

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ
на проект Закона Республики Казахстан
«О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан»
(от 25 января 2017 года)¹

1. Изменение пункта 1 ст. 26 Конституции Республики Казахстан

Проект закона предлагает в п. 1 ст. 26 заменить слова *«граждане Республики Казахстан»* словом *«каждый»*. В новой редакции норма как будто бы защищает одинаковым образом собственность граждан Республики Казахстан (РК) и иностранцев. В принципе такое распространение конституционного права собственности на каждого можно приветствовать. Собственность гражданина РК и иностранного гражданина, если объектом собственности является, например, машина или квартира, в принципе заслуживают одинаковой защиты. С другой стороны, в особых случаях, например, дефицита или экономического кризиса вполне обоснованно, что РК хочет отдавать предпочтение своим гражданам, и дает им лучший доступ к определенным категориям объектов собственности. Исключает ли это новая редакция п. 1 ст. 26? Для изучения этого вопроса следует обратить внимание на другие статьи Конституции.

Ст. 6 Конституции Республики Казахстан регулирует:

- «1. В Республике Казахстан признаются и равным образом защищаются государственная и частная собственность.»*
- 2. Собственность обязывает, пользование ею должно одновременно служить общественному благу. Субъекты и объекты собственности, объем и пределы осуществления собственниками своих прав, гарантии их защиты определяются законом.*
- 3. Земля и ее недра, воды, растительный и животный мир, другие природные ресурсы находятся в государственной собственности. Земля может находиться также в частной собственности на основаниях, условиях и в пределах, установленных законом» (в действующей редакции).*

Пункт 4 ст. 12 Конституции регулирует:

- «4. Иностранцы и лица без гражданства пользуются в Республике правами и свободами, а также несут обязанности, установленные для граждан, если иное не предусмотрено Конституцией, законами и международными договорами» (в действующей редакции).*

Итак, *«субъекты собственности»* согласно п. 2 ст. 6 Конституции РК определяются законом, а иностранцы и лица без гражданства пользуются правами и свободами, если иное не предусмотрено Конституцией, законами и международными договорами (п. 4 ст. 12).

¹ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики. Центр исследования правовой политики выражает благодарность профессору кафедры публичного права, русского права сравнительного правоведения юридического факультета Университета им. Гумбольта (Берлин, ФРГ), постоянному доценту Центрального Европейского Университета (Будапешт, Венгрия) БЛАНКЕНАГЕЛА А. за неоценимую помощь в подготовке данного экспертного заключения.

Это значит, что и в новой редакции п. 1 ст. 26 у законодателя остаются широкие возможности дифференцированного регулирования собственности в отношении иностранных граждан и лиц без гражданства. С одной стороны, такие возможности открываются на основе общего положения п. 1 ст. 6, которое дополняет регулирование ст. 26 Конституции РК само собой разумеющимися возможностями конкретизации права собственности законом. Изменение п. 1 ст. 26 никоим образом не трогает основополагающий п. 1 ст. 6 Конституции РК.

С другой стороны, такие возможности предоставлены законодателю в п. 4 ст. 12 Конституции РК, содержащем основополагающее регулирование правового статуса иностранных граждан и лиц без гражданства, которое введением новой редакции п. 1 ст. 26 не теряет свое действие.

Такое дифференцированное регулирование включает возможность регулирования особых условий приобретения собственности и пользования ею категориями лиц, перечисленных в п. 4 ст. 12, если, конечно, для это существует рациональное оправдание.

В отношении собственности на землю ситуация еще яснее. Земля находится в особом правовом режиме, потому что как правило она должна находиться в государственной собственности и (только) в порядке исключения она может находиться и в частной собственности. В таком случае основания, условия и пределы регулируются законом. Ввиду особого конституционного статуса земли при существовании рациональных причин законодатель может регулировать собственность на землю дифференцированным образом по отношению к гражданам РК с одной стороны и иностранным гражданам, и лицам без гражданства, с другой стороны. Пункт 1 ст. 12 Конституции как раз и указывает на такой дифференцированный подход.

Подводя итоги: Новая редакция пункта 1 ст. 26 Конституции РК является убедительной, потому что в принципе собственность должна быть защищена равным образом независимо от гражданства собственника. С другой стороны, новая редакция дает законодателю достаточный диапазон усмотрения, так, как и при новой редакции у законодателя остается возможность регулировать, при наличии рациональной причины, собственность граждан Республики Казахстан и иностранных граждан, и лиц без гражданства дифференцированным образом.

Однако, важно учесть мнение населения на предлагаемые изменения. Если население видит в предлагаемых правках пункта 1 ст. 26 Конституции РК определенную угрозу в отношении права собственности на землю, то государство должно ставить интересы собственных граждан в приоритетную позицию перед иными аргументами. На это указывает статья 3 Конституции РК, которая прямо предусматривает, что единственным источником государственной власти является народ. Ввиду этого, рекомендуется на данном этапе не подвергать изменению п. 1 ст. 26 Конституции РК и очень взвешенно подойти к вопросу защиты права собственности для иностранных граждан и лиц без гражданства, предусмотрев для них гарантии путем иных формулировок нежели это предлагается в проекте.

2. Изменение п. 2 ст. 26 Конституции Республики Казахстан

Новая редакция п. 2 ст. 26 дополняет действующий вариант п. 2 ст. 26 двумя новыми положениями, предложениями 1 и 3:

Право собственности неприкосновенно. Не допускается принятие законов и иных правовых актов, ограничивающих или лишающих права собственности на имущество, приобретенное законным путем, если иное не предусмотрено Конституцией.»

Думается, что это регулирование продуманно недостаточно. С одной стороны, собственность очевидно не является неприкосновенной. На это прямо указывает возможность лишения собственности, предусмотренная п. 3 ст. 26 Конституции РК. Еще больше сомнений вызывает положение 3 пункта 2 проекта изменения ст. 26. Для начала посмотрим на природу основного права собственности и затем на систему регулирования собственности и основных прав в казахстанской Конституции.

Собственность является нормальным основным правом, и как таковое, и, как и почти все другие основные права она подлежит – безусловно – ограничениям. Примерами здесь могут служить противопожарные правила, законы, обеспечивающие охрану окружающей среды, законы, ограничивающие пользование собственностью в целях защиты жизни, здоровья и собственности третьих лиц, а также законы защищающие государственные интересы. Лишение собственности, предусмотренное п. 3 ст. 26 Конституции РК является самым интенсивным ограничением собственности, при котором защищается только денежная ценность собственности (но не имение объекта собственности). Но кроме этого конечно существует большой диапазон других, более мягких вариантов ограничений собственности, при которых собственник остается собственником, и о них Конституция не должна молчать.

Изучая регулирование собственности в Конституции РК в действующей редакции и в редакции предлагаемой проектом, мы видим противоречивую картину. С одной стороны, п. 2 ст. 6 Конституции РК регулирует возможность ограничения собственности в целях реализации ее социальной функции. Если же допустить что предлагаемая редакция п. 2 ст. 26 станет действующим правом, то п. 2 будет приводить читателя в заблуждение – ограничений нет кроме в тех случаях, когда Конституция это разрешает. Такое разрешение читатель обнаружил бы в п. 2 ст. 6, где Конституция разрешает, в целях осуществления общественного блага, определение объектов и субъектов собственности, объем и пределы осуществления собственником своих прав законом. С этим, неясности еще не закончатся, поскольку п. 3 ст. 39 Конституции РК регулирует:

*«Ни в каких случаях не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные статьями 10, 11, 13-15, пунктом 1 статьи 16, статьями 17, статьями 19, статьями 22, **пунктом 2 статьи 26 Конституции** (в действующей редакции)».*

Проект не показывает намерение инициаторов адаптировать п. 3 ст. 39 к новой редакции п. 2 ст. 26 Конституции РК. Конечно, проблема п. 3 ст. 39 Конституции РК является старой проблемой, не связанной с представленным проектом изменения Конституции, но новая редакция п. 2 ст. 26 только открывает новый аспект этой проблемы.

Подводя итоги: Новая редакция п. 2 ст. 26 представляется сомнительной. Положения 1 и 3 являются излишними, ввиду того, что их авторы пытаются создать впечатление недопустимости ограничения собственности одновременно создавая правовую природу собственности, которая как раз заключается в необходимости законодательной конкретизации, которая неизбежно включает аспекты ограничения собственности. Таким образом, изменение пункта 2 ст. 26, содержащее необоснованные и неоправданные обещания выглядит неубедительным.

3. Изменения статей, регулирующих функционирование политической системы Республики Казахстан – Общие соображения

Казахстан сейчас является демократией с очень сильным Президентом. По объему и силе своих полномочий Президент является самым сильным политическим «игроком», что

наглядно показывает его безоговорочное² право распустить Парламент или Мажилис, закрепленное п. 1 ст. 63 Конституции РК, и его таким же образом безоговорочное право принимать решение о прекращении полномочий Правительства или об освобождении от должности любого члена Правительства, предусмотренное п. 8 ст. 70 Конституции РК.

На фоне такой Конституции с преобладающим все другие государственные органы Президентом изменение Конституции РК на наш взгляд может и должно идти в одном направлении - в направлении более равновесного распределения государственной власти между Президентом, Парламентом и Правительством (и возможно и судебной системой, включая Конституционный совет).

Это никак не значит, что целью такого изменения должен являться слабый Президент и парламентская система. Президент может остаться сильной фигурой, теряя лишь все-обладающую позицию. Нельзя забывать, что качество функционирования политической системы, где почти вся государственная власть сосредоточена в одном государственном органе и в одном человеке, зависит именно от качества работы этого человека и его способностей справиться с многочисленными и многообразными проблемами функционирования государства. Нельзя также забыть, что давно уже кончились те переходные времена после распада СССР, в которых все-обладающий Президент мог оказаться функциональным.

Итак, мерилom оценки запланированных конституционных изменений политической системы РК будет вопрос, как ими достигается цель более равновесного распределения государственной власти между Президентом, Парламентом и Правительством. При этом в первую очередь интерес представляет усиление Парламента. Ведь при перераспределении государственной власти власть должна перейти к тому государственному органу, который имеет прямую и наивысшую демократическую легитимацию, т. е. прямо избранному Парламенту. Что касается Правительства, то в президентской системе перераспределение власти может и желательно должно происходить таким образом, чтобы Правительство становилось ответственным не только перед Президентом, но и перед Парламентом, таким образом усиливая позицию Парламента.

а. Изменения Конституции РК затрагивающие позицию Парламента

Законопроект содержит целый ряд положений, которые усиливают позицию Парламента, как правило по отношению к Президенту, частично по отношению к Правительству или к другим государственным органам.

Так по статье 44 подпункт 3 структура Правительства, если изменения будут приняты, определяется «после консультаций с Мажилисом Парламента». Пункт 2 ст. 64 повторяет и утверждает это право Парламента участвовать в консультациях при определении структуры Правительства. Другими словами - изменение усиливает Парламент символически, но не приростом новых полномочий.

Пункт 2 ст. 45 Конституции РК упраздняется. По этой статье *«акты Парламента, подписываемые Президентом Республики, а также акты Президента, издаваемые по инициативе Правительства, предварительно скрепляются соответственно подписью Председателя каждой из Палат Парламента либо Премьер-Министра, на которых возлагается юридическая ответственность за законность данных актов»*. Другими словами, здесь с одной стороны председатели палат Парламента теряют определенную

² Консультации с председателями палат Парламента и Премьер-министром лишь являются консультациями в чистом смысле слова: никакого права блокировать или задерживать решение о роспуске Парламента или Мажилиса у этих «консультантов» нет.

функцию, с другой стороны они больше не отвечают за законность этих актов Парламента, которые подписывает Президент.

Подпункт 3 ст. 53 Конституции РК также упраздняется. По этой статье Парламент на совместном заседании палат был вправе *«двумя третями голосов от общего числа депутатов каждой из Палат по инициативе Президента вправе делегировать ему законодательные полномочия на срок, не превышающий одного года»*. Итак, Парламент больше не имеет возможность отдать свои законодательные полномочия Президенту и таким образом осуществляется само собою разумеющаяся конституционная нормальность, что полномочия государственных органов, конкретно Парламента, одновременно являются их правом и обязанностью.

Предлагаемая редакция подпункта 6 ст. 57 Конституции РК с одной стороны ослабляет позицию Парламента повышая необходимое большинство регулируемого там решения, но с другой стороны усиливает позицию Парламента давая этому решению обязательный эффект для Президента. Большинством - не менее двумя третями голосов (раньше *«большинством голосов от общего числа депутатов Палаты»*) Парламент в праве принимать обращение к Президенту Республики об освобождении от должности члена Правительства в случае неисполнения им законов Республики. В таком случае Президент освобождает члена Правительства от должности, в отличие от действующей редакции подпункта 6 ст. 57, по которой Президент мог отклонить такое обращение. Несмотря на повышенное большинство новое регулирование в итоге усиливает позицию Парламента и дает ему хоть и небольшой, но все же рычаг воздействия на Правительство.

Предлагаемая редакция п. 2 ст. 61 Конституции РК явно усиливает право Парламента самостоятельно организовать свою работу. В новой редакции у Президента остается некое право определять приоритетность рассмотрения законопроектов, так Парламент должен рассмотреть такие приоритетные законопроекты в течение текущей сессии. По действующей Конституции *«Парламент должен рассмотреть данный проект в течение месяца со дня его внесения. При неисполнении Парламентом настоящего требования Президент Республики вправе издать указ, имеющий силу закона....»*. Здесь в особенности хочется приветствовать устранение права Президента издавать законно-заменяющие указы.

Проект в п. 2 ст. 64 Конституции РК опять же усиливает позицию Парламента, делая Правительство ответственным перед Парламентом без ограничений. Действующая Конституция ограничивала ответственность Правительства перед Парламентом на *случаи, пересмотренные Конституцией*. Однако, конкретизация этого общего положения об ответственности Правительства перед Парламентом не является достаточно убедительной. На наш взгляд в Конституции РК не хватает вотума недоверия, посредством которого Парламент мог бы прекращать полномочия Правительства, разумеется без отрицательных последствий для самого Парламента.

Новая редакция подпункта 4 ст. 67 Конституции РК регулирует, что доклад Правительства об основных направлениях его деятельности и его важнейших решениях должен быть адресован не только, как это регулируется в действующей Конституции, Президенту, но также Мажилису Парламента, таким образом усиливая позицию нижней палаты Парламента.

Ст. 70 пункт 1 опять же прибавляет Парламенту новую функцию регулируя, что Правительство слагает свои полномочия перед вновь избранным Мажилисом Парламента. В действующей редакции адресатом сложения был Президент.

Также предлагается увеличить права Парламента по отношению к судебной системе и прокуратуре. Так, пункт 3 ст. 79 Конституции в новой редакции регулирует, что требования, предъявляемые к судьям, определяются конституционным законом, в то время как сейчас эти требования регулируются самой Конституцией в ст. 79.

Таким образом Парламент сейчас имеет новое право определить профессиональный профиль судей, хоть это и должно быть урегулировано конституционным законом, т. е. с точки зрения востребованного большинства через довольно высокий порог, это все же является усилением Парламента.

Проект в ст. 81 отменяет надзор (по крайней мере он больше не упоминается в Конституции) и дает Парламенту возможность и право регулировать компетенции Верховного суда РК законом. Таким же образом новая редакция пункта 1 ст. 83 упрощает регулирование функции прокуратуры и передает предмет регулирования прокурорского надзора в руки Парламента («...в установленных законом пределах и формах...»). Очень детальное регулирование действующей редакции пункта 1 ст. 83, которое в некоей степени подрывало компетенцию регулирования этого вопроса законом в пункте 4 ст. 83, исключается, так что законодатель сейчас этим конституционным регулированием больше не связан. Удивление вызывает факт, что пункт 4 ст. 83 не приспособливается к предлагаемой редакции пункта 1 ст. 83.

Некоторые новые функции Парламента можно найти в проекте и в статьях, регулирующих местное государственное управление и самоуправление. Прекращение полномочий маслихата сейчас предлагается осуществлять после консультации с председателями палат Парламента (и Премьер-Министром). В действующей статье 86 Конституции в пункте 5 полномочия маслихата прекращаются Президентом.

Новая редакция ст. 87 в пункт 4 аналогичным образом передает регулирование назначения или выборов акимов более маленьких территориальных единиц Парламенту (законом); в действующей версии статьи это определяет Президент.

Подводя итоги можно сказать, что позиция Парламента в системе разделения властей между государственными органами якобы усиливается. Однако при очень тщательном анализе становится ясно, что во многих случаях прирост компетенций Парламента (или Мажилиса) касается таких прав как право быть услышанным, участвовать в каких-то решениях или таким образом только символически улучшает позицию Парламента (ст. 44 подпункт 3; ст. 45 пункт 2; ст. 64 пункт 2; ст. 65 пункт 2; ст. 70 пункт 1).

Прироста существенных компетенций мало (исключение ст. 45 пункт 3; ст. 57 пункт 6; ст. 61 пункт 2) и часто это не касается ключевых властных отношений, т. е. отношения к Президенту и к Правительству (ст. 81; ст. 83 пункт 1; ст. 86 пункт 5; ст. 84 пункт 4).

С другой стороны, самые важные регулирования, в которых ясно и четко выражается приоритет Президента перед Парламентом (ст. 63 пункт 1), остаются неизменными. Это значит, что, поскольку это касается Парламента, запланированная конституционная реформа очень незначительно с нашей точки зрения продвигается в желательном направлении, т. е. в направлении президентской республики с достаточно сильным Президентом, но таким же образом достаточно сильным Парламентом, другими словами равновесием между прямо легитимированными государственными органами.

6. Изменения Конституции РК усиливающие позицию Правительства

Планируемые изменения Конституции РК усиливают позицию Правительства перенося некоторые функции, которые по действующей Конституции являются президентскими функциями, на Правительство.

Предлагаемая редакция подпункт 3 ст. 44 Конституции РК в некоей степени усиливает позицию Правительства по отношению к Президенту интегрируя министров внутренних дел и юстиции в Правительство и убирая их таким образом из прямого подчинения Президенту. Учреждение, упразднение и реорганизация центральных исполнительных органов, не входящих в состав Правительства, назначение на должность и освобождение от должности

их руководителей, которые по действующей редакции статьи являются компетенциями Президента, переходят в компетенцию Правительства, согласно проекта новой редакции пункта 8 ст. 66 Конституции.

Кроме того, Правительство достигает прироста независимости от Президента путем изменения права Президента председательствовать на заседаниях Правительства по особо важным вопросам – *«при необходимости»*; в действующей Конституции Президент имеет обязательное полномочие *«председательствует на заседаниях Правительства по особо важным вопросам»*. В конце концов право Президента *«поручить Правительству внесение законопроекта в Мажилис Парламента; отменить либо приостанавливать полностью или частично действие актов Правительства и Премьер-Министра Республики»* предлагается исключить из редакции подпункта 3 ст. 44 Конституции РК.

Другими словами, в новой редакции подпункт 3 ст. 44 Конституции РК существенно усиливает позицию Правительства. К этому нужно еще добавить, что новая редакция статьи исключает утверждение государственных программ и утверждение системы финансирования и оплаты государственных работников из компетенции Президента. Эти функции в новой редакции выполняет Правительство (пункт 1 и 9-1 ст. 66 Конституции РК), однако по согласованию с Президентом, что дает этому изменению скорее символический характер.

Подпункт 6 ст. 57 Конституции РК в новой редакции с правом палат Парламента освободить от должности члена Правительства по отношению к Правительству является нейтральным, но определяет, как уже было сказано, дополнительный элемент большей ответственности Правительства перед Парламентом и таким образом двигает систему разделения властей, с нашей точки зрения, в желательном направлении. В том же направлении идут новые редакции подпункта 4 ст. 67 – доклад Мажилису об основных направлениях деятельности Правительства – и пункт 1 ст. 70 – сложение полномочий перед вновь избранным Мажилисом.

По отношению к более низким звеньям государственного управления Правительство приобретает новую, однако только консультативную функцию: Полномочия маслихата прекращаются досрочно Президентом Республики «после консультаций с Премьер-Министром...» (см. новую редакцию пункта 5 статьи 86 проекта закона).

Подводя итоги можно сказать, что конституционная реформа усиливает Правительство в том смысле, что некоторые существенные функции должны перейти от Президента к Правительству (ст. 44 пункт 3 и ст. 66 пункт 1 и 9-1). К этому приходится еще добавить весьма формальную или символическую самостоятельность, например, ограничение права Президента председательствовать на заседаниях Правительства (подпункт 3 ст. 44 Конституции РК).

Однако в конце концов эти меры выглядят недостаточными, поскольку средств воздействия на Правительство у Президента достаточно, особенно безоговорочные возможности прекращения полномочий Правительства и освобождения от должности любого его члена (действующий и не затронутый в рамках проекта пункт 8 ст. 70 Конституции РК), а также общая функция обеспечения согласованного функционирования всех ветвей государственной власти (действующий и не затронутый в рамках проекта пункт 3 ст. 40 Конституции РК).

Переход отдельных функций к Правительству безусловно умножает его полномочия; но полагать, что эти функции Правительство может и будет осуществлять самостоятельно и по собственному усмотрению было бы, как нам кажется, наивным. На недостаточную степень ответственности Правительства перед Парламентом мы уже обратили внимание.

в. Изменения судебной системы и системы прокуратуры

Законопроект в ст. 81 открывает деятельность Верховного суда для более свободного регулирования Парламентом, поскольку устанавливает только общие рамки возможности регулирования подсудности и дачи разъяснений по вопросам судебной практики. По мнению большинства западных специалистов, надзор, как вторую систему проверки судебных решений кроме проверки судами, является излишним. Это подтверждает, то что по судебной практике ЕСПЧ он нарушает принцип правовой надежности и определенности. Поэтому мы приветствуем это изменение, которое, как уже было сказано, также усиливает позицию Парламента.

Таким же образом, как нам кажется, идет в правильном направлении, запланированное изменение пункта 1 ст. 83, дающее Парламенту возможность регулировать те случаи, в которых надзор прокуратурой является целесообразным, исходя при этом от представления, что в современном правовом государстве контроль законности деятельности государственных органов в первую очередь должны осуществлять суды, либо как административные суды, либо как суды общей юрисдикции с компетенциями решать и административные споры.

г. Другие изменения

Из других запланированных изменений обращает на себя внимание подпункт 10-1 ст. 44 и пункт 2 ст. 72, по которым Президент может инициировать проверку вступившего в силу закона Конституционным советом. Перечень условий, при которых Президент имеет право инициировать такую проверку достаточно широк, так что в большинстве случаев законы и другие правовые акты подлежат проверке Конституционным советом и после вступления в силу. С такой компетенцией Конституционный совет приближается к конституционным судам, что является желательным развитием и подобно развитию, которое уже прошел в некоей степени Конституционный совет Франции. С нашей точки зрения удручает, однако ограничение возможности такого обращения только со стороны Президента. Было бы хорошо, если право на обращение в Конституционный Совет о рассмотрении вступившего в силу закона или иного правового акта на соответствие Конституции Республики также имело бы определенное, не слишком высокое число депутатов Парламента и также Правительство.

д. Итоги

В результате можно сказать, что запланированные изменения Конституции РК касающиеся политической структуры РК являются только маленьким шагом вперед. РК остается Республикой с очень сильной президентской властью. Парламент получает новые полномочия, они, однако не существенные и к сожалению ответственность Правительства перед Парламентом расширяется только в незначительной мере. Правительство получает целый ряд новых полномочий, однако подчинение Президенту и его последнее слово остаются неизменными.

В тоже время изменения, касающиеся Верховного суда и Прокуратуры, и создание новой компетенции Конституционного совета являются весьма убедительными и приветствуется в предлагаемой редакции.

16 февраля 2017 г.