наличие иных недостатков

Согласно подпункту 2) статьи 1 Закона доступ к информации – это гарантированное государством, закрепленное в Конституции и законах Республики Казахстан право каждого свободно получать и распространять информацию любым не запрещенным законом способом.

Однако определение понятия «доступ к информации», закрепленное в подпункте 3) пункта 3 Правил сопровождения и доступа к информационным системам и базам данных, утвержденных приказом Министра здравоохранения и социального развития Республики Казахстан от 28 января 2016 года № 63, имеет следующее содержание: «доступ к информации – **ознакомление с информацией, ее обработка, в частности, копирование, модификация или уничтожение информации**».

Таким образом, определение термина «доступ к информации» значительно отличается от определения, установленного Законом. Во избежание двойного толкования в правоприменительной практике рекомендуем при проведении правового мониторинга подзаконных актов обратить внимание на определение термина «доступ к информации».

СПРАВКА
по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан
от 10 марта 2004 года № 533
«Об обязательном страховании в растениеводстве»

Показатель 1. Общая информация:

Название Закона: «Об обязательном страховании в растениеводстве»
(далее - Закон).

1.1. Предмет правового регулирования

Закон регулирует общественные отношения, возникающие в области обязательного страхования в растениеводстве, и устанавливает правовые, финансовые и организационные основы его проведения.

1.2. Отрасль законодательства

Согласно постановлению Правительства РК от 26 декабря 2002 года №1378 «О Классификации отраслей законодательства Республики Казахстан» анализируемый Закон относится к отрасли законодательства - «страховое дело» под шифром 090.008.000.

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства

Послание Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» определяет одним из приоритетных направлений агропромышленный комплекс Казахстана. Четвертое направление данного послания посвящено вопросам агропромышленного комплекса, в частности указано, что аграрный сектор должен стать новым драйвером экономики.¹⁸²

Более того, Глава государства отметил возможность становления Казахстана одним из крупнейших в мире производителей аграрной экспортной продукции, особенно по производству зерна на всем евразийском континенте, и необходимость обеспечения перехода от сырьевого производства к выпуску качественной, переработанной продукции.

В целях реализации вышеизложенного Президентом были поставлены Правительству и акимам следующие задачи:

«во-первых, необходимо пересмотреть принципы выделения субсидий и постепенно переходить на **страхование** продукции;

во-вторых, в течение 5 лет нужно создать все условия для объединения более 500 тысяч домашних хозяйств и малых фермерств в кооперативы;

в-третьих, необходимо повысить уровень переработки продукции, создать эффективную систему хранения, транспортировки и сбыта товаров;

в-четвертых, следует повысить уровень производительности труда и снизить производственные расходы;

¹⁸²Послание Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева народу Казахстана от 31 января 2017 года «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» // Электронный ресурс: официальный сайт Президента Республики Казахстан // http://www.akorda.kz/ru/addresses/addresses_of_president/poslanie-prezidenta-respubliki-kazahstan-nnazarbaeva-narodu-kazahstana-31-yanvary-2017-g

в-пятых, мы должны повысить эффективность использования земли. В течение 5 лет необходимо увеличить площадь орошаемых земель на 40%, тем самым довести до 2 миллионов гектаров;

в-шестых, следует увеличить объем инвестиций в аграрные научные исследования, которые будут востребованы на производстве».¹⁸³

Таким образом, можно сделать вывод о том, что роль страхования в растениеводстве является приоритетным направлением для построения конкурентоспособного рынка агропромышленных продуктов.

В этой связи полагаем, что анализируемый закон соответствует стратегическим целям государства.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Анализируемый Закон не содержит норм, противоречащих нормам Конституции Республики Казахстан.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

В целях развития растениеводства и обеспечения соответствия сферы растениеводства международным стандартам, а также приобретения положительного опыта разных стран, Казахстан становится участником разных международных документов.

Республикой Казахстан заключены соглашения о сотрудничестве в области сельского хозяйства с такими странами как Армения, Израиль, Польша. Сотрудничество между сторонами охватывает не только сферу растениеводства, но и животноводства, аграрной науки, ветеринарии, защиты и карантина растений и другое.

Также в целях развития сельского хозяйства Законом Республики Казахстан от 14 декабря 2005 года № 99 было ратифицировано Соглашение о займе (Второй постприватизационный проект поддержки сельского хозяйства) с Международным банком реконструкции и развития.

В рамках данного соглашения, частью «А» Приложения 2 предусмотрено «создание национальной сети частных консультантов в сельской местности, которые будут оказывать помощь Бенефициарам по таким вопросам, как: (i) подготовка бизнес планов и оценка, хозяйственное управление, анализ затрат и финансового состояния, управление рисками; (ii) сравнительный анализ разных финансовых возможностей, включая традиционные кредиты, лизинг и структурное финансирование, методики оценки залога, а также некредитные финансовые продукты, например, инструменты управления производственным и ценовым риском; и (iii) анализ нормативно-правовой базы, включая модельные договоры по лизингу и

¹⁸³ Там же.

структурному финансированию и правовые требования по **страхованию в растениеводстве**.¹⁸⁴

Частью «В» Приложения 2 охватывается «управление сельскохозяйственным риском. Это - обеспечение технического содействия в области управления производственным риском посредством: (а) модернизации метеорологической инфраструктуры; (б) подготовки агрометеорологов по вопросам погодных факторов по зонам и конкретным культурам, и проведения семинаров для Бенефициаров по механизмам проведения программы **страхования в растениеводстве**; и (с) выполнения анализа риска возделывания сельскохозяйственных культур, включая оценку проведения программы страхования в растениеводстве и ее фискальных последствий, организацию финансирования и нормативно-правовой базы».¹⁸⁵

Таким образом, можно сделать вывод о том, что анализируемый Закон не противоречит международным обязательствам Республики Казахстан.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан

Анализируемый Закон не противоречит нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан

Согласно подпункту 4) статьи 5-1 Закона *местный исполнительный орган области, города республиканского значения и столицы* в целях осуществления государственного контроля **составляет протоколы об административных правонарушениях и налагает административные взыскания** в соответствии с Кодексом Республики Казахстан об административных правонарушениях (*далее – КоАП РК*).

Вместе с тем, пунктом 2 статьи 717 КоАП РК установлено, что правом **рассматривать дела об административных правонарушениях и налагать административные взыскания** обладают *руководители уполномоченного государственного органа в области растениеводства и его заместитель, руководитель территориальных органов и их заместители*.

Из вышеуказанного следует, что местный исполнительный орган области, города республиканского значения и столицы не сможет реализовать свое право на наложение административного взыскания, предусмотренного анализируемым Законом, так как в соответствии с КоАП РК оно отнесено в компетенцию уполномоченного органа в области растениеводства.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что подпункт 4) статьи 5-1 Закона необходимо привести в соответствие с пунктом 2 статьи 717 КоАП РК путем закрепления права рассмотрения дел об административных правонарушениях и наложения административных взысканий за уполномоченным органом.

¹⁸⁴ Соглашения о займе (Второй постприватизационный проект поддержки сельского хозяйства) между Республикой Казахстан и Международным банком реконструкции и развития ратифицированный Законом РК от 14 декабря 2005 года N 99 // <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z050000099>

¹⁸⁵ Там же.

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

1. В соответствии с подпунктом 3) статьи 1 Закона РК от 5 июля 2006 года № 163 «О взаимном страховании» общество взаимного страхования (*далее - ОВС*) – это юридическое лицо, созданное в организационно-правовой форме потребительского кооператива в целях осуществления взаимного страхования имущественных интересов своих членов. Далее, согласно пункту 1 статьи 13 данного Закона деятельность по взаимному страхованию **не подлежит лицензированию**.

Более того, в силу пункта 2 статьи 13 Закона РК «О взаимном страховании» ОВС не вправе осуществлять деятельность по страхованию гражданско-правовой ответственности, а также по видам обязательного страхования, **за исключением обязательного страхования в растениеводстве**.

Из вышеизложенного следует, что ОВС наделено правом осуществлять обязательное страхование в растениеводстве. Однако необходимо отметить, что к ОВС не установлено требование по обязательному получению лицензии на деятельность по взаимному страхованию, что противоречит требованиям норм анализируемого Закона.

Так, пунктом 17 статьи 1 анализируемого Закона установлено, что страховщик – это юридическое лицо, **получившее лицензию** на право осуществления обязательного страхования в растениеводстве в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан. Данное означает, что обязательное страхование в растениеводстве осуществляет юридическое лицо, которое **в обязательном порядке** получило **лицензию** на данный вид страхования.

Между тем, подпунктом 24) статьи 3 Закона РК от 18 декабря 2000 года №126-ІІ «О страховой деятельности» определено, что страховая организация – это юридическое лицо, осуществляющее деятельность по заключению и исполнению договоров страхования на основании соответствующей **лицензии** уполномоченного органа.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что для осуществления страховой деятельности в области растениеводства необходима **лицензия**, выданная уполномоченным органом.

В этой связи считаем необходимым устранение противоречия, возникающего между пунктом 17 статьи 1 Закона и подпунктом 3) статьи 1 Закона РК «О взаимном страховании», путем исключения из подпункта 2) пункта 2 статьи 13 Закона РК «О взаимном страховании» выражения **«за исключением обязательного страхования в растениеводстве»**.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

В анализируемом Законе наличие устаревших норм закона *не выявлено*.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

1. Согласно подпункту 1 статьи 1 Закона агент – это созданное по решению Правительства Республики Казахстан акционерное общество, входящее в состав национального управляющего холдинга в сфере агропромышленного комплекса, единственным акционером которого является государство.

Пункт 1 статьи 12 Закона гласит, что государственная поддержка обязательного страхования в растениеводстве осуществляется путем выделения бюджетных средств, определяемых законом о республиканском бюджете на соответствующий финансовый год, *уполномоченному государственному органу* в области растениеводства *для возмещения пятидесяти процентов страховых выплат* страховщикам и обществам по страховым случаям, возникшим в результате неблагоприятных природных явлений, **и для оплаты услуг агента.**

В ходе анализа вышеуказанных норм возникает вопрос о **компетенции агента** при осуществлении уполномоченным органом государственной поддержки обязательного страхования в растениеводстве.

Подпунктом 2 статьи 16 Закона предусмотрены обязанности агента, одной из которых является *обязанность по возмещению страховщику, обществу части произведенной страховой выплаты.*

Однако в Законе не указаны обстоятельства, в результате которых агент получает средства для возмещения страховой выплаты. Путем толкования статьи 12, где указано, что уполномоченный орган получает с бюджета средства для возмещения пятидесяти процентов страховых выплат страховщикам и обществам по страховым случаям, возникшим в результате неблагоприятных природных явлений, можно сделать вывод о том, что агент получает средства от уполномоченного органа.

Вместе с тем, в Законе ни в компетенции уполномоченного органа, ни в обязанностях точно не указан тот факт, что уполномоченный орган обязан передать полученные средства агенту, а агент получить их и реализовать.

На основании вышеизложенного, предлагаем в анализируемом Законе закрепить норму о передаче **уполномоченным органом агенту** средств по возмещению пятидесяти процентов страховых выплат страховщикам и обществам по страховым случаям, возникшим в результате неблагоприятных природных явлений». Также необходимо установить порядок и сроки передачи указанных бюджетных средств.

Вышеизложенные положения необходимо отразить в статьях 5 и 12 анализируемого Закона, регулирующие государственный контроль и надзор в сфере обязательного страхования в растениеводстве и государственную поддержку обязательного страхования в растениеводстве соответственно.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Подпунктом 2 пункта 2-1 статьи 5 анализируемого Закона установлено, что **местный исполнительный орган** области, города республиканского значения и столицы *осуществляет контроль за деятельностью агента*, общества взаимного страхования, соблюдением ими законодательства Республики Казахстан об обязательном страховании в растениеводстве.

Вместе с тем, данная компетенция местного исполнительного органа области, города республиканского значения и столицы также предусмотрена в пункте 5 статьи 16 Закона, которая гласит, что *контроль за деятельностью агента осуществляют местные исполнительные органы* областей, городов республиканского значения и столицы, уполномоченные государственные органы в соответствии в законодательством Республики Казахстан. Данное свидетельствует о том, что в названных пунктах Закона имеется дублирование норм, что является недопустимым.

Таким образом, в целях недопущения дублирования норм Закона предлагаем исключить пункт 5 из статьи 16 анализируемого Закона.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. В соответствии с пунктом 4 статьи 17 анализируемого Закона договор обязательного страхования прекращает свое действие в случае истечения срока действия договора и осуществления страховой выплаты по всем страховым случаям, имевшим место в течение срока действия договора. Однако договор обязательного страхования может быть расторгнут досрочно в случаях, установленных Гражданским кодексом Республики Казахстан (*пункт 5 статьи 17 Закона*).

Так, согласно подпункту 6) пункта 1 статьи 841 Гражданского кодекса вступление в законную силу решения суда о принудительной ликвидации страховщика является основанием досрочного расторжения договора обязательного страхования.

Далее, статьей 842 Гражданского кодекса установлены последствия досрочного прекращения договора страхования. Таким образом, при досрочном прекращении договора ненакопительного страхования по обстоятельствам, предусмотренным в пункте 1 статьи 841 Гражданского кодекса, страховщик имеет право на часть страховой премии пропорционально времени, в течение которого действовало страхование. Возврат страховых премий (взносов) при ликвидации страховщика осуществляется в соответствии с **очередностью удовлетворения требований кредиторов**, установленной законодательством Республики Казахстан о страховании и страховой деятельности.

Из вышеизложенного следует, что при ликвидации страховщика по решению суда, страховые премии (взносы) будут возвращены страхователю частично. Более того, чтобы получить часть страховых премий (взносов) страхователь, во-первых, будет вынужден ждать завершения непосредственно самого банкротного производства, во-вторых, свою очередь согласно очередности удовлетворения требований кредиторов.

Однако, в случае ликвидации страховщика по решению суда, страхователю необходимо заключить новый договор страхования на оставшийся срок посевного сезона, что требует дополнительных затрат со стороны страхователя.

Полагаем, что указанный механизм по возврату страховых премий (взносов) затрудняет положение страхователя.

В этой связи предлагаем в анализируемом Законе предусмотреть гарантии о возврате страховых премий (взносов) страхователю, в случае ликвидации страховщика по решению суда. По нашему мнению, механизм гарантирования целесообразно отразить следующим способом:

- обязать страховщиков вступать в ОВС. Далее в случае вынесения судом решения о ликвидации страховщика, обязать ОВС в течение 10 (дести) рабочих дней осуществить возврат страховых премий (взносов) пропорционально времени, в течение которого действовало страхование.

2. В соответствии с пунктом 3 статьи 8 анализируемого Закона при несвоевременной уплате очередной суммы страховой премии на условиях уплаты страховой премии в рассрочку, установленных договором обязательного страхования, **страхователь обязан оплатить страховщику неустойку** в порядке и размере, установленных гражданским законодательством Республики Казахстан.

Однако полагаем, что положения о неустойках (*случаи установления неустоек, размер, сроки выплаты*) должны определяться непосредственно в договоре страхования, а не Законом. Более того, установление в нормах Закона обязательства страхователя по оплате страховщику неустойки является ухудшением положения страхователя. Данное предположение обосновано тем, что в нормах анализируемого Закона не было обнаружено установление ответственности страховщику, имеется только статья 19, которая устанавливает ответственность за нарушение законодательства Республики Казахстан об обязательном страховании в растениеводстве как страхователю, так и страховщику.

Вместе с тем, в анализируемом Законе страховщику установлены следующие обязательства, выполнение которых является особо важным для страхователя:

- в случае частичной потери урожая продукции растениеводства страховая выплата производится не ранее одного месяца, но не позднее трех месяцев со дня окончания уборки урожая (*пункт 5 статьи 9 Закона*);

- в случае полной гибели посевов страховщик обязан осуществить страховые выплаты страхователю в полном объеме в течение десяти рабочих дней с момента получения страховщиком документов, предусмотренных пунктом 2 статьи 10 Закона (*пункт 6 статьи 9 Закона*).

Однако за невыполнение вышеуказанных обязательств страховщиком ни Законом, ни КоАП РК ответственность не предусмотрена.

В этой связи полагаем, что в целях обеспечения надлежащего исполнения страховщиком обязательств, указанных в пунктах 5, 6 статьи 9

анализируемого Закона, необходимо установить ответственность в Законе. Ответственность может быть в виде неустойки аналогично пункту 3 статьи 8 Закона.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

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

1. Согласно статье 8 Закона установлены минимальные и максимальные тарифы по группам культур. Как правило, на практике сумма страховых премий рассчитывается по минимальному страховому тарифу, что не позволяет сформировать достаточный резерв для осуществления страховых выплат и ведет к финансовой неустойчивости страховых компаний при наступлении страховых случаев.

Страхование от всей группы рисков, причем **по единым тарифам** независимо от регионов, фактически заставляет хозяйства направлять значительную часть средства на страхование тех рисков, которые не представляют для них серьезной угрозы. В этих условиях выплаты страховым компаниям в качестве страховых премий становятся для хозяйств дополнительным видом налога (*ст.8 Закона*).

В свою очередь обширная территория Казахстана характеризуется природно-климатическими условиями и соответственно разными рисками в хозяйствах, расположенных в разных регионах. К примеру, на юге Казахстана, где существует ирригационная система, засуха не имеет таких катастрофических последствий, как в северных областях страны, где имеет место богарное земледелие.

Более того, необходимо отметить, что размер страховых тарифов на зерновые культуры установлен в соответствии с группами областей. Так, в ходе анализа размеров страховых тарифов было выявлено, что в регионах, которые являются главными производителями зерновых культур, страховой тариф установлен меньше, нежели в регионах, где зерновые культуры выращиваются реже. Полагаем, что указанное является несоразмерным и нецелесообразным. В целях сохранения производства зерновых культур необходимо установление соразмерного страхового тарифа.

Также необходимо отметить, что в статье 8 анализируемого Закона установлены минимальные и максимальные размеры страховых выплат. Однако Законом не определены случаи, при которых должен быть использован минимальный или максимальный размер страховых выплат, то есть выбор размера остается за комиссией. Полагаем, что оставление выбора

размера тарифа страховой выплаты за комиссией является коррупционным фактором.

В этой связи предлагаем установить определенный размер тарифа страховой выплаты, или указать в Законе конкретные случаи, при которых должен быть установлен минимальный или максимальный размер страховой выплаты.

2. В соответствии с пунктом 2 статьи 12 анализируемого Закона остатки средств на текущем счете агента в Национальном Банке, числящиеся на конец финансового года, *не подлежат возврату уполномоченному государственному органу* в области растениеводства и соответственно в бюджет.

Вместе с тем, статья 16 Закона не устанавливает нормы по *обязанности агента представлять финансовый отчет* уполномоченному органу за отчетный период по использованию бюджетных средств.

Необходимо отметить, что данные средства выделяется государством в целях возмещения части страховых выплат страховщикам. Однако анализ вышеизложенных норм указывает на возможность использования агентом бюджетных средств в иных целях. Это связано с тем, что агент не обязан сдавать отчет о реализации бюджетных средств в уполномоченный орган и, более того, возникает вопрос о том, в каких целях и для чего могут быть использованы остатки средств на текущем счете агента.

В этой связи предлагаем в статью 16 анализируемого Закона, регулирующий обязанности агента, включить норму о сдаче в уполномоченный орган финансовой отчетности об использовании бюджетных средств. Также необходимо точно указать в Законе, в каких целях и для реализации чего будет использован остаток на счете, который не возвращается в уполномоченный орган и соответственно в бюджет.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона

Наличие иных недостатков закона *не обнаружено*.

СПРАВКА
по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан
от 14 июля 1997 года № 155-І
«О нотариате»

Показатель 1. Общая информация о Законе:

Название Закона: «О нотариате» (далее - Закон).

1.1. Предмет правового регулирования:

Закон определяет организационные и правовые основы деятельности нотариата, правовое положение нотариусов, нотариальной палаты, контроль за деятельностью нотариуса, нотариальные действия и правила их совершения, в том числе основные правила совершения нотариальных сделок, удостоверение сделок, удостоверение фактов, выдача свидетельств о праве на наследство и другие.

1.2. Отрасль законодательства:

Согласно постановлению Правительства Республики Казахстан от 26 декабря 2002 года № 1378 «О Классификации отраслей законодательства Республики Казахстан» анализируемый Закон относится к отрасли законодательства *о нотариате под шифром 020.017.000.*

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства.

1. *Послание Президента Республики Казахстан народу Казахстана от 14 декабря 2012 года «Стратегия «Казахстан – 2050»: новый политический курс состоявшегося государства».* Вопрос нотариата не определен в качестве приоритетного направления в Стратегии «Казахстан - 2050».

2. *Стратегическому плану Органа-Разработчика:*

В настоящее время действует приказ Министра юстиции Республики Казахстан от 17 марта 2016 года № 128 «Стратегический план Министерства юстиции Республики Казахстан на 2014–2018 годы», который включает вопросы усиления защиты права собственности, гарантирования защиты договорных обязательств и ужесточению ответственности за их нарушение проработаны поправки в действующее законодательство **в части исключения альтернативы по электронной регистрации недвижимости на основании нотариальных сделок.**

Справочно:

Ранее в Постановлении Правительства Республики Казахстан от 30 декабря 2013 года № 1439 «О Стратегическом плане Министерства юстиции Республики Казахстан на 2014 - 2018 годы», утратившим силу постановлением Правительства Республики Казахстан от 10 апреля 2015 года № 223, была отведена немаловажная роль **институту нотариата** в целях реализации поставленных Президентом Республики Казахстан задач по дальнейшему укреплению

государственности и развития казахстанской демократии. Это связано с тем, что именно он является эффективным элементом регулирования рыночных отношений и способен надлежаще реализовать гарантируемые Конституцией права на предоставление квалифицированной юридической помощи.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

а) соответствие закона пункту 3 статьи 61 Конституции о праве Парламента издавать законы, которые регулируют важнейшие общественные отношения, устанавливают основополагающие принципы и нормы;

б) соответствие закона требованию о том, что ни в каких случаях не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные статьями 10, 11, 13-15, пунктом 1 статьи 16, статьей 17, статьей 19, статьей 22, пунктом 2 статьи 26 Конституции;

в) отсутствие в законе норм, противоречащих положению пункта 1 статьи 1 Конституции о том, что Республика Казахстан утверждает себя правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы;

г) отсутствие в законе норм, содержащих необоснованные ограничения прав граждан и противоречащих положениям Конституции, которые касаются прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц;

д) отсутствие в законе какого-либо искажения смысла норм и положений Конституции Республики Казахстан.

Закон соответствует нормам Конституции Республики Казахстан вышеперечисленных пунктов.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан.

Анализируемый Закон *соответствует* международным обязательствам Республики Казахстан.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

Анализируемый Закон *не противоречит* нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан.

Закон *не противоречит* нормам кодексов Республики Казахстан.

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

1. В ходе анализа было выявлено *противоречие прав и ограничений в деятельности нотариуса*. Так, пункт 2 статьи 17 Закона предоставляет

право нотариусу составлять проекты сделок, заявлений и других документов, но при этом пункт 2 статьи 19 Закона предусматривает ограничения деятельности нотариуса, в частности – это оказывать посреднические услуги при заключении, изменении и расторжении договора. Таким образом, нотариусы не вправе составить проект сделки, заявления и других документов, если не совершают нотариальное действие, даже если стороны в целях экономии, хотят, например, заключить сделку и выбирают простую письменную форму. Это равнозначно тому, что адвокат не вправе составить исковое заявление в суд, если он в дальнейшем не принимает участие в суде.

Вместе с тем полагаем, что пункт 2 статьи 19 Закона толкуется следующим образом.

В действующем законодательстве отсутствует понятие «посреднические услуги». Однако в подпункте 27) статьи 2 Закона РК «О трансфертном ценообразовании» имеется понятие трейдера. Это лицо, осуществляющее посреднические функции при купле-продаже товаров, выполнении работ, оказании услуг самостоятельно и (или) по поручению участника сделки. Отсюда можно сделать вывод о том, что посреднические услуги связаны с представлением интересов одной из сторон сделки.

В случае, связанным с посредническими услугами нотариуса, полагаем, что законодатель подразумевает оказание нотариусом посреднических услуг при заключении, изменении и расторжении договора путем представления интересов одной из сторон. Тогда как нотариус должен быть независимым при осуществлении услуг по удостоверению сделок.

Однако действующая редакция пункта 2 статьи 19 Закона образует противоречие с пунктом 2 статьи 17 Закона, так как может толковаться как общий запрет для нотариуса на составление проектов договоров.

В этой связи, полагаем необходимым *изменить редакцию пункта 2 статьи 19 Закона* путем конкретизации понятия посреднических услуг, раскрывая понятия данного термина, либо в следующей редакции:

«представлять интересы одной из сторон сделки при заключении, изменении и расторжении договора».

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

Наличие устаревших норм Закона *не обнаружено*.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

1. Статья 36 анализируемого Закона посвящена перечню нотариальных действий, совершаемых *лицами, осуществляющими консульские функции (далее – консулы)*. В пункте 1 статьи 36 Закона перечислены нотариальные действия и пунктом 2 статьи 36 установлено, что законодательными актами Республики Казахстан могут быть предусмотрены иные нотариальные действия, совершаемые должностным лицом, осуществляющим консульские функции.

На практике у граждан вызывает большой интерес вопрос отнесения удостоверения доверенностей в число нотариальных действий, совершаемых консулами. Это подтверждается **количеством обращений**, поступивших в Министерство юстиции РК по данному вопросу. Проблема связана с тем, что в перечне нотариальных действий, совершаемых консулами, **прямо не предусмотрено** нотариальное действие по удостоверению доверенностей, что вызывает огромный интерес в обществе.

Ответами Министра юстиции РК (от 21 ноября 2013 года №12090, от 11 июня 2014 № 15164, от 3 декабря 2014 №17688, от 1 октября 2015 года №22437, от 14 февраля 2017 года №3897)¹⁸⁶ на обращения граждан по вышеуказанному вопросу было обозначено, что в компетенцию консула Республики Казахстан не входит выдача доверенности.

Однако в ответе Министра юстиции РК от 1 марта 2017 года на вопрос от 23 февраля 2017 года № 4215 Министерством юстиции *вопрос об удостоверении доверенностей консулами был разрешен иначе*. Так, В соответствии с пунктом 1 статьи 148 Гражданского кодекса (далее – ГК РК) сделки подразделяются на односторонние и двух - или многосторонние (договоры). Пунктом 2 данной статьи определено, что односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законодательством или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны.

Также согласно пункту 1 статьи 167 ГК РК доверенностью признается письменное уполномочие одного лица (доверителя) для представительства от его имени, выдаваемое им другому лицу (поверенному).

Таким образом, доверенность *является односторонней сделкой*, фиксирующая содержание и пределы полномочий доверенного, действия которого на основе доверенности создают права и обязанности непосредственно для доверителя.

Согласно подпункту 3 пункта 2 статьи 1 анализируемого Закона правом совершать нотариальные действия в случаях и пределах, установленных настоящим Законом, обладают лица, исполняющие консульские функции от имени Республики Казахстан. Должностное лицо при осуществлении консульских функций руководствуется статьей 36 Закона, где четко регламентирован перечень их действий. Одной из функций, которой является удостоверение сделки, кроме договоров об отчуждении недвижимого имущества, находящегося на территории Республики Казахстан.

Таким образом, в ответе Министра юстиции РК от 1 марта 2017 года на вопрос от 23 февраля 2017 года № 4215 было указано, что «должностные лица, осуществляющие консульские функции *вправе удостоверять гражданам Республики Казахстан доверенность*»¹⁸⁷.

На основании вышеизложенного, полагаем, что в анализируемом Законе **необходимо включить** в перечень нотариальных действий, совершаемых

¹⁸⁶ www.adilet.gov.kz

¹⁸⁷ https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34352148#pos=1;-169

лицами, осуществляющими консульские функции, **нотариальное действие по удостоверению доверенностей.**

2. В соответствии с пунктом 1 статьи 6 анализируемого Закона *нотариусом может быть гражданин Республики Казахстан, достигший возраста двадцати пяти лет, имеющий высшее юридическое образование, стаж работы по юридической специальности не менее двух лет, прошедший стажировку у нотариуса сроком не менее одного года, аттестацию в аттестационной комиссии юстиции и получивший лицензию на право занятия нотариальной деятельностью, если иное не предусмотрено настоящим Законом.*

Полагаем, что в данном случае требования к гражданам, изъявившим стать нотариусом, занижены. Презумпция знания права определяет повышенные требования к уровню квалификации нотариуса, поскольку нотариальная деятельность исключительно индивидуальна и требует высоких интеллектуальных, психологических (постоянная работа с разными людьми) затрат, высокого уровня личностного развития. Замечание, связанное со знаниями возрастной психологии, считаем уместным, так как к 25 годам личность человека еще не сформируется полностью (*речь не о зрелости, а о ценностях, о возможности противостоять соблазну, формировании собственных принципов и т.д.*). Таким образом, в целях повышения квалификации нотариусов необходимо установить особенный высокий уровень к профессии нотариуса, путем законодательного закрепления повышенного квалификационного требования к нотариусу и усиления подготовки и допуска лиц к занятию нотариальной деятельностью.

Справочно:

Во Франции претендент должен иметь степень магистра, пройти двухгодичную стажировку у нотариуса, также обязательно необходимо наличие у претендента минимум полгода стажировки у различных специалистов и приветствуется стажировка за рубежом.

В Германии нотариус занимается подготовкой и удостоверением документов, обладающих большей доказательственной силой, нежели документы, подписанные частными лицами. Для занятия должности нотариуса гражданин Германии (претендент) должен отвечать следующим требованиям:

- наличие академической подготовки;
- наличие университетского диплома;
- успешное окончание подготовительных курсов с двумя сданными квалификационными экзаменами;
- наличие трехлетнего опыта в качестве нотариуса-ассессора.

«Современная система нотариата в Германии также является результатом длительного развития»¹⁸⁸.

Более того, в соответствии с принципами международного союза латинского нотариата (*далее - МСЛН*) нотариус обязан:

а) быть достаточно квалифицированным юристом, чтобы иметь право удостоверять сделки и консультировать лиц, обращающихся к ним;

¹⁸⁸ Сумин А.М. Правовое регулирование нотариата в Германии // Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. 1998. № 1. С. 113 - 114.

- б) независимо выполнять государственные функции;
- в) выполнять свои функции беспристрастно;
- г) обеспечивать хранение актов, которые были составлены и удостоверены им, а также выдавать удостоверенные копии, имеющие одинаковую юридическую силу с подлинниками;
- д) при исполнении своих функций нести персональную ответственность, в том числе и всем своим имуществом, за ущерб, причиненный им какому-либо лицу;
- е) осуществлять свою деятельность в рамках территорий, определяемых законом;
- ж) обязательно входить в состав коллегиального органа, создаваемого на корпоративных началах - нотариальную палату;
- з) соблюдать законы своей страны и правила этики, установленные нотариальной палатой.

Современная модель латинского нотариата была создана французским Законом о принципах организации нотариата в 1803 «Закон, содержащий организацию нотариата» (далее - Закон вантоза). Закон вантоза устранил различные категории лиц, правомочных составлять официальные документы, и ввел категорию должностного лица нотариус (*fonctionnaires publics*). При представлении Закона вантоза в Государственном совете Франции в 1803 г. была подчеркнута значимость нотариусов следующим образом: «нотариусы, будучи незаинтересованными советниками сторон и беспристрастными выразителями их воли, ставят стороны в известность о значении договорных обязательств, в которые они вступают, ясно выражая их содержание, придают им характер аутентичного акта и силу судебного решения, не подлежащего обжалованию, сохраняя память о них навечно и верно, препятствуют возникновению конфликтов между добросовестными людьми и лишают людей алчных, рассчитывающих на успех, желания возбуждения несправедливого притязания»¹⁸⁹.

На основании изложенного, полагаем целесообразным **установить возраст нотариусов 30 лет, стаж работы по юридической специальности должен быть не менее 5 лет, наличие стажировки у нотариуса не менее двух лет, кроме этого должна быть обязательная полугодовая стажировка у различных специалистов.**

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Наличие дублирующих норм Закона *не выявлено*.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. В анализируемом Законе отсутствует единый понятийно-терминологический аппарат. Понятия раскрываются непосредственно внутри самих статей.

¹⁸⁹ Пиепу Ж.-Ф., Ягр Ж. Профессиональное нотариальное право. 4-е изд. / Пер. с фр. И.Г. Медведева. М., 2001. С. 36.

Согласно пункту 7 статьи 23 Закона РК от 6 апреля 2016 года №480-V «О правовых актах» при необходимости уточнения терминов и определений, используемых в нормативном правовом акте, в нем помещается статья (пункт), разъясняющая (разъясняющий) их смысл.

В этой связи полагаем необходимым в данном законе закрепить отдельную статью «Основные понятия, используемые в настоящем Законе» в целях уточнения терминов и определений. К примеру, следует объединить в одной статье следующие понятия:

1) пункт 1 статьи 1 Закона:

«Статья 1. Нотариат в Республике Казахстан

1. Нотариат в Республике Казахстан - это правовой институт по оказанию квалифицированной юридической помощи, обеспечивающий защиту прав и законных интересов физических, юридических лиц путем совершения нотариальных действий»;

2) абзац первый пункта 1 статьи 3 Закона:

«Статья 3. Нотариальная деятельность и ее гарантии

Нотариальная деятельность - это совершение нотариусом нотариальных действий, предусмотренных настоящим Законом и иными законодательными актами Республики Казахстан»;

3) статья 4-1 Закона:

«Статья 4-1. Единая нотариальная информационная система

Единая нотариальная информационная система - это аппаратно-программный комплекс, предназначенный для автоматизации нотариальной деятельности и взаимодействия органов юстиции и нотариальных палат»;

4) пункты 1 и 4 статьи 26 Закона:

«Статья 26. Нотариальная палата

1. Нотариальная палата является некоммерческой профессиональной самофинансируемой организацией, создаваемой для выражения и защиты прав и законных интересов нотариусов, занимающихся частной практикой, а также для осуществления контроля за соблюдением законодательства о нотариате при совершении нотариальных действий.

4. Республиканская нотариальная палата является некоммерческой профессиональной самофинансируемой организацией, объединяющей территориальные нотариальные палаты».

2. Согласно статье 43 анализируемого Закона при удостоверении сделок **выясняется дееспособность граждан и проверяется правоспособность юридических лиц**, участвующих в сделках на момент совершения нотариального действия. В случае совершения сделки представителями проверяются их полномочия.

Проверка дееспособности граждан в силу возраста определяется нотариусом на основании документа, удостоверяющего личность, однако проверка дееспособности граждан, которые могли быть назначены недееспособными или ограниченно дееспособными по решению суда,

является одним из самых неурегулированных вопросов в процессе нотариальной деятельности.

В настоящее время в соответствии с подпунктом 7) пункта 3 статьи 12 Закона РК от 22 декабря 2003 года № 510-II «О государственной правовой статистике и специальных учетах» уполномоченный орган (*Комитет по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры РК*) осуществляет ведение специального учета лиц, признанных судом недееспособными и ограниченно дееспособными.

В этой связи в целях обеспечения достоверности в деятельности нотариуса, также **надлежащего выполнения ими своих обязанностей**, предлагаем рассмотреть возможность интегрирования системы по учету лиц, признанных судом недееспособными и ограниченно дееспособными с Единой нотариальной информационной системой. После подготовки соответствующей технической основы необходимо будет закрепить в статье 43 анализируемого Закона норму о том, что дееспособность граждан проверяется нотариусом с помощью системы специального учета лиц, признанных судом недееспособными и ограниченно дееспособными.

3. Статьей 30-1 анализируемого Закона установлен размер ставок оплаты совершаемых нотариальных действий правового и технического характера при совершении нотариальных действий частным нотариусом. Данная норма устанавливает одинаковые тарифы независимо от экономических показателей развития региона (ВВП), динамики численности обслуживаемого населения и плотности населения в нотариальном округе.

Также в пункте 2 данной статьи установлено, что от оплаты услуг правового и технического характера при совершении нотариальных действий частным нотариусом освобождаются:

1) физические и юридические лица, самостоятельно изготовившие проект документа, подлежащего нотариальному удостоверению;

2) лица, указанные в подпунктах 4), 8) и 9) статьи 542 Налогового кодекса Республики Казахстан (*участники Великой Отечественной войны и приравненные к ним лица, лица, награжденные орденами и медалями бывшего Союза ССР за самоотверженный труд и безупречную воинскую службу в тылу в годы Великой Отечественной войны, лица, проработавшие (прослужившие) не менее шести месяцев с 22 июня 1941 года по 9 мая 1945 года и не награжденные орденами и медалями бывшего Союза ССР за самоотверженный труд и безупречную воинскую службу в тылу в годы Великой Отечественной войны, инвалиды, а также один из родителей инвалида с детства, многодетные матери, удостоенные звания «Мать-героиня», награжденные подвесками «Алтын алқа», «Күміс алқа, физические лица, страдающие хронической душевной болезнью, над которыми учреждена опека в установленном законодательством Республики Казахстан порядке*);

3) престарелые и инвалиды, проживающие в медико-социальных учреждениях для престарелых и инвалидов общего типа;

4) дети, оставшиеся без попечения родителей, и дети-сироты;

5) инвалиды 1 и 2 групп;

6) пенсионеры по возрасту.

В данном случае, хотелось бы обратить внимание на то, что нотариус,

занимающийся частной практикой, осуществляет свою деятельность за счет средств, получаемых при совершении нотариальных действий, и не имеет финансирования из государственного бюджета.

Таким образом, *льготы, предоставляемые гражданам, покрываются непосредственно из средств нотариуса.*

В этой связи необходимо согласиться с мнением о том, что при оказании нотариусами юридической помощи социально уязвимым слоям населения расходы, понесенные нотариусом, должны возмещаться за счет бюджетных средств по аналогии с возмещением расходов адвокатам за оказание бесплатной юридической помощи гарантированной государством¹⁹⁰.

4. Пунктом 1 статьи 24 анализируемого Закона установлено, что нотариус, в случае совершения им неправомерных действий, несет, в том числе, **дисциплинарную ответственность**. В пункте 2 статьи 24 Закона предусмотрено, что нотариус, занимающийся частной практикой, в случае нарушения своих профессиональных обязанностей и норм этики может быть привлечен к ответственности нотариальной палатой в соответствии с Кодексом чести нотариуса.

Однако *законодательно вопрос о дисциплинарной ответственности нотариуса не урегулирован.*

В настоящее время нотариусы, занимающиеся частной практикой, привлекаются к дисциплинарной ответственности на основании Кодекса чести нотариуса, утвержденного Республиканским Съездом частнопрактикующих нотариусов от 16 февраля 2001 года, с изменениями, внесенными решением Съезда представителей территориальных нотариальных палат от 27 апреля 2012 года. Кодекс чести нотариуса подробно в VI - VIII главах полностью урегулировал вопросы дисциплинарной ответственности.

Таким образом, привлечение нотариусов к дисциплинарной ответственности осуществляется на основании Кодекса чести нотариуса.

Вместе с тем *в адвокатском сообществе дисциплинарная ответственность адвокатов прямо предусмотрена в Законе РК «Об адвокатской деятельности», в Законе РК «О нотариате» подобная норма отсутствует.*

Необходимо отметить, что на практике территориальные органы юстиции нередко обращаются с представлениями в нотариальные палаты о необходимости привлечения нотариусов к дисциплинарной ответственности в соответствии с Кодексом чести. Это связано с тем, что территориальными органами юстиции после проведенных проверок обнаруживаются нарушения, за которые *не может быть применена мера наказания - приостановление лицензии*. Однако дисциплинарные взыскания, наложенные палатами, обжалуются нотариусами в судебном порядке, при этом взыскания

¹⁹⁰ Бельденбаев П.В. Что бы я поменял в законодательстве Казахстана, почему, и что даст стране? Правовая деятельность казахстанского нотариата: актуальные проблемы и пути их решения (<http://konkurs.zakon.kz/4616088-что-бы-я-поменял-в-законодательстве.html>).

палат судами нередко отменяются. Суды же свое решение обосновывают тем, что Кодекс чести не является документом нормативного характера и отсутствием статей о профессиональных нормах для нотариусов в Законе РК «О нотариате»¹⁹¹.

В этой связи, необходимо обратить внимание на международный опыт регулирования дисциплинарной ответственности.

Справочно:

Например, дисциплинарная ответственность нотариусов в Республике Беларусь закрепляется в Законе «О нотариате и нотариальной деятельности» в главе 8. В ней в частности определяются: меры дисциплинарных взысканий, порядок возбуждения и осуществления дисциплинарного производства, сроки применения дисциплинарных взысканий, порядок обжалования решения дисциплинарного органа. Дисциплинарное производство может быть возбуждено Белорусской нотариальной палатой, Министерством юстиции Республики Беларусь.

В Эстонии дисциплинарная ответственность нотариусов регулируется отдельным Законом «О дисциплинарной ответственности нотариусов».

В соответствии со статьей 17 Федерального закона «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» нотариус несет дисциплинарную ответственность за нарушения, предусмотренные Кодексом профессиональной этики нотариусов в Российской Федерации.

На основании изложенного предлагаем прямо предусмотреть в анализируемом Законе меры дисциплинарной ответственности нотариусов, определив дисциплинарные проступки, меры дисциплинарного воздействия и порядок наложения и снятия дисциплинарных взысканий.

5. Статья 19 анализируемого Закона устанавливает перечень ограничений деятельности нотариуса. Однако данный перечень **не включает запрет** по совершению нотариальных действий нотариусом **в отношении себя и аффилированных лиц**.

В решении данного вопроса интересен опыт Республики Беларусь. Так, в пункте 2 статьи 7 Закона Республики Беларусь от 18 июля 2004 года «О нотариате и нотариальной деятельности» определено, что «нотариусы, уполномоченные должностные лица не вправе совершать нотариальные действия на свое имя и от своего имени, на имя и от имени своего супруга (супруги), его (ее) и своих родственников (родителей, усыновителей (удочерителей), детей, в том числе усыновленных (удочеренных), родных братьев и сестер, деда, бабушки, внуков)»¹⁹².

Полагаем, что закрепление запрета на совершение нотариальных действий нотариусом в отношении себя, близких родственников и иных аффилированных лиц является необходимым. Данная необходимость связана с тем, что нотариус является субъектом финансового мониторинга и *осуществляет меры, по предотвращению противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию*

¹⁹¹ Светлана Шешеня. Привлечение нотариусов к дисциплинарной ответственности- практика, проблемы и правовое закрепление (<http://www.notariat.kz>).

¹⁹²http://www.gomeljust.by/zakon_respubliki_bielarus_ot_18_iiulia_2004_goda_o_notariate_i_notarialnoi_deiatelnosti.html

терроризма. Это выявление, оценка риска, идентификация участников финансовых операций, применение мер внутреннего контроля, включающее документальное фиксирование нотариусом финансовой операции, подлежащей особому контролю. Применяемые меры, осуществляемые нотариусами, способствуют эффективности национальной системы противодействия финансированию терроризма и защищают государственные интересы.

В этой связи предлагаем добавить подпункт 7) в пункт 1 статьи 19 анализируемого Закона в следующей редакции:

«нотариусы не вправе совершать нотариальные действия на свое имя и от своего имени, на имя и от имени своих близких родственников».

6. За период с 2014 года по 2016 год на Курсах повышения квалификации прошли обучение 304 нотариуса, на вебинарах – 1076¹⁹³.

Несмотря на имеющуюся положительную динамику в организации работы по повышению квалификации необходимо отметить, что предусмотренный на сегодняшний день механизм повышения квалификации нотариусов не совсем эффективен.

Одной из причин этого видится отсутствие законодательного закрепления обязанности нотариуса повышать свою квалификацию.

Справочно:

Обращаясь к опыту зарубежных стран, отметим, что, например, Закон Литовской Республики «О нотариате» предусматривает, что «нотариус обязан постоянно повышать свою квалификацию» (статья 4).

Закон Украины «О нотариате» в статье 5 закрепляет обязанность нотариуса постоянно повышать свой профессиональный уровень, а в случаях, если частный нотариус при совершении нотариальных действий неоднократно нарушал правила нотариального делопроизводства проходить повышение квалификации.

Статья 25 Закона Республики Беларусь «О нотариате и нотариальной деятельности» также предусматривает обязанность повышать профессиональную квалификацию.

С 2016 года статья 16 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате была дополнена частью 5 предусматривающей, что нотариус обязан не реже одного раза в четыре года повышать (в том числе с применением электронного обучения и дистанционных образовательных технологий) квалификацию в осуществляющей образовательную деятельность организации, образовательная программа которой аккредитована Федеральной нотариальной палатой.

При этом необходимо отметить, что в целях обеспечения качества курсов повышения квалификации нотариуса нотариальные палаты должны разработать правила, устанавливающие требования к лицам, которые будут непосредственно преподавать нотариусам на курсах повышения квалификации.

¹⁹³ Кутенко Л. Обучение как средство повышения квалификации нотариусов (<http://www.notariat.kz>).

В этой связи, считаем необходимым закрепить в анализируемом Законе *обязанность нотариусов по прохождению повышения квалификации и предусмотреть ответственность за ее несоблюдение, а также включить обязанность нотариальной палаты по разработке требований к лицам-преподавателям и соблюдение данных требований при выборе преподавателей.*

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Анализируемый Закон *содержит достаточное количество бланкетных и отсылочных норм.*

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

1. Согласно пункту 11 статьи 7-2 Закона претендент, не явившийся на аттестацию **по уважительной причине**, вызывается на следующее заседание аттестационной комиссии юстиции на право занятия нотариальной деятельностью в порядке, предусмотренном пунктом 5 настоящей статьи.

В рассматриваемой норме формулировка «по уважительной причине» является оценочным понятием. Оценочные понятия позволяют правоприменителю избрать удобный для себя способ толкования, что может привести к коррупционным правонарушениям.

Полагаем, что необходимо прописать перечень причин, по которым претендент может быть вызван на следующее заседание при неявке на первое.

2. В соответствии с пунктом 3 статьи 41 анализируемого Закона по заявлению заинтересованного лица, оспаривающего в суде право или факт, за удостоверением которого обратилось другое заинтересованное лицо, совершение нотариального действия **может быть отложено** на срок не более десяти дней. Если в течение этого срока от суда не будет получено сообщение о поступлении заявления, нотариальное действие должно быть совершено.

Названная норма Закона содержит выражение «может быть отложено», которое дает правоприменителю право выбора, что, по нашему мнению, в данном случае может способствовать совершению коррупционных правонарушений. То есть использование в данном акте неопределенных терминов повышает вероятность произвольного применения нормы и позволяет уполномоченному органу (лицу) принимать решение по своему усмотрению.

Однако, учитывая наличие спора по вопросу удостоверения права или факта, полагаем, что формулировка «может быть отложено» является недопустимой.

В этой связи, рекомендуем пересмотреть действующую редакцию пункта 3 статьи 41 анализируемого Закона путем замены словосочетания «может быть отложено» словом «откладывается».

3. Пунктом 4 статьи 99 анализируемого Закона установлено, что обеспечение доказательств без извещения одной из сторон и заинтересованных лиц производится **лишь в случаях, не терпящих отлагательства**, или, когда нельзя определить, кто впоследствии будет участвовать в деле.

Данная норма посвящена регулированию случаев, при которых нотариус вправе производить действия по обеспечению доказательств без извещения одной из сторон и заинтересованных лиц. Обеспечение доказательств является важным элементом института доказывания. В связи с этим, применение понятия «случаи, не терпящие отлагательства» может привести к совершению коррупционных правонарушений, так как нотариус вправе самостоятельно определить относится ли тот или иной случай к случаям, не терпящим отлагательства.

Полагаем, следует внести изменения в пункт 4 статьи 99 Закона, определив точный перечень случаев, не терпящих отлагательства.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона.

1. Согласно пункту 1 статьи 70 анализируемого Закона свидетельство о праве на наследство выдается наследникам, принявшим наследство, в соответствии с нормами гражданского законодательства Республики Казахстан.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1051 Гражданского кодекса Республики Казахстан (*далее – ГК РК*) нотариально удостоверенное завещание должно быть написано завещателем либо записано нотариусом со слов завещателя **в присутствии свидетеля**. При записи завещания со слов завещателя нотариусом могут быть использованы общепринятые технические средства (пишущая машинка, персональный компьютер и т.д.).

Полагаем, что обязательное участие свидетеля при удостоверении завещания любого лица чревато *нарушением тайны завещания*. Ведь формальное предупреждение свидетеля о неразглашении тайны данного нотариального действия не всегда может гарантировать буквальное выполнение такого требования.

В данном вопросе актуален опыт Российской Федерации. Так, в соответствии с пунктом 4 статьи 1125 Гражданского кодекса РФ при составлении и нотариальном удостоверении завещания *по желанию завещателя может присутствовать свидетель*, а не в обязательном порядке.

В этой связи предлагаем внести в пункт 1 статьи 1051 ГК РК дополнение о том, что свидетель при составлении завещания может быть приглашен **по желанию завещателя**.

2. В странах латинского нотариата распространена практика включения в полномочия нотариуса проведение медиации.

По данному вопросу интересен опыт европейских стран, стран Африки и Америки, где закон является основным источником права и на которой основана система латинского нотариата.

Действия нотариуса стран латинского нотариата не ограничиваются удостоверением личности и дееспособности сторон, совершающих правовое действие. Он также участвует в подготовительной стадии договора, когда стороны еще не пришли к соглашению, разъясняя им все возможные правовые последствия договора, а также осуществляя «правовую охрану договора».

Необходимо отметить положительное влияние данных действий, так как, «благодаря подобной деятельности нотариуса, в странах латинского нотариата обеспечивается правовая безопасность повсеместно на территории страны, что гарантирует полную социальную стабильность, наглядно объясняемую фактом незначительного числа судебных споров в отношении нотариально удостоверенных сделок»¹⁹⁴.

Медиация, как другие альтернативные способы разрешения конфликтов, имеет важное значение для урегулирования разногласий участников гражданского оборота, способствуя достижению согласия без вовлечения органов, наделенных властью по разрешению споров в силу закона или договора сторон. Тем самым, медиатор облегчает процесс общения между конфликтующими сторонами, способствует пониманию позиций и мнений, акцентирует стороны на их интересах и ищет продуктивное решение проблемы, предоставляя возможность сторонам совместно прийти к общему соглашению. Таким образом, медиаторские услуги позволяют расширять клиентскую базу и качественно на новом уровне заниматься деятельностью, которая требует совершенно новых навыков.

В этой связи, рекомендуем в перспективе рассмотреть возможность введения, медиации как один из видов служебной деятельности нотариуса.

3. В Латвийской Республике в соответствии с «Законом о судебной власти» от 1992 года присяжный нотариус является лицом, принадлежащим к судебной системе, в должностной деятельности приравненным к государственному должностному лицу.

Справочно:

Однако в течение последних 13 лет с той целью, чтобы упростить и ускорить ведение гражданских дел, а также уменьшить загруженность судов, нотариусы наделяются компетенцией по ведению отдельных бесспорных дел: с 2002 года нотариусам доверяется ведение дел о наследовании, а с 2010 года также расторжение брака¹⁹⁵. После внесения поправок от 28 октября 2010 года статья 69 Гражданского закона предусматривает: «Брак может расторгнуть только суд или нотариус. Брак может быть расторгнут в случае, если брак распался.

¹⁹⁴ <http://group-global.org/ru/publication/32007-k-voprosu-o-notarialnoy-deyatelnosti-respubliki-kazahstan>

¹⁹⁵ Закон Латвийской Республики от 24 октября 2002 года «Поправки к Закону о нотариате». Доступен (на латышском языке): <http://likumi.lv/doc.php?id=68312>

Нотариус может расторгнуть брак в порядке, предусмотренном Законом о нотариате, если оба супруга договорились о расторжении брака. Брак является расторгнутым со дня, когда нотариус оформил свидетельство о расторжении брака.

*Статья 70. Суд расторгает брак на основании заявления одного из супругов. Нотариус расторгает брак на основании заявления обоих супругов о расторжении брака, которое составлено в порядке, предусмотренном Законом о нотариате».*¹⁹⁶

Таким образом, нотариус имеет право расторгнуть брак в случае, если оба супруга договорились о расторжении брака, и одновременно помочь с разрешением вопросов имущества и опеки над детьми. В случае, если по какому-либо вопросу соглашения достигнуть невозможно, этот вопрос попадает в компетенцию суда. Например, брак расторгается у нотариуса, а раздел имущества продолжается в суде. В случае расторжения брака нотариус фиксирует новый юридический факт, то есть изменение лицом своего семейного положения.

Вышеупомянутое существенно упростило для сторон урегулирование юридических отношений (например, расторжение брака у нотариуса быстрее, дешевле и не влечет за собой лишней огласки) и освободило суды от нагрузки.

Справочно:

Согласно информации Министерства юстиции Латвийской Республики: «С 1 февраля 2011 года в Латвии брак расторгают два органа: суд и присяжный нотариус, который расторгает брак в так называемых бесспорных случаях, то есть, рассматривает дела, в которых брак расторгается по общему заявлению обоих супругов и между супругами отсутствуют споры, например, по имущественным вопросам или о размере алиментов. Например, в 2010 году судами было получено 5227 заявлений о расторжении брака, в 2011 году, когда в силу вступили упомянутые поправки, – 2814, в 2012 году – 2378, в 2013 году – 2083, в 2014 году – 2001 заявление. Сравнение количества заявлений о расторжении брака, полученных судами в 2008 и 2014 годах, показывает, что в 2014 году это количество почти в четыре раза меньше, чем в 2008 году. В свою очередь, в течение прошлого года присяжные нотариусы в общем получили 4993 заявления о расторжении брака. Таким образом, можно считать, что эти изменения успешно достигли цели, так как значительно снизилась загруженность судов делами о расторжении брака».¹⁹⁷

В этой связи предлагаем рассмотреть возможность доверить нотариусам и другие новые функции по осуществлению гражданско-процессуальных действий, в частности функции по ведению дел о наследовании и расторжении брака по опыту Латвийской Республики.

¹⁹⁶ Гражданский закон Латвийской Республики от 1937 года. ЧАСТЬ ПЕРВАЯ. Семейное право. Доступен (на латышском языке): <http://likumi.lv/doc.php?id=90223>

¹⁹⁷ <https://www.tm.gov.lv/lv/aktualitates/tm-informacija-presei/par-vairak-ka-60-samazinajies-tiesas-sanemto-laulibas-skirsanas-pieteikumu-skaitis>

**Справка по результатам мониторинга
Закона Республики Казахстан от 3 июля 2013 года № 122-V
«О гарантированной государством юридической помощи»**

Показатель 1. Общая информация о Законе

1.1. Предмет правового регулирования

Закон Республики Казахстан от 3 июля 2013 года № 122-V «О гарантированной государством юридической помощи»¹⁹⁸ (далее по тексту - Закон) регулирует общественные отношения в сфере оказания гарантированной государством юридической помощи, и определяет правовые механизмы реализации прав и обязанностей физических и юридических лиц при оказании им гарантированной государством юридической помощи.

1.2. Отрасль законодательства

Рассматриваемый Закон в соответствии с действующей Классификацией отраслей законодательства Республики Казахстан относится к разделу *законодательство о государственном и общественном устройстве* 020.001.000 *Права, свободы и обязанности человека и гражданина*. Кроме того, гарантированная государством юридическая помощь осуществляется в рамках установленных минимальных социальных стандартов. В этой связи, есть основания относить его и к разделу: *Иное законодательство в области социального обеспечения* - 080.005.000.

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства

Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года (далее по тексту - Концепция)¹⁹⁹, 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».

В п. 3.3 Концепции указывается, что «*Строительство в Казахстане правового государства требует дальнейшего совершенствования специализированных институтов, связанных с защитой прав и свобод граждан*». Применительно к предмету настоящего анализа Закона, согласно Концепции «*Реализация гражданами конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи является условием и гарантией доступа к правосудию. Механизмы реализации этого права нуждаются в совершенствовании. ...Прежде всего, необходимо улучшить систему оказания правовой помощи лицам с низким уровнем доходов. Следует последовательно решать проблему неравномерности обеспечения адвокатскими услугами в городской и сельской местности. Требуется также коррекции система администрирования оплаты труда адвокатов, предоставляющих бесплатную юридическую помощь. Эту систему*

¹⁹⁸ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1300000122>

¹⁹⁹ http://adilet.zan.kz/rus/docs/U0900000858_

необходимо сделать консолидированной и прозрачной, что позволит более эффективно использовать бюджетные средства и т.д.

Вышеуказанные положения легли в основу разработки рассматриваемого Закона.

Анализ вышеприведенных положений Концепции, предусматривает реализацию конституционного права **на получение** квалифицированной юридической помощи в целом, в том числе на бесплатной основе. При этом, бесплатная юридическая помощь оказывается в рамках действующей системы минимальных социальных стандартов в сфере оказания гарантированной государством юридической помощи и реализации государственного социального заказа в сфере защиты прав, законных интересов граждан и организаций, а также поддержки социально уязвимых слоев населения.

Проведенный правовой мониторинг Закона показал соответствие его стратегическим целям государства.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

2.1 Основным базовым конституционным положением, закрепляющим и устанавливающим государственные гарантии в сфере **получения** квалифицированной юридической помощи является п.3 ст.13 Конституции РК²⁰⁰.

Согласно п.3 ст.13 КРК *«Каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно».*

Из смысла содержания указанной конституционной нормы следует, что каждый человек(находящийся на территории Казахстана)*имеет право на получение квалифицированной юридической помощи.* Государство, в свою очередь, **гарантирует получение квалифицированной юридической помощи** через создание **системы** защиты прав и свобод человека и гражданина и оказания квалифицированной юридической помощи бесплатно. Нормы анализируемого Закона закрепляют конституционные гарантии *на получение юридической помощи бесплатно*, ограничиваясь предоставлением **юридической помощи** в пределах установленных минимальным социальным стандартом в сфере оказания гарантированной государством юридической помощи (государственными органами, адвокатами), нотариусами в соответствии с Законом о нотариате, судебными исполнителями согласно Закону об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей.

Вместе с тем, юридическая помощь бесплатно, в рамках действующего законодательства, может быть оказана и в процессе реализации государственного социального заказа некоммерческими организациями в области защиты прав, законных интересов физических и юридических лиц, а также поддержки социально уязвимых слоев населения.

²⁰⁰<http://adilet.zan.kz/rus/docs/K950001000>

На основании изложенного предлагаем дополнить субъектов оказания гарантированной государством юридической помощи в качестве участников оказания лицами, осуществляющими реализацию государственного социального заказа в рассматриваемой области, а также физическими лицами, выступающими в качестве защитника по административному и уголовному производству, представителем по гражданскому производству (см. Показатель 3.3).

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

3.1 Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

По данному показателю, нами проанализированы международные документы, устанавливающие основные принципы и стандарты в сфере оказания доступной юридической помощи.

Международный пакт о гражданских и политических правах, ратифицированный Казахстаном (Закон Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года № 91)²⁰¹, в ст.14 устанавливает *право каждого при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения следующие гарантии:*

b) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником;

d) быть судимым в его присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; если он не имеет защитника, быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом таком случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточно средств для оплаты этого защитника.

Свод принципов для защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (утвержден Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 43/173 от 9 декабря 1988 г.)²⁰² провозглашает, что каждому задержанному лицу должно быть предоставлено право на помощь, консультацию с адвокатом и возможность общаться с ним.

Кроме того, в *Стандартных минимальных правилах обращения с заключенными*, утвержденных Конгрессом ООН 30 августа 1955 г.²⁰³, рекомендуется *гарантировать лицам, находящимся в заключении, юридическую помощь и конфиденциальность в процессе ее осуществления.*

Также в *Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью*, принятой резолюцией 40/34 Генеральной Ассамблеи ООН от 29 ноября 1985 года²⁰⁴, рекомендуется *принятие мер на международном и национальном уровне для улучшения*

²⁰¹ http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z050000091_

²⁰² <http://adilet.zan.kz/rus/docs/O8800000001>

²⁰³ http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/prison.shtml

²⁰⁴ http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/power.shtml

доступа к правосудию и справедливому отношению, возмещению вреда, компенсации и помощи жертвам преступлений.

К основным принципам, касающимся роли юристов²⁰⁵, принятым восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности обращению с правонарушителями (27 августа - 7 сентября 1990 г.), относятся, прежде всего, *принципы доступа к юристам и юридическим услугам*. Указанный принцип предусматривает право каждого человека обратиться к любому юристу за помощью для защиты и отстаивания своих прав и защиты его на всех стадиях уголовного разбирательства.

Государством, в лице Правительства обеспечиваются эффективные процедуры и гибкие механизмы равного доступа к юристам для всех лиц, находящихся на их территории и подпадающих под их юрисдикцию, без какого-либо различия, такого, как дискриминация по признаку расы, цвета кожи, этнического происхождения, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного, экономического или иного положения. Именно Правительству отводится роль по обеспечению предоставления достаточных финансовых и иных средств для оказания юридических услуг бедным и, в случае необходимости, другим лицам, находящимся в неблагоприятном положении.

Профессиональные ассоциации юристов, в свою очередь сотрудничают в организации и обеспечении услуг, средств и других ресурсов.

Кроме того, Правительство совместно с профессиональной ассоциацией юристов призваны содействовать осуществлению программ по информированию людей об их правах и обязанностях, тем самым подчеркивая важную роль юристов в защите основных прав и свобод человека. Особое внимание следует уделять оказанию помощи бедным и другим лицам, находящимся в неблагоприятном положении, для того чтобы они могли отстаивать свои права.

Интерес представляют Основные положения о роли адвокатов, принятые Восьмым Конгрессом ООН в 1990 г.²⁰⁶ Указанный документ направлен государствам-участникам для использования в процессе содействия и обеспечения надлежащей роли адвокатов, гарантируемой правительством при разработке национального законодательства и его применении. Положения рассматриваемого документа должны учитываться как адвокатами, так и судьями, прокурорами, членами законодательной и исполнительной властей и обществом в целом. Эти принципы должны также применяться к лицам, которые осуществляют адвокатские функции без получения формального статуса адвоката.

В соответствии с указанным документом любой человек может обратиться за помощью адвоката по своему выбору для подтверждения своих прав и защиты на всех стадиях уголовной процедуры. Правительства должны

²⁰⁵ http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/role_lawyers.shtml

²⁰⁶ <http://www.allpravo.ru/library/doc75p0/instrum103/item1896.html>

гарантировать эффективную процедуру и работающий механизм для реального и равного доступа к адвокатам всех лиц, проживающих на его территории и подчиненных его юрисдикции без разделения расы, цвета кожи, этнического происхождения, пола, языка, религии, политических и иных взглядов, национального и социального происхождения, экономического и иного статуса.

Кроме того, Правительства должны обеспечить необходимое финансирование и другие ресурсы для юридической помощи социально уязвимым слоям населения. В свою очередь, профессиональные ассоциации адвокатов должны сотрудничать в организации и создании условий предоставления такой помощи. Для указанных целей Правительства и профессиональные ассоциации адвокатов должны разработать программу для информирования общественности о ее правах и обязанностях и роли адвокатов в защите основных свобод.

В процессе анализа, рассмотрена ст. 6 Европейской конвенции по правам человека²⁰⁷, которая определяет право на справедливое судебное разбирательство. При этом, правовая помощь является важным элементом, гарантирующим всем лицам равный доступ к правосудию. В частности, такая помощь позволяет гражданам, которые не располагают достаточными финансовыми средствами, бесплатно или за небольшую плату получать в рамках судебных разбирательств юридическую или финансовую помощь. В уголовных делах правовая помощь может сводиться к работе специального государственного учреждения, например, офис Государственного защитника, который может проводить защиту обвиняемых (Сан-Марино). Правовая помощь может в той или иной степени предоставляться в рамках всего уголовного процесса или, например на этапе предварительного следствия (Эстония, Украина), либо в той или иной степени широким категориям сторон разбирательства, к примеру, потерпевшим от преступлений (Франция, Швеция). Более того, страна также может понести расходы, связанные с разбирательствами, если обвиняемое лицо оправдано (Исландия).

Анализ вышеприведенного материала показал, что система юридической помощи (в форме представления интересов в суде или юридической консультации), введенная в европейских странах является эффективной мерой по устранению финансовых барьеров для граждан, не имеющих достаточных денежных средств для инициирования судебного разбирательства. К тому же юридическая помощь может быть использована для оплаты (полностью или частично) расходов на услуги адвоката. Указанная практика нашла частичное отражение и в действующем национальном законодательстве. Так, например, в установлении минимального социального стандарта в сфере оказания гарантированной государством квалифицированной юридической помощи.

Между тем, в ходе проведенного анализа Закона были выявлены несоответствия его норм Принципам и руководящим положениям

²⁰⁷<http://www.echr.ru/documents/doc/2440800/2440800-002.htm>

Организации Объединенных Наций, касающиеся доступа и оказания юридической помощи. Указанное нашло отражение при изложении иных показателей аналитической справки.

2. Соответствие закона нормам конституционных законов Республики Казахстан

В рамках анализа Закона не установлены противоречия и несоответствие конституционным законам.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан

3.1 В соответствии с п. 2 ст.8 Закона:

2. Гарантированная государством юридическая помощь, предусмотренная подпунктами 2) и 3) статьи 6 настоящего Закона, оказывается лицам, имеющим право на получение бесплатной гарантированной государством юридической помощи, в случаях и порядке, установленных законодательством Республики Казахстан об административных правонарушениях, уголовно-процессуальным, гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан и Законом Республики Казахстан "Об адвокатской деятельности".

Согласно ч.1 ст. 748 Кодекса Республики Казахстан от 5 июля 2014 года № 235-V «Об административных правонарушениях»²⁰⁸ (далее - КОАП), *защитник – лицо, осуществляющее в установленном законом порядке защиту прав и интересов лица, привлекаемого к административной ответственности, и оказывающее ему юридическую помощь.*

В соответствии с ч.2 рассматриваемой статьи КОАП, в качестве защитников участвуют наряду с адвокатами, **супруг (супруга), близкие родственники или законные представители.** Кроме того, допускается участие **иностранного адвоката** в качестве защитников, если это предусмотрено международным договором.

Статья 66 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 231-V²⁰⁹, *определяет защитника в качестве лица, осуществляющего в установленном законом порядке защиту прав и интересов свидетеля, имеющего право на защиту, подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного, оправданного и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу.*

Согласно части второй ст. 66, *в качестве защитника участвует адвокат.*

При участии адвоката в уголовном процессе в качестве защитника наряду с ним по письменному заявлению свидетеля, имеющего право на защиту, подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного, оправданного их защиту может осуществлять одно из следующих лиц: супруг (супруга) или близкий родственник, опекун, попечитель либо представитель организации, на попечении или иждивении которой находится подзащитный. Иностранные адвокаты допускаются к участию

²⁰⁸ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1400000235#z2480>

²⁰⁹ <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1400000231>

в качестве защитника, если это предусмотрено международным договором.

Таким образом, законодательство об административных правонарушениях и уголовно-процессуальное законодательство допускают участие иных лиц при оказании юридической помощи. Указанное не исключает участие иных лиц и в процессе осуществления **гарантированной государством юридической помощи**.

Между тем, **юридическая помощь**, это, прежде всего **квалифицированная помощь** специалиста (п.3 ст.13 Конституции).

В этой связи, юридическая помощь, оказанная **супругом (супругой), близким родственником или законным представителем**, должна быть обеспечена минимум, наличием у них **юридического образования**.

Предлагаем в Законе установить требования к субъектам (участникам) оказания гарантированной государством юридической помощи, указав, в том числе наличие юридического образования.

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

По данному показателю, для выявления наличия коллизий между нормами рассматриваемого закона и нормами иных законов, были проанализированы нижеследующие нормы:

4.1В п.1) ст. 1 Закона используется понятие «правовое информирование», как вид *гарантированной государством юридической помощи (пп.1) ст.6), оказываемой неопределенному кругу лиц, путем предоставления информации по вопросам законодательства Республики Казахстан в устной, письменной формах, в форме электронного документа, достоверного электронного цифровой подписью, либо в виде визуального ознакомления.*

Определение правового информирования как разновидности юридической помощи не соответствует теории права.

В теории права существует мнение²¹⁰, согласно которому правовое информирование является формой правового воспитания. К их числу следует относить также *правовое обучение, правовую пропаганду, юридическую практику, самовоспитание*. При этом правовое информирование определяется как передача, восприятие, преобразование и использование информации о праве и практике его реализации. Правовое информирование, как и правовая пропаганда, представляет собой целенаправленный инициированный государством процесс распространения в обществе правовых идей с целью формирования правового мировоззрения, повышения правовой активности граждан с помощью различных приёмов и способов. Именно данное теоретическое положение нашло отражение в действующей политической системе общества.

²¹⁰См. Чепурнова Н.М., Серегин А.В. Теория государства и права. Уч. пособие. ЕАОИ, 2007, 465С
<http://scicenter.online/teoriya-gosudarstva-prava/236-pravosoznanie-pravovaya-88597>.

В свою очередь, правовое воспитание как разновидность правовой политики, относится к функции только государственных органов и направлена на формирование правовой социализации личности. В этих целях именно на государство возлагается обеспечение «единство правового информационного пространства страны, развитость правовых коммуникаций, доступность информации о проводимых в правовой системе преобразованиях, их целях и достигнутых результатах и т. п.».

В соответствии с Принципом 12 Принципов и руководящих положений ООН (2012 г.), *обязанность правового информирования должна возлагаться на государство.*

В действующем законодательстве четко разграничиваются понятия «юридическая помощь», «юридические услуги» и «правовая пропаганда» (например, ст. 19 ЗРК от 18 марта 2002 г. № 304-III «Об органах юстиции»).

Статья 4 Закона Республики Казахстан от 5 декабря 1997 года № 195 «Об адвокатской деятельности»²¹¹ устанавливает перечень видов юридической помощи, оказываемой адвокатами. *Правовое информирование* не входит в указанный перечень. Однако каждый из указанных видов юридической помощи, предполагает *правовое информирование* в соответствии с определением, данным в Законе (пп.1) ст.1 Закона).

На основании вышеизложенного, предлагаем исключить правовое информирование из перечня видов гарантированного государством юридической помощи, поскольку оно является его элементом.

Более того, правовое информирование государственных органов реализуется в рамках конституционного положения о доступе к информации и не может выступать видом гарантированной государством юридической помощи. Правовое информирование государственными органами в пределах своей компетенции осуществляется в рамках правовой пропаганды и правового воспитания.

4.2 В соответствии с пп. 3) ст. 7 Закона, нотариусы также являются субъектами оказания гарантированной государством юридической помощи.

В соответствии со ст. 1 Закона Республики Казахстан от 14 июля 1997 года № 155 «О нотариате»²¹², *«Нотариат в Республике Казахстан - это правовой институт по оказанию квалифицированной юридической помощи, обеспечивающий защиту прав и законных интересов физических, юридических лиц путем совершения нотариальных действий».*

Статья 30 Закона о нотариате предусматривает льготы по оплате нотариальных действий в соответствии с налоговым законодательством и освобождение *от дополнительной оплаты услуг правового и технического характера* (ст. 30-1) для социально уязвимых слоев населения.

Анализ Закона о нотариате показал, что Закон не содержит нормы, указывающий на оказание нотариусами действий в рамках гарантированного государством юридической помощи. Кроме того, и в анализируемом Законе

²¹¹http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z970000195_#z5

²¹²http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z970000155_#z659

также отсутствуют нормы, регламентирующие порядок оказания нотариусами гарантированной государством юридической помощи.

В этой связи, предлагаем дополнить рассматриваемый Закон, нормой, указывающий на *оказание юридической помощи нотариусами в рамках государственной системы гарантированного государством юридической помощи в виде консультирования и совершения нотариальных действий.*

4.3 Статья 12 рассматриваемого Закона, определяя порядок оказания гарантированной государством **юридической помощи** государственными органами в виде правового информирования, ссылается на Закон Республики Казахстан от 16 ноября 2015 года № 401-V «О доступе к информации»²¹³.

В свою очередь, ст.10 Закона о доступе к информации, предусматривает такие способы доступа к информации применительно к указанному виду бесплатной юридической помощи, *как предоставление информации по запросу, размещением информации в помещениях, занимаемых обладателями информации, и в иных отведенных для этих целей местах* (ст.11)

В соответствии с Конституцией, *предоставление информации, затрагивающей права и интересы гражданина является **обязанностью** государственных органов, общественных объединений, должностных лиц и средств массовой информации* (п.3 ст. 18 КРК).

Таким образом, *предоставление информации по запросу* в рамках действующей системы оказания бесплатной юридической помощи в виде правового информирования выступает в действительности - **обязанностью** государственных органов, общественных объединений, должностных лиц и средств массовой информации *предоставлять информацию, затрагивающие права и интересы гражданина.*

Между тем, п.1 ст. 14 Закона предусматривает **отказ в предоставлении правовой информации**, *если обращение заявителя не имеет правового характера.*

Из определения понятия «правовое информирование» (пп.1 ст.1 закона) не совсем ясно, какие именно вопросы носят правовой характер. Правоприменительная практика допускает случаи отказа в предоставлении информации со ссылкой не правовой характер информации.

Тогда как, конституционная норма, **обязывает** предоставлять *информацию, затрагивающую права и интересы гражданина*, т.е независимо от их характера.

На основании изложенного, предлагаем исключить п.1 ст. 14 Закона.

4.4 Пункт 3 ст.5 Закона предусматривает *введение государственной адвокатуры, основы, порядок и условия деятельности которой устанавливаются законом.* Из смысла содержания статьи не понятно, каким законом должны устанавливаться указанные *основы, порядок и условия деятельности государственной адвокатуры.*

Рассматриваемый Закон и Закон об адвокатской деятельности не

²¹³<http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1500000401#z10>

содержат таких норм. Более того, сама норма о введении **государственной адвокатуры** противоречит *Основным принципам, касающихся роли юристов* (принятый на 8-ом Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, 27 августа 1990 г.)²¹⁴ и принципам организации и деятельности отечественной адвокатуры.

Так, п.14 *Основных принципов, касающихся роли юристов* устанавливает, что «*Защищая права своих клиентов и отстаивая интересы правосудия, юристы должны ... во всех случаях действовать **независимо** и добросовестно в соответствии с законом и признанными нормами и профессиональной этикой юриста*».

Кроме того, согласно ст. 3 Закона об адвокатской деятельности *организация и деятельность адвокатуры основываются на принципах: **независимости** адвокатов при осуществлении своей деятельности и **недопустимости** вмешательства в деятельность адвокатов со стороны государственных органов* (пп.1), 3)ст.3).

На основании изложенного, предлагаем исключить п.3 ст. 5 Закона.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

В ходе рассмотрения настоящего Закона не выявлены устаревшие нормы.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

6.1 Подпунктом 6 статьи 1 Закона уточнено понятие *уполномоченный государственный орган в сфере оказания гарантированной государством юридической помощи* (далее – уполномоченный орган), а именно, *это центральный исполнительный орган, осуществляющий руководство в сфере оказания правовой помощи и юридических услуг населению*.

Полагаем, что определение понятия **уполномоченного органа** некорректно, поскольку указывается что это - *уполномоченный орган в сфере оказания гарантированной государством юридической помощи*, а определение дается органу в сфере оказания **юридических услуг**. Тогда как, понятия «*юридическая помощь*» и «*юридические услуги*» - это не тождественные правовые понятия, у них различная правовая природа. Так, например, «**юридическая помощь**» оказывается специально уполномоченными субъектами, проявляет в себе публичный интерес, имеет социальный характер. Что же касается «**юридической услуги**», то ее, согласно гражданско-процессуальному законодательству, оказывают дееспособные лица, имеет публично-правовое значение и коммерческий характер. Кроме того, «**юридическая помощь**» это содействие реализации прав и свобод человека и гражданина, а «**юридические услуги**» это действия влекущие возникновение, прекращение, изменение прав и обязанностей.

На основании изложенного, предлагаем следующую редакцию «*уполномоченный государственный орган в сфере оказания гарантированной государством юридической помощи* (далее – уполномоченный орган), а именно,

²¹⁴ http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/role_lawyers.shtml

это центральный исполнительный орган, осуществляющий правовое обеспечение деятельности государства и защиту прав и законных интересов граждан и организаций».

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Дублирующих норм Закона не было выявлено.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

8.1 В рассматриваемом Законе не предусмотрена возможность прекращения предоставления *гарантированной государством юридической помощи*.

Предлагаем предусмотреть следующие основания прекращения предоставления *гарантированной государством юридической помощи*:

1) *предоставления заявителем недостоверной или неполной информации и (или) документов о его материальном, финансовом положении, социальном положении;*

2) *изменение материального и (или) финансового положения заявителя при оказании ему юридической помощи, исключающее право на получение гарантированной государством юридической помощи;*

3) *изменения обстоятельств, на основании которых лицо было отнесено к лицам, имеющим право на получение гарантированной государством юридической помощи;*

4) *письменное заявление об отказе от юридической помощи в случаях, предусмотренных законодательством Республики Казахстан, регламентирующим уголовный, административный, гражданский процесс.*

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Проведенный анализ Закона показал, что в нем содержится достаточное количество норм, которые имеют бланкетную (отсылочную) природу. В результате их реализации, возможно проявления условий для коррупционного правонарушения, ущемления прав, свобод человека и законных интересов граждан и организаций.

Указанные нормы выявлены в статьях 2,5,6,7,9,10,11, 13 и 15 Закона, где идет ссылка на *«иные нормативные правовые акты Республики Казахстан», «установленные Законом» «в случаях и порядке, установленных настоящим Законом и иными законодательными актами Республики Казахстан», «в порядке, предусмотренном законодательством Республики Казахстан» и т.д.*

Следует отметить, что методологически общественная опасность таких бланкетных норм заключается в том, что принимаемые позже на их основе инструктивные нормы искажают смысл и содержание «родового нормативного правового акта». Тем самым **органы исполнительной (например, уполномоченный орган) 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 законодательству.

Предлагаем вышеприведенные отсылочно-бланкетные нормы актуализировать через указание на конкретные правовые акты.

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

В ходе проведенного анализа Закона, норм, создающих условия для проявления коррупционного правонарушения не было выявлено.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона

11.1 Подпункт 2) ст.4 Закона к *основным принципам оказания гарантированной государством юридической помощи относит: «2) приоритет прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц, нуждающихся в бесплатной гарантированной государством юридической помощи»*

Между тем, следует отметить, что не каждое физическое лицо, нуждающийся в *гарантированной государством юридической помощи* имеет право на него. В соответствии с Законом (ст. 6,8) *бесплатная юридическая помощь* предоставляется определенной категории физических лиц, в рамках установленных государством минимальных социальных стандартов в сфере оказания гарантированной государством юридической помощи.

Согласно ч. 1 ст. 34 ГК РК, *юридическим лицом признается организация, которая имеет на праве собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления обособленное имущество, а также должно иметь самостоятельный баланс или смету.* Тем самым подразумевается, что юридическое лицо обладает определенными финансовыми средствами.

По мнению Сулейменовой Г.Ж., нормативное закрепление положения о предоставлении *гарантированной государством юридической помощи юридическому лицу* противоречит самой природе юридического лица. Вызывает сомнения и обстоятельства, которые могут являться основаниями полагать, что юридическое лицо не располагает средствами для оплаты юридической помощи и вправе рассчитывать на ее оплату из средств государственного бюджета?²¹⁵

В процессе проведенного анализа Закона установлено, что предоставление *гарантированной государством юридической помощи юридическому лицу* в соответствии с действующим законодательством возможно в рамках *правового консультирования гарантированной государством юридической помощи.*

На основании изложенного, во избежание неоднозначного толкования, предлагаем конкретизировать норму и прописать случаи оказания

²¹⁵<http://online.zakon.kz> //Сулейменова Г. Ж. Анализ Проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»¹

гарантированной государством юридической помощи юридическим лицам.

11.2 В соответствии с пп.3) ст.1 Закона, *« гарантированная государством юридическая помощь – юридическая помощь, оказываемая физическим и юридическим лицам, имеющим право на ее получение на основании и в порядке, предусмотренных настоящим Законом и иными законами Республики Казахстан, на бесплатной основе».*

Из вышеприведенного определения следует, что понятия *«гарантированная государством юридическая помощь»* и *«бесплатная юридическая помощь»* - равнозначные понятия. В этой связи использования словосочетания *«бесплатная гарантированная государством юридическая помощь»* не корректно и является тавтологией (пп.2) ст.4, п.1 ст.5, п.2 ст.8 Закона). Предлагаем исключить указание на *«бесплатную гарантированную государством юридическую помощь»*.

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

СПРАВКА
по результатам мониторинга закона
Закона Республики Казахстан от 19 декабря 2003 года № 508
«О рекламе»

Показатель 1. Общая информация о Законе:

Название Закона: «О рекламе» (далее - Закон).

1.1. Предмет правового регулирования:

Анализируемый закон регулирует отношения, возникающие в процессе производства, распространения, размещения и использования рекламы на территории Республики Казахстан.

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 к отрасли законодательства о средствах массовой информации под шифром 140.005.000.

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства.

В рамках Стратегического плана развития Республики Казахстан до 2020 года государство уделяет отдельное внимание улучшению бизнес-среды.

В первые годы реализации Стратегического плана-2020 государство инициирует активные меры, направленные на снижение стоимости ведения бизнеса, как для отечественных предпринимателей, так и для международных инвесторов. Устанавливая оптимальные рамки административных процедур, и повышая прозрачность их осуществления, государство будет стремиться к снижению влияния бюрократии и коррупции на важные аспекты делового климата в Казахстане²¹⁶.

Этим самым, подтверждается намерение государства создавать благоприятные условия для предпринимателей в целях их успешного развития.

Согласно Посланию Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» народу Казахстана от 31 января 2017 года вторым приоритетом является кардинальное улучшение и расширение бизнес-среды. Осуществляя данный приоритет, Правительству совместно с Национальной палатой предпринимателей «Атамекен» необходимо принять меры по фронтальному снижению всех видов издержек для бизнеса. Особенно это касается стоимости услуг в энергетике, транспорте и логистике, а также в ЖКХ²¹⁷.

²¹⁶ Стратегический план развития Республики Казахстан до 2020 года //

http://www.akorda.kz/ru/official_documents/strategies_and_programs

²¹⁷ Послание Президента Республики Казахстан Н.Назарбаева «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» народу Казахстана. 31 января 2017 г. //

http://www.akorda.kz/ru/addresses/addresses_of_president/poslanie-prezidenta-respubliki-kazahstan-nnazarbaeva-narodu-kazahstana-31-yanvarya-2017-g

Также одним из видов издержек могут быть препятствия, связанные с рекламными услугами для предпринимателей. Устранение данных препятствий приведет к эффективному развитию бизнес-среды.

Более того, в соответствии с государственной программой «Информационный Казахстан-2020», утвержденной Указом Президента РК от 8 января 2013 года №464, одним из целевых индикаторов для повышения качества отечественных средств массовой информации является увеличение объема рекламных средств, привлекаемых государственными средствами массовой информации, на 35 % - в 2017 году, на 50 % - в 2020 году (относительно 2012 года)²¹⁸.

Следует отметить, в сфере туризма на постоянной основе проводится работа по формированию имиджа, в том числе информационной пропаганды Казахстана за рубежом. Основными инструментами являются создание и трансляция рекламных видеороликов на ведущих телеканалах мира, участие в крупнейших международных туристских выставках.

На основании вышеизложенного, можно сделать вывод о том, что анализируемый Закон соответствует стратегическим целям государства.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции

Согласно статье 20 Конституции Республики Казахстан свобода слова и творчества гарантируются, цензура запрещается. Каждый имеет право свободно получать и распространять информацию любым, не запрещенным законом способом. Перечень сведений, составляющих государственные секреты Республики Казахстан, определяется законом. Не допускаются пропаганда или агитация насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, а также культа жестокости и насилия.

Данные положения Конституции Республики Казахстан нашли отражение в пункте 6 статьи 6 анализируемого Закона.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что Закон соответствует нормам Конституции.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан.

Соглашение о сотрудничестве государств-участников СНГ в сфере регулирования рекламной деятельности гласит о важности рекламы как средства свободного обмена информацией между продавцами и потребителями, способствующего распространению и перемещению товаров,

²¹⁸ Государственная программа «Информационный Казахстан - 2020» // http://www.akorda.kz/ru/official_documents/strategies_and_programs

работ и услуг через границы. Целью данного соглашения является регулирование отношений по производству, размещению и распространению рекламы, обеспечение интересов, как предпринимателей, так и потребителей рекламы. Анализируемым Законом установлены аналогичные цели.

Республика Казахстан является участником Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву от 1996 года. Обязательства государств по защите интеллектуальной собственности по авторскому праву распространяются также на рекламную деятельность, поскольку, производство, распространение и использование рекламы на территории Республики Казахстан может полностью или частично являться объектом авторского права и смежных прав.

Одним из основных международных актов в области рекламной деятельности является Международный кодекс рекламной деятельности, созданный в рамках Международной торговой палаты. Кодекс следует прочно установившейся политике Международной торговой палаты по поддержанию высоких этических стандартов маркетинга с помощью саморегулирования, действующего на основании законодательства отдельных стран и международного права. Оно включает в себя принципы и стандарты поведения сторон, имеющих отношение к рекламной деятельности: рекламодатели, рекламопроизводители, средства массовой информации (и иные рекламораспространители)²¹⁹.

В марте 2017 года Внешнеторговая палата Казахстана стала 76-ым членом Международной торговой палаты. Соответственно, нормы Международного кодекса рекламной деятельности применимы в регулировании рекламы в Республике Казахстан.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

Анализируемый Закон не противоречит нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан.

В статье 17-2 установлено, что государственный контроль за размещением наружной (визуальной) рекламы осуществляется в иной форме контроля посредством наблюдения с фото- или видеофиксацией фактов размещения наружной (визуальной) рекламы с нарушением требований законодательства Республики Казахстан.

Государственный контроль в области рекламы осуществляется в форме проверки. Проверка же осуществляется в соответствии с Предпринимательским кодексом Республики Казахстан.

Так, согласно подпункту 3) пункта 2 статьи 137 Предпринимательского кодекса при проведении иных форм контроля и надзора по их итогам в зависимости от их вида составляются итоговые документы (справка, предписание, заключение и другое) без возбуждения дела об административном правонарушении в случае выявления нарушения, но с

²¹⁹ Международный кодекс рекламной деятельности (Кодекс МТП) // <http://docs.cntd.ru/document/901784169>

обязательным разъяснением проверяемому субъекту порядка его устранения.

Из вышеуказанной нормы Предпринимательского кодекса следует, что в случае выявления нарушения составляется заключение без возбуждения дела об административном правонарушении, *но с обязательным разъяснением проверяемому субъекту порядка его устранения.*

Однако в соответствии с анализируемым Законом государственный контроль в области рекламы ограничивается только посредством наблюдения с фото- или видеофиксацией фактов размещения наружной (визуальной) рекламы с нарушением требований законодательства Республики Казахстан. Далее сведения о нарушении передаются в органы государственных доходов для обложения хозяйствующего субъекта обязательством по уплате за наружную (визуальную) рекламу.

Таким образом, в ходе анализа было выявлено несоответствие нормы статьи 17-2 анализируемого Закона нормам статьи 137 Предпринимательского кодекса. В этой связи полагаем, что необходимо устранить вышеуказанную коллизию путем приведения в соответствие с Предпринимательским кодексом.

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

В ходе анализа Закона была выявлена следующая коллизия между нормой Закона и нормами иных законов.

Так, статьей 17-2 анализируемого Закона предусмотрено, что *местным исполнительным органам запрещается* принимать нормативные правовые акты по вопросам регулирования наружной (визуальной) рекламы.

Тогда как согласно подпункту 3) статьи 8 Закона Республики Казахстан от 21 июля 2007 года №296-III «О статусе столицы Республики Казахстан» *маслихат столицы* в пределах своей компетенции *утверждает правила о порядке и условиях размещения наружной (визуальной) рекламы в столице.*

Необходимо отметить, что в соответствии Законом Республики Казахстан от 23 января 2001 года №148-II «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан» *маслихат* является *местным представительным органом*, а не местным исполнительным органом.

В анализируемом Законе определен круг компетенции государственных органов и местных исполнительных органов по вопросам регулирования наружной (визуальной) рекламы. Местные представительные органы (маслихаты) в данном Законе *не упомянуты* и, тем более *не наделены какими-либо полномочиями* относительно рекламной деятельности.

Более того, согласно подпункту 2) пункта 2 статьи 11 Закона 2) размещение объекта наружной (визуальной) рекламы допускается при наличии разрешения, выдаваемого местным исполнительным органом в соответствии с *правилами размещения объектов наружной (визуальной)*

рекламы в населенных пунктах, утвержденными Правительством Республики Казахстан.

На основании вышеизложенного полагаем, что имеется несоответствие норм анализируемого Закона и Закона РК «О статусе столицы Республики Казахстан».

Справочно:

На практике данная коллизия порождает проблемы. В пример можно привести решение маслихата города Алматы от 30 ноября 2015 года №381, которым были внесены изменения и дополнения в Правила благоустройства территории города Алматы. Данным решением изменены требования к размерам и виду объектов наружной (визуальной) рекламы, размещаемых на улицах города, где определены новые параметры рекламных объектов.

Объединение юридических лиц «Рекламная Ассоциация «Бірлік» направило обращение в прокуратуру о несогласии с указанным решением маслихата города Алматы.

В своем протесте Прокуратура города Алматы ссылается на Закон РК «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан» и Закон РК «О рекламе», которые, в свою очередь, не содержат нормы, определяющие компетенцию маслихатов по регулированию деятельности в сфере рекламы.

В то же время, судебная власть устанавливает другую практику в отношении решений местных представительных органов по вопросам регулирования наружной рекламы. В Специализированном межрайонном экономическом суде Алматы отказали в удовлетворении иска порядка десяти хозяйствующим субъектам в маслихата о новых стандартах размещения и создания рекламных сооружений.

В этой связи установление в Законе РК «О статусе столицы Республики Казахстан» компетенции маслихата в виде принятия правил противоречит анализируемому Закону и, учитывая тот факт, что на практике порождает проблемы, соответственно, требует исключения.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

В подзаконных нормативных правовых актах, действующих в реализацию Закона, имеются понятия, которые не были приведены в соответствие с изменениями в самом Законе.

Например, в подпункте 4) пункта 2 Правил размещения объектов наружной (визуальной) рекламы в населенных пунктах (*утверждены постановлением Правительства РК от 7 февраля 2008 года № 121*) вывеска определена как информация о наименовании и роде деятельности субъекта торговли, включая его эмблемы, товарные знаки, бренды, размещаемая на недвижимых объектах в местах реализации товаров (услуг и работ) таким субъектом. Тогда как в анализируемом Законе понятие вывески было изменено в 2014 году и в настоящее время действует в новой редакции.

Полагаем, что необходимо устранить данное противоречие в целях соответствия нижестоящего акта вышестоящему законодательному акту.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

1. В соответствии с подпунктом 1-3) статьи 3 анализируемого Закона наружная (визуальная) реклама – это реклама, размещенная на рекламных сооружениях, на движимых и недвижимых объектах и доступная

визуальному восприятию на открытом пространстве в населенных пунктах и в полосе отвода автомобильных дорог общего пользования.

Далее в пункте 1-1 статьи 11 Закона указано, что к объектам наружной (визуальной) рекламы **не относится вывеска**, которая является информацией о роде деятельности физических и юридических лиц, включая средства их индивидуализации, размещаемая в пределах входа в здание по числу входов в него и (или) на входе ограждения занимаемой территории, а также на крышах и фасадах в пределах собственных (арендуемых) зданий, пристроек к ним и временных сооружений физических и юридических лиц в местах реализации товаров, выполнения работ и оказания услуг (*подпункт 7-1 статьи 3 анализируемого Закона*).

Из указанного следует, что **вывеска** не относится к объекту наружной (визуальной) рекламы и, тем самым, *не подлежит налогообложению*.

В этой связи на практике возникают проблемы с разграничением понятий «наружная (визуальная) реклама» и «вывеска», так как вывеска не облагается налогом, если она соответствует предъявляемым требованиям, в то время как наружная реклама облагается налогом согласно статье 528 Кодекса Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет»²²⁰. Однако имеются случаи, когда уполномоченные органы определяют «вывеску» наружной рекламой и, соответственно, направляют информацию в управления государственных доходов, которые, в свою очередь, облагают вывеску налогом.

Справочно:

1. Отдел архитектуры и градостроительства Павлодара определил плакат и выносную конструкцию индивидуального предпринимателя к категории «Объект наружной рекламы», а затем передал сведения о плательщиках платы за размещение рекламы в управление государственных доходов. Налоговики, в свою очередь, выставили счет за размещение визуальной рекламы порядка 140 тысяч тенге, более того, начислили пеню за неуплату. Впрочем, в Региональной палате предпринимателей не согласились с позицией государственных органов. Как рассказал эксперт РПП, индивидуальный предприниматель разместил плакаты над входом в шиномонтажную мастерскую и сауну, которые указывают на род деятельности. Размещенная предпринимателем вывеска «Шиномонтаж» и «Сауна» указывают лишь на то, что вышеуказанные объекты находятся в данном здании, также как и другие подобные вывески «Магазин», «Аптека», «АЗС». Информация о видах оказываемых услуг на указанной вывеске отсутствует, то есть какой-либо прямой рекламы не содержит. Более того, как выяснили эксперты РПП, действия сотрудников госорганов по обследованию мастерской на предмет установления объектов наружной рекламы не оформлялись ни актом, ни каким-либо иным документом. Замеры площади, размещенной над входом вывески, также не производились.

В связи с этим, действия отдела архитектуры и градостроительства по обследованию коммерческого объекта предпринимателя на предмет соблюдения законодательства о рекламе неправомерны, что послужило основанием для неправомерного начисления налоговой задолженности. Помимо этого, неясно, из каких

²²⁰ Пункт 1 статьи 528 Налогового кодекса РК - Плата за размещение наружной (визуальной) рекламы (далее – плата) взимается за размещение наружной (визуальной) рекламы на объектах стационарного размещения рекламы в полосе отвода автомобильных дорог общего пользования, на открытом пространстве за пределами помещений в населенных пунктах на территории Республики Казахстан.

расчетов и за какие периоды отделом архитектуры и налоговым органом производились начисления платы за размещение наружной рекламы. В данном случае государственные органы своими незаконными действиями навязали предпринимателю оплату за размещение наружной рекламы. Суд поддержал доводы экспертов Палаты предпринимателей Павлодарской области и признал действия госорганов незаконными. Кроме того, их обязали устранить допущенные нарушения прав и законных интересов предпринимателя²²¹.

2. «В компанию приходят уведомления об оплате налогов за наружную рекламу, но на нашем объекте висит баннер с названием магазина "SMALL" и картинка с продуктами, никакие бренды на картинке не указаны. Должна ли компания платить эти налоги? Ведь данная картинка указывает лишь, что данный магазин является продуктовым, а не магазином белья или косметики. Юрист Алматы жарнама поясняет, что все дело в картинке, даже если и не указаны бренды?»²²².

Схожий вопрос, в части отнесения к наружной рекламе информации о предмете деятельности, поднимают предприниматели, занимающиеся продажей аккумуляторов, владельцы станции технического обслуживания, автосервисов, нотариусы.

3. В Палату предпринимателей города Алматы продолжают поступать жалобы от компаний, которые не желают платить необоснованный, по их мнению, налог на вывеску. Например, одна и та же вывеска может трактоваться двояко даже представителями одного и того же госоргана. Так, в Жетысуском районе города Алматы вывеску предпринимателя посчитали рекламой и предъявили счет на оплату, тогда как в Медеуском и Турксибском районах ту же вывеску налогом не обложили.

Специалисты юридического отдела Управления архитектуры и градостроительства города Алматы этот инцидент аргументировали тем, что руководствуются Законом.

«Мы руководствуемся законом. В нем определены понятия, что такое вывеска. Вывеска – это информация о роде деятельности, точнее средство индивидуализации, размещенные на фасаде, при входе, на занимаемой огражденной территории, на крыше и т.д. Информация о роде деятельности – это название самого магазина, к примеру, магазин «Реалист». Вывеска налогом не облагается и не считается рекламой. Режим работы тоже не будет рекламой. Оформление витрин и окон образцами товаров, праздничное оформление (торговая марка) также не облагаются. А размещение дополнительной информации, которая привязана к реализации товаров, работ, услуг переходит к рекламе. Соответственно, считаем, что размещенная на фасаде картинка с образцами товарной продукции, размещенная не на витрине и окнах, автоматом переходит под рекламный объект».

Выходит, что инспектор на глаз определяет, что является вывеской, а что рекламой.

По итогам было принято решение направить соответствующее обращение в центральный аппарат НПП, в прокуратуру города Алматы для проверки законности и обоснованности действий Управления архитектуры и градостроительства города Алматы, районных управлений Департамента государственных доходов города Алматы, а также принятия мер прокурорского реагирования, направленных на защиту прав и законных интересов предпринимателей.²²³

Из вышеуказанных примеров следует, что в анализируемом Законе понятие «вывеска» является неэффективно реализуемой нормой, так как

²²¹ Электронный ресурс: <http://atameken.kz/ru/articles/26050>

²²² Вебинар на тему: «Вопросы отнесения объектов к объектам наружной рекламы» // Электронный ресурс: https://prg.kz/pravmedia/webinars_list/645-voprosy-otneseniya-obektov-k-obektam-naruzhnoy-reklamy.html

²²³ Электронный ресурс: <http://karagandy.palata.kz/ru/news/26422-trebuem-chetkoe-traktovanie-zakona-o-reklame-almatinskij-biznes>

возникает множество вопросов касательно отнесения рекламы к вывеске. Данный факт указывает на несовершенство закона в части понимания его прямыми участниками общественных отношений, регулируемого данным законом.

Принимая во внимание поручение Главы государства по созданию благоприятных условий для бизнес-среды, полагаем, что необходимо снизить риск необоснованного налогообложения предпринимателей. Тем самым, возникает необходимость в четком разграничении понятий «наружная реклама» и «вывеска». Данная необходимость также указана в статье «Вывеска или наружная реклама?», опубликованная на сайте www.zakon.kz²²⁴.

2. Одним из неэффективно реализуемых норм Закона является норма о запрете прерывания рекламой демонстрацию фильма в кино- и видеообслуживании, за исключением перерывов между сериями. Однако данная норма не работает на отечественных телеканалах, в которых демонстрация фильма прерывается рекламой по несколько раз за время продолжения фильма. Законодательно закрепленный запрет на прерывание рекламой фильма дает основание полагать, что существует ответственность за несоблюдение данной нормы. Однако ответственность не предусмотрена.

Необходимо включить в Кодексе об административных правонарушениях Республики Казахстан (далее – КоАП РК) ответственность за нарушение законодательства Республики Казахстан о рекламе в виде прерывания рекламой демонстрацию фильма в кино- и видеообслуживании.

Анализ вышеуказанной нормы приводит к выявлению пробела в законодательстве, возникший из-за отсутствия понятия о «кино- и видео обслуживании» в основных понятиях Закона. Значение данного понятия является неясным. Таким образом, имеет место самостоятельное толкование указанного понятия участниками общественных отношений, что приводит к неясностям и разногласиям. В этой связи, также предлагаем внести разъяснение о «кино- и видео обслуживании» в основные понятия Закона.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Наличие дублирующих норм закона в анализируемом Законе не обнаружено.

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

1. В соответствии с пунктом 2 статьи 11 Закона размещение объекта наружной (визуальной) рекламы допускается при наличии соответствующих разрешительных документов.

Статья 528 Налогового кодекса РК прямо запрещает размещение объектов рекламы без соответствующих документов. Данное означает, что размещение объекта наружной (визуальной) рекламы без разрешительных документов является нарушением законодательства.

²²⁴ Электронный ресурс: <http://www.zakon.kz/4647910-vyveska-ili-naruzhnaja-reklama.html>

Вместе с тем, в КоАП РК не предусмотрена ответственность за размещение объекта наружной (визуальной) рекламы без соответствующих разрешительных документов.

Необходимо отметить, что статья 455 КоАП РК предусматривает ответственность за нарушение законодательства РК о рекламе в целом, но она охватывает только два случая (1) *производство, распространение, размещение и использование рекламы товаров (работ и услуг), запрещенных к рекламе законами Республики Казахстан*; 2) *нарушение установленных законами Республики Казахстан требований к языкам распространения рекламы*).

Из указанного следует, что в КоАП РК отсутствуют нормы относительно ответственности лица за размещение объекта наружной (визуальной) рекламы без разрешительных документов.

Однако необходимо отметить тот факт, что в результате обнаружения нарушений размещения наружной (визуальной) рекламы посредством фото- или видеофиксацией местные исполнительные органы напрямую отправляют данные в управление государственных доходов. Управление государственных доходов же, в свою очередь, направляют нарушителям уведомление об оплате за наружную (визуальную) рекламу с учетом пени. Более того, местные исполнительные органы не выписывают заключения о выявленных нарушениях, предусмотренных Предпринимательским кодексом РК.

Указанные выше обстоятельства являются незаконными, так как в КоАП РК отсутствует ответственность за нарушение размещения наружной (визуальной) рекламы, и на каком основании управления государственных доходов выписывают уведомления об оплате с учетом пени неясно.

В этой связи в целях прекращения незаконной деятельности местных исполнительных органов и управлений государственных доходов полагаем необходимым предусмотреть ответственность за размещение объекта наружной (визуальной) рекламы без разрешительных документов.

2. В современном мире все прочнее укрепляется интернет пространство, в просторах которого мы можем найти и разместить разного рода информацию. Реклама в интернете встречается достаточно часто, начиная с сайтов социальных сетей и кино, заканчивая серьезными новостными и информационными порталами. Роль интернета растет с каждым днем, и уже невозможно представить развитие бизнеса без размещения рекламы в просторах интернета.

Одним из способов совершенствования законодательства о рекламе станет развитие нормативного регулирования рекламы в интернете. Анализируемый Закон не включает в себя нормы об интернете, за исключением того, что законом запрещается реклама интернет-казино.

В Российской Федерации правовое регулирование рекламы в интернете осуществляется как регулирование рекламы по сети электросвязи (ст. 18 *Федерального Закона РФ «О рекламе» от 13.03.2006 г.*). В Законе Республики Казахстан «О рекламе» отсутствует норма,

регулирующая рекламу по сети электросвязи, кроме статьи 10 Закона, которая включает в себя нормы по регулированию рекламы в кино-, видео- и справочном обслуживании.

Подтверждением необходимости регулирования рекламы в интернете является результаты деятельности органов прокуратуры в Республике Казахстан.

Справочно:

Прокуратура Турксибского района Алматы установила, что отдельными иностранными средствами массовой информации - интернет-ресурсами, на которые граждане Республики Казахстан свободно могут заходить, незаконно распространяется реклама алкоголя. «Реклама продукции осуществляется в нарушение требований статьи 14 Закона Республики Казахстан «О средствах массовой информации» и статьи 13 Закона Республики Казахстан «О рекламе», требованиями которых запрещена реклама этилового спирта и алкогольной продукции», - сообщили в прокуратуре.

Прокуратура внесла в районный суд четыре заявления о признании рекламы алкоголя, размещенной на интернет-ресурсах, незаконной и запрете ее распространения на территории Казахстана. Напомним, что в марте этого года 92 сайта были закрыты по иску прокуратуры Алматы, причиной стала реклама алкоголя. Иностранные порталы были закрыты по решениям судов²²⁵.

На основе вышеизложенного, предлагаем внести понятие о «рекламе в интернете» в анализируемый Закон. Это предоставляется возможным, посредством включения нормы о «рекламе в интернете» в статью 10 Закона, либо включения новой статьи, полностью регулирующего интернет-рекламу в Республике Казахстан.

Следует учесть такие составляющие как уточнение о понятии рекламы в интернете, о юрисдикции Республики Казахстан, об уполномоченном органе в сфере интернет-рекламы, о мерах наказания за нарушение этих норм.

Также следует отметить, что казахстанское законодательство не регулирует вопросы, связанные с нежелательной электронной рассылкой. В случае включения в Закон нормы о «рекламе в интернете», появится возможность урегулировать проблему со статусом *электронных спамов*.

Этим самым, еще больше подчеркивается необходимость включения в анализируемый Закон нормы об «интернет рекламе».

3. В анализируемом Законе указано, что государственный контроль за размещением наружной (визуальной) рекламы осуществляется *в иной форме* контроля посредством наблюдения с фото- или видеофиксацией фактов размещения наружной (визуальной) рекламы с нарушением требований законодательства Республики Казахстан. Возникает вопрос о том, какая именно форма имеется в виду. Необходимо дать пояснение этой форме контроля и включить в нее критерии определения формы.

На основе изучения обращений граждан было выявлено, что предприниматель столкнулся с препятствиями в распространении рекламы,

²²⁵ Электронный ресурс: https://tengrinews.kz/kazakhstan_news/sudom-almatyi-zapreschena-reklama-alkogolya-inostrannyih-256472/

осуществляемый через размещение его на опорах. Несмотря на заключение договора аренды с собственником опор, при обращении в уполномоченный орган (отдел архитектуры и градостроительства акимата города Тараз) для получения разрешения, предприниматель столкнулся с необходимостью заключения договора с энергопередающей организацией, приобретения приборов учета электроэнергии.

По данному делу НПП РК обратились за разъяснениями в КГУ «Отдел архитектуры и градостроительства акимата города Тараз». Из ответа следует, что они руководствуются Стандартом государственной услуги «Выдача разрешения на размещение объектов наружной (визуальной) рекламы в полосе отвода автомобильных дорог общего пользования областного и районного значения, а также в населенных пунктах» (*утратило силу 29.12.2016 г.*). Согласно данному стандарту заявителю необходимо предоставить «эскиз, включающий дневное и ночное изображение объекта наружной (визуальной) рекламы, объекта, на который предлагается разместить объект наружной (визуальной) рекламы, решения *по инженерному обеспечению функционирования объекта наружной (визуальной) рекламы*».

В обращении, ссылаясь на нормы Закона в части определения «рекламы», «указателя», «размещения наружной рекламы», а также на Постановление Правительства РК от 07.02.2008 года «Об утверждении Правил размещения объектов наружной (визуальной) рекламы в населенных пунктах», обращают внимание на то, что норму «решение о инженерном обеспечении функционирования объекта наружной (визуальной) рекламы» каждый толкует по своему пониманию, так как отсутствует единое понимание толкования данной нормы или порядок его применения.

В целях совершенствования и создания эффективного понимания норм Закона, необходимо ввести единое понятие в отношении инженерного обеспечения функционирования объекта наружной рекламы.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере рекламной деятельности, бланкетные и отсылочные нормы закона содержатся в допустимом количестве.

Бланкетные и отсылочные нормы рассматриваемого закона не противоречат требованиям Закона Республики Казахстан «О правовых актах».

Показатель 10. Наличие в законе коррупциогенных факторов

В соответствии с пунктом 6 статьи 11 анализируемого Закона местные исполнительные органы обязаны в течение пяти рабочих дней после

получения заявления выдать разрешение на размещение объектов наружной (визуальной) рекламы либо письменный ответ с обоснованным отказом.

Из этого следует, что в случае обращения лицами в местный исполнительный орган о выдаче разрешения на размещение объектов наружной (визуальной) рекламы, местные исполнительные органы могут отказать в выдаче разрешения.

Вместе с тем ни в анализируемом Законе, ни в подзаконных нормативных правовых актах, принятых в реализацию Закона, не указаны основания для отказа в выдаче разрешений на размещение объектов наружной (визуальной) рекламы. Полагаем, что данное является коррупциогенным фактором, так как позволяет местным исполнительным органам самостоятельно определять основания для отказа. Также могут иметь место случаи, при которых местный исполнительный орган выдаст разрешение на размещение даже при наличии явных нарушений со стороны заявителя в виду того, что отсутствуют какие-либо законные основания для отказа.

По данному вопросу интересен опыт Российской Федерации. Так, в пункте 15 статьи 19 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» установлены основания для решения об отказе в выдаче разрешения.

Справочно:

«15. Решение об отказе в выдаче разрешения должно быть мотивировано и принято органом местного самоуправления муниципального района или органом местного самоуправления городского округа исключительно по следующим основаниям:

1) несоответствие проекта рекламной конструкции и ее территориального размещения требованиям технического регламента;

2) несоответствие установки рекламной конструкции в заявленном месте схеме размещения рекламных конструкций (в случае, если место установки рекламной конструкции в соответствии с частью 5.8 настоящей статьи определяется схемой размещения рекламных конструкций);

3) нарушение требований нормативных актов по безопасности движения транспорта;

4) нарушение внешнего архитектурного облика сложившейся застройки поселения или городского округа. Органы местного самоуправления муниципальных районов или органы местного самоуправления городских округов вправе определять типы и виды рекламных конструкций, допустимых и недопустимых к установке на территории соответствующего муниципального образования или части его территории, в том числе требования к таким рекламным конструкциям, с учетом необходимости сохранения внешнего архитектурного облика сложившейся застройки поселений или городских округов;

5) нарушение требований законодательства Российской Федерации об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации, их охране и использовании;

6) нарушение требований, установленных частями 5.1, 5.6, 5.7 настоящей статьи»²²⁶.

²²⁶ Федеральный закон от 13 марта 2006 года №38-ФЗ «О рекламе» // Электронный ресурс: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_58968/

Более того, пунктом 16 статьи 19 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» определено, что в случае отказа органа местного самоуправления муниципального района или органа местного самоуправления городского округа в выдаче разрешения заявитель в течение трех месяцев со дня получения решения об отказе в выдаче разрешения вправе обратиться в суд или арбитражный суд с заявлением о признании такого решения незаконным.

Таким образом, полагаем, что указанный опыт является приемлемым для установления в анализируемом Законе, так как определения оснований для отказа в выдаче разрешений на размещение наружной (визуальной) рекламы, по нашему мнению, предупредит коррупциогенные последствия, которые могут возникнуть при действующей редакции анализируемого Закона.

Показатель 11. Наличие иных недостатков закона

1. В анализируемом Законе отсутствует понятие «рекламы товаров при дистанционном способе их продажи».

Вместе с тем в настоящее время в обществе распространен опыт использования интернет-магазинов. В свою очередь, реклама товаров в интернет-магазинах не подлежит регулированию анализируемым Законом.

Из указанного возникает необходимость в установлении в Законе норм, направленных на регулирование рекламы товаров при дистанционном способе их продажи.

Справочно:

Статья 8 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» посвящена вопросам регулирования рекламы товаров при дистанционном способе их продажи. Так, согласно статье 8 указанного Закона, в рекламе товаров при дистанционном способе их продажи должны быть указаны сведения о продавце таких товаров: наименование, место нахождения и государственный регистрационный номер записи о создании юридического лица; фамилия, имя, отчество, основной государственный регистрационный номер записи о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя.

2. В качестве общего замечания, хотелось бы отметить наличие множества обобщенных понятий в рассматриваемом Законе, о содержании и значении которых приходится догадываться читателю. Содержание статьи 3 Закона не является исчерпывающим, поскольку в тексте встречаются понятия, не предусмотренные основными понятиями Закона. В этой связи, предлагается пересмотреть статью 3 в целях эффективного применения и толкования норм Закона.

В Законе присутствует структура содержания по видам рекламы, а не по смысловому содержанию. Необходимо предусмотреть нормы об ограничении и запретах в одной статье, положения, регулирующие права и обязанности участников в отдельной статье.

Справка
по результатам мониторинга Закона Республики Казахстан
от 8 февраля 2003 года № 385 «О семеноводстве»

Показатель 1. Общая информация о Законе

1.1. Предмет правового регулирования

Закон Республики Казахстан от 8 февраля 2003 года № 385 «О семеноводстве» (далее – Закон) определяет правовые, экономические и организационные основы осуществления деятельности в области семеноводства и направлен на регулирование вопросов организации и функционирования системы семеноводства и государственного контроля за производством, заготовкой, обработкой, хранением, транспортировкой, реализацией и использованием семян сельскохозяйственных растений.

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 к отрасли законодательства о государственном регулировании хозяйственной деятельности (120.000.000.), в сфере сельского хозяйства (120.012.000.).

1.3. Соответствие закона стратегическим целям государства

Закон отвечает основным положениям Указа Президента Республики Казахстан от 14 февраля 2017 года № 420 «Об утверждении Государственной программы развития агропромышленного комплекса Республики Казахстан на 2017-2021 годы и внесении изменения и дополнения в Указ Президента Республики Казахстан от 19 марта 2010 года № 957 «Об утверждении Перечня государственных программ».

С принятием новой Государственной программы развития агропромышленного комплекса РК на 2017–2021 годы большой акцент делается на обеспечение высококачественными семенами.

С нынешнего года была пересмотрена программа по субсидированию оригинальных, элитных семян и семян первой репродукции по всем культурам. Субсидии предназначаются для производителей оригинальных и элитных семян хлопчатника. Они выплачиваются за фактически приобретенный семхозами объем оригинальных и элитных семян, а товаропроизводителям за фактически приобретенные объемы посевных семян первой репродукции.

Согласно программе развития агропромышленного комплекса, хлопководство будет сосредоточено на увеличении производства приоритетных видов продукции для реализации экспортного потенциала. Для выполнения этой задачи к 2021 году посевная площадь хлопчатника в области с учетом диверсификации посевных площадей, с соблюдением научно-обоснованного севооборота будет составлять в пределах 100 тысяч гектаров. Урожайность необходимо довести до 30 центнеров с гектара, при этом необходимо заготовить не менее 300 тысяч тонн хлопка-сырца.

Уже в нынешнем году 5% от общей площади планируется засеять элитными семенами, а остальные 95% – семенами первой репродукции. Казахский научно-исследовательский институт хлопководства из урожая 2017 года намерен произвести 7,5 тонны оригинальных и 50 тонн элитных семян. Эти меры обещают широкий мультипликативный эффект, обещая повысить конкурентоспособность отечественного хлопководства и увеличить рациональное использование орошаемых земель региона, а также трудовых, финансовых, технических и материальных средств.

Таким образом, отмечаем, что анализируемый Закон соответствует стратегическим целям государства и основным положениям смежных отраслевых законодательств Республики Казахстан.

Показатель 2. Данные о проверке закона на соответствие нормам Конституции Республики Казахстан

На основе проведенного анализа отмечаем, что Закон:

а) соответствует пункту 3 статьи 61 Конституции о праве Парламента издавать законы, которые регулируют важнейшие общественные отношения, устанавливают основополагающие принципы и нормы;

б) соответствует требованию о том, что ни в каких случаях не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные статьями 10, 11, 13-15, пунктом 1 статьи 16, статьей 17, статьей 19, статьей 22, пунктом 2 статьи 26 Конституции;

в) не содержит норм, противоречащих положению пункта 1 статьи 1 Конституции о том, что Республика Казахстан утверждает себя правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы;

г) не включает норм, содержащих необоснованные ограничения прав граждан и противоречащих положениям Конституции, которые касаются прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц;

д) не содержит норм, искажающие смысл норм и положений Конституции Республики Казахстан.

Показатель 3. Данные о соответствии закона вышестоящим нормативным правовым актам

1. Соответствие закона международным обязательствам Республики Казахстан

В настоящее время Республика Казахстан является участницей различных конвенций и в области семеноводства. К ним можно отнести:

Международную конвенцию по карантину и защите растений (принята в Риме 6 декабря 1951 года)²²⁷;

Соглашение о многосторонней межгосударственной специализации производства и поставок сортовых и гибридных семян сельскохозяйственных культур (Бишкек, 9 октября 1992 г.);

Соглашение о правовой охране сортов растений (документ принят в г. Москве на Экономическом совете Содружества Независимых Государств по поручению правительств государств - участников Содружества Независимых Государств 16 марта 2001 года);

Модельный закон о семенах (принят в г. Санкт-Петербурга 4 декабря 2004 года Постановлением 24-10 на 24-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ) и др.

Решением от 18 октября 1996 года странами - участницами СНГ для реализации Соглашения о многосторонней межгосударственной специализации производства и поставок сортовых и гибридных семян сельскохозяйственных культур от 9 октября 1992 года создан Межправительственный координационный совет по вопросам семеноводства Содружества Независимых Государств, в функции которого входят вопросы:

координации совместной деятельности в области селекции, сортоиспытания, семеноводства и межгосударственных поставок сортовых и гибридных семян и посадочного материала сельскохозяйственных и плодово-ягодных культур;

разработки и реализации современной концепции, обеспечивающей сохранение и дальнейшее развитие межгосударственной специализации производства и поставок сортовых и гибридных семян сельскохозяйственных культур, посадочного материала плодово-ягодных культур и винограда для стабильного обеспечения потребности в них всех земледельцев и землепользователей государств - участников Содружества;

рассмотрения предложений по сближению законодательства, совершенствованию правовых основ, позволяющих перейти к образованию

²²⁷ Указ Президента Республики Казахстан от 29 апреля 2010 года № 980 «О присоединении Республики Казахстан к Международной конвенции по карантину и защите растений»

общей законодательной базы государств - участников Содружества в области семеноводства и питомниководства;

содействия сохранению в государствах - участниках Содружества взаимовыгодных кооперационных связей в области семеноводства, созданию общего рынка семян и посадочного материала на базе информационно-аналитической системы и оперативного обеспечения задач управления этим рынком, совершенствованию ценового механизма и взаиморасчетов между поставщиками и получателями семян.

Отмечаем, что нормы Закона соответствуют международным обязательствам Республики Казахстан.

2. Соответствие закона нормам Конституционных законов Республики Казахстан

Закон не содержит норм, противоречащих нормам Конституционных законов Республики Казахстан.

3. Соответствие закона нормам кодексов Республики Казахстан

Закон не содержит норм, противоречащих нормам кодексов Республики Казахстан.

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

4.1. Согласно подпункту 7) статьи 1 Закона *оригинальные семена - семена, произведенные автором сорта сельскохозяйственного растения, уполномоченным им лицом или оригинатором сорта и предназначенные для производства элитных семян*. Между тем, отмечаем, что *оригинатором сорта является физическое или юридическое лицо, которое обеспечивает сохранение сорта* (подпункт 1б) статьи 1 Закона).

В данном случае, возникает вопрос относительно правового статуса «оригинатора сорта», так согласно дефиниции это лицо, обеспечивающее только сохранение сорта. Тогда как подпунктом 7) статьи 1 Закона регламентировано, что оригинатор сорта может являться производителем сорта сельскохозяйственного значения, иными словами автором сорта.

К примеру, в России, оригинатором сорта сельскохозяйственного растения является физическое или юридическое лицо, которое *создало, вывело, выявило сорт сельскохозяйственного растения* и (или) обеспечивает его сохранение и данные о котором внесены в Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию (статья 6 Федерального закона «О семеноводстве»).

Однако согласно подпункту 14) статьи 1 Закона Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 422-І «Об охране селекционных достижений» *автор селекционного достижения (селекционер) - физическое лицо, которое создало, выявило или вывело сорт, породу*. В соответствии с данной нормой понятие «оригинатор сорта» должно определяться шире, в частности помимо обеспечения сохранности сорта, являться лицом, во-первых, только физическим, тогда как согласно дефиниции - юридическое лицо. Во-вторых, лицо, которое создало, выявило или вывело сорт соответствующего сельскохозяйственного значения, то есть автор.

Вместе с тем, отмечаем, что как автор, оригинатор сорта должен иметь охранный документ – патент, тогда как статьей 13 Закона РК «Об охране селекционных достижений» патент выдается:

- «1) автору (авторам);
- 2) его наследнику (наследникам);
- 3) физическим и (или) юридическим лицам (при их согласии), которые указаны автором (авторами) или его (их) правопреемником в заявке на селекционное достижение либо в заявлении, поданном в уполномоченный орган до момента принятия решения о выдаче патента на селекционное достижение;
- 4) работодателю, если селекционное достижение создано, выявлено или выведено работником при выполнении служебного задания или служебных обязанностей.».

Как видно из содержания данной нормы субъект, как оригинатор сорта отсутствует, поэтому не может быть патентообладателем.

Кроме того, необходимо отметить, что в анализируемом Законе не регламентировано правовое положение оригинатора сорта, следовательно, возникает вопрос о целесообразности правового регулирования данного субъекта. В этой связи, предлагаем исключить оригинатора сорта с передачей его функций другому субъекту в области семеноводства.

4.2. Согласно подпункту 2) статьи 5 Закона *Правительство Республики Казахстан определяет уполномоченный орган.*

Считаем, что данное полномочие является нецелесообразным, поскольку Законом определен уполномоченный орган в области семеноводства, а именно это центральный исполнительный орган, осуществляющий руководство и межотраслевую координацию в области семеноводства (подпункт 3б) статьи 1 Закона).

В этой связи, полагаем необходимым, исключить вышеуказанное полномочие Правительства Республики Казахстан по определению уполномоченного органа.

Показатель 5. Наличие устаревших норм закона

5.1. Согласно подпункту 3) пункта 2 статьи 9 Закона государственный контроль в области семеноводства предусматривает *контроль за деятельностью аттестованных субъектов семеноводства на соответствие их разрешительным требованиям, утвержденным Правительством Республики Казахстан.*

В свою очередь указанный нормативный правовой акт, а именно Постановление Правительства Республики Казахстан от 30 ноября 2011 года №1393 «Об утверждении Правил аттестации некоторых субъектов в области семеноводства», **исключен** Законом Республики Казахстан от 29 сентября 2014 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам разграничения полномочий между уровнями государственного управления». В этой связи, считаем необходимым, привести в соответствие отсылочную норму рассматриваемого подпункта с действующим законодательством.

Показатель 6. Наличие неэффективно реализуемых норм закона

6.1. Статья 19 Закона предусматривает ввоз в Республику Казахстан и вывоз из Республики Казахстан партий семян, при этом отмечаем, что из семи пунктов рассматриваемой статьи действуют только три, в частности:

пункт 1: «Ввоз в Республику Казахстан и вывоз из Республики Казахстан партий семян осуществляются в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан».

пункт 5: «Ввозимые в Республику Казахстан и вывозимые из Республики Казахстан партии семян должны сопровождаться документами, удостоверяющими их сортовые и посевные качества, и соответствовать требованиям, установленным техническими регламентами и нормативными документами по стандартизации в области семеноводства».

пункт 7: «Ввозимые в Республику Казахстан партии семян подлежат контролю по карантину растений, фитосанитарной и семенной экспертизе в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан».

Однако данная статья не предусматривает механизмы запрета или ограничения ввоза на территорию Республики Казахстан в отношении нерайонированных, некондиционных семян, семян без документов на сортовые и посевные качества, неизвестного происхождения, в том числе генно-модифицированных, что может привести к снижению уровня продовольственной безопасности страны.

Согласно подпункту 7-2) пункта 1 статьи 6 Закона уполномоченный орган ведет Государственный реестр селекционных достижений, рекомендуемых к использованию в Республике Казахстан, при этом необходимо отметить, что в анализируемой статье отсутствует норма, запрещающая ввоз в Республику Казахстан партий семян сельскохозяйственных растений, сорта которых не включены в Государственный реестр селекционных достижений.

В данном вопросе можно привести в пример опыт Российской Федерации. Так, статьей 33 Федерального закона «О семеноводстве» предусмотрено: «Запрещен ввоз в Российскую Федерацию партий семян в незатаренном состоянии (насыпью), обработанных химическими или биологическими препаратами, а также партий семян сельскохозяйственных растений, сорта которых не включены в Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию, за исключением партий семян, предназначенных для научных исследований, государственных испытаний, производства семян для вывоза из Российской Федерации.»

Таким образом, предлагаем статью 19 Закона пересмотреть на предмет запрета ввоза в Республику Казахстан семян сельскохозяйственных растений, сорта которых не включены в Государственный реестр селекционных достижений.

6.2. Статья 4 Закона предусматривает государственное регулирование в области семеноводства, при этом отмечаем, что данная статья не содержит конкретных мер государственного стимулирования селекционной деятельности. Считаем, что целями государственного регулирования в рассматриваемой области должно быть создание и использование селекционных достижений, обеспечивая тем самым продовольственную безопасность страны. Следовательно, государство не обеспечивает развитие ни сельского хозяйства, ни селекционной деятельности. «Было бы правильным стимулировать развитие и использование селекционных достижений не усилением их правовой охраны, а принятием конкретных протекционистских мер по отношению, как к селекционеру, так и к фермеру».²²⁸

В соответствии со статьей 91 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан под государственной поддержкой понимается комплекс государственных мер по стимулированию развития частного предпринимательства, созданию благоприятных правовых, экономических

²²⁸ Право интеллектуальной собственности: учебник/под ред. И.А. Близнеца, М., 2014.

условий для реализации предпринимательской инициативы в Республике Казахстан.

К примеру, Законами Российской Федерации (статья 15) и Туркменистана (статья 25) «О семеноводстве», Законом Украины «О семенах и посадочном материале» (статья 27) определены меры по государственной поддержке семеноводства, в частности выделение государственных инвестиций, государственного регулирования цен, предоставление налоговых льгот, компенсации затрат на производство оригинальных и элитных семян, а также мер экономического стимулирования.

Таким образом, считаем необходимым, уделить особое внимание в регулировании семеноводства и развитии аграрного сектора в целом, где важнейшую роль играет государство и механизмы государственной поддержки.

6.3. Статья 5 Закона предусматриваем компетенцию Правительства Республики Казахстан в области семеноводства, в частности из четырнадцати подпунктов данной статьи в настоящее время действуют только четыре, причем одна компетенция является нецелесообразной по определению уполномоченного органа.²²⁹ Другая компетенция регламентирует о выполнении иных функций, возложенных на Правительство Конституцией, законами Республики Казахстан и актами Президента Республики Казахстан.

Так, согласно Предпринимательского кодекса Республики Казахстан в целях стимулирования развития субъектов предпринимательства государством проводится комплекс мер, направленных на создание благоприятных правовых, экономических, социальных условий и гарантий для реализации предпринимательской инициативы (статья 16).

В этой связи, считаем целесообразным включить в компетенцию Правительства по *формированию благоприятных условий для привлечения инвестиций и принятию иных мер по развитию семеноводства*, что является, на наш взгляд, одним из приоритетных направлений улучшения инвестиционного климата для развития области семеноводства. Также заключается в необходимости постоянного наращивания объема инвестиций, что позволит поднять объемы и технологический уровень сельскохозяйственного производства, в том числе семеноводства.

Показатель 7. Наличие дублирующих норм закона

Наличие дублирующих норм Закона не выявлено.

²²⁹ См. показатель «4. Наличие коллизий между нормами закона и нормами иных законов» (второй пункт) настоящей справки

Показатель 8. Наличие пробелов в законе

8.1. Подпункт 1) статьи 4 Закона устанавливает, что *государственное регулирование в области семеноводства осуществляется посредством аттестации субъектов семеноводства, включающей:*

первичную аттестацию субъектов семеноводства;

переаттестацию субъектов семеноводства по истечении срока действия свидетельства об аттестации;

постаттестационное ежегодное обследование субъектов семеноводства на предмет соответствия квалификационным требованиям.

Вместе с тем статья 10 Закона устанавливает аттестацию субъектов семеноводства, а также их переаттестацию. Однако в данной статье не регламентировано прохождение постаттестационного обследования субъектов семеноводства на предмет соответствия квалификационным требованиям.

В этой связи рекомендуем дополнить статью 10 Закона пунктом 3, при этом изложив в следующей редакции:

«Субъекты семеноводства обязаны проходить постаттестационное ежегодное обследование на предмет соответствия квалификационным требованиям».

8.2. Пунктами 3, 4 статьи 17 Закона определены страховые и переходящие фонды семян. Так, *страховые фонды семян представляют собой запасы семян сельскохозяйственных растений и формируются сельскохозяйственными товаропроизводителями самостоятельно для обеспечения посева в случае неурожая. Переходящие фонды семян представляют собой запасы семян озимых сельскохозяйственных растений и формируются сельскохозяйственными товаропроизводителями самостоятельно.*

Вместе с тем, отмечаем, что Законом не предусмотрены порядки ведения страховых и переходящих фондов, при этом считаем, что уполномоченный орган обязан разработать общие правила управления данных фондов.

По примеру стран Европы и США общий контроль за состоянием рынка овощных семян в стране находится у крупных общественных организаций: в Европейской части России - АНРСК (Ассоциация независимых российских семеноводческих компаний), в Сибири - Союзу овощеводов Сибири. В эти организации входит большинство семеноводческих фирм страны, которые отвечают за реализацию качественных семян участниками этих объединений, совместно с региональными и федеральными органами решают вопросы размножения

отечественных сортов и гибридов и доводят квоты производства семян до производителей. В этом случае государственные органы осуществляют общий надзор за деятельностью всех участников рынка семян, проводят выборочные проверки для оценки качества реализуемых семян.²³⁰

В этой связи, предлагаем в целях содействия сельскохозяйственным товаропроизводителям закрепить порядок формирования и использования страховых и переходящих фондов семян.

8.3. Подпунктом 16) пункта 1 статьи 6 Закона предусмотрена компетенция уполномоченного органа в *регистрации оригинаторов сортов в соответствии с правилами регистрации оригинаторов сортов, утвержденными уполномоченным органом*. В соответствии с данной нормой утверждены Правила регистрации оригинаторов сортов (*Приказ Заместителя Премьер-Министра Республики Казахстан - Министра сельского хозяйства от 23 февраля 2004 года № 91. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 17 марта 2004 года №2746*), определяющие порядок регистрации оригинаторов сортов.

Так пунктом 8 указанных Правил предусмотрено, что *в случае аннулирования или досрочного прекращения действия патента или лицензии на сорт, а также исключение сорта из Госреестра оригинатор сорта исключается из перечня оригинаторов сортов*. Однако данными Правилами не регламентирован порядок ведения перечня оригинаторов сорта, что является «упущением» и способствует формированию разной практики применения норм законодательства.

Кроме того, в указанных Правилах отсутствует понятийный аппарат, дефиниции которые используются в данном нормативном правовом акте.

Таким образом, считаем необходимым, в целях исключения пробелов в правовом регулировании, устранить вышеуказанные дефекты законодательства.

8.4. Согласно подпункту 2) статьи 4 Закона *государственное регулирование в области семеноводства осуществляется посредством ведения Государственного реестра селекционных достижений, рекомендуемых к использованию в Республике Казахстан, и перечня перспективных сортов сельскохозяйственных растений*.

Порядок ведения Государственного реестра селекционных достижений, рекомендуемых к использованию в Республике Казахстан, утверждены приказом и.о. Министра сельского хозяйства РК от 25 февраля 2010 года №118. Следует отметить, что в данных Правилах должны раскрываться и детализироваться порядок ведения Государственного реестра селекционных

²³⁰ В.А. Лудилов, д.с.х. наук, Заслуженный деятель науки РФ «Какой Закон «О семеноводстве» нам нужен?»

достижений и перечня перспективных сортов. Однако в ходе анализа указанного нормативного правового акта выявлено отсутствие порядка ведения перечня перспективных сортов.

В этой связи, считаем целесообразным, в целях исключения формирования различной практики применения норм действующего законодательства, в ведомственном приказе закрепить порядок ведения перечня перспективных сортов.

8.5. Подпункт 10) статьи 4 Закона предусматривает, что государственное регулирование в области семеноводства осуществляется посредством *формирования инвестиционной, кредитной политики в области семеноводства.*

Полагаем целесообразным наряду с инвестиционной, кредитной политики указать **налоговую и таможенную**, поскольку и в данные сферы должны быть целями государственного управления в области семеноводства. К примеру, по аналогии с подпунктом 8) статьи 3 Закона Республики Казахстан от 19 января 2001 года № 143 «О зерне», предусматривающим формирование инвестиционной, кредитной, налоговой и таможенной политики в зерновом производстве.

В этой связи рекомендуем внести дополнение в анализируемую статью Закона, предусмотрев государственное регулирование в области семеноводства посредством формирования налоговой и таможенной политики.

Показатель 9. Наличие излишних бланкетных и отсылочных норм закона

Принимая во внимание специфику регулирования общественных отношений в сфере семеноводства, отмечаем, что 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

10.1. Подпункт 11) статьи 6 Закона закрепляет за уполномоченным органом полномочие *по разработке и утверждению нормативных правовых актов по вопросам сортоиспытания и семеноводства и формы документации на семена.* Данная норма позволяет толковать указанное полномочие по утверждению актов расширительно, в частности понимается, как возможность издавать любой нормативный правовой акт по

вопросам сортоиспытания и семеноводства и формы документации на семена без учета наличия или отсутствия прямой компетенции уполномоченного органа.

Отмечаем, что согласно пункту 3 статьи 34 Закона «О правовых актах» принятие нормативного правового акта уполномоченным органом допускается только *в случаях, когда компетенция уполномоченного органа по принятию данного акта прямо предусмотрена законодательством Республики Казахстан.*

Таким образом, в целях исключения возможности совершения коррупционных правонарушений необходимо изменить редакцию рассматриваемой нормы.

**СБОРНИК АНАЛИТИЧЕСКИХ СПРАВОК
ПО РЕЗУЛЬТАТАМ ПРАВОВОГО МОНИТОРИНГА**
(3-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>