

БЛАНКЕНАГЕЛ А.
Профессор кафедры публичного права, русского права
сравнительного правоведения юридического факультета
Университета им. Гумбольта (Берлин, ФРГ),
постоянный доцент Центрального Европейского Университета
(Будапешт, Венгрия)

Заключение
о законопроекте Республики Казахстан
«Об общественных советах»¹

1. ОБЩИЕ АСПЕКТЫ

Законопроект объединяет в себе два направления регулирования: с одной стороны, он учреждает новый институт – общественные советы; большая часть законопроекта регулирует всевозможные аспекты их состава и членов, принципы и процедуры их деятельности. С другой стороны, законопроект предусматривает для общественных советов определенную общую цель и общие задачи, урегулированные в ст. 3 предлагаемого закона.

Общественные советы создаются с целью выражения мнения гражданского общества по общественно значимым вопросам; их задачами является представление интересов и учет мнения гражданского общества при принятии государственных решений (ст. 3 пункт 1), развитие взаимодействия государственных органов с гражданским обществом (ст. 2 пункт 2) и организация общественного контроля (ст. 3 пункт 3).

Однако из задач, закрепленных в ст. 3, только вопросы общественного контроля детально отрегулированы в ст. 19 – 23 законопроекта; подробное конкретное регулирование других задач отсутствует. Другими словами: законопроект создает новый, довольно весомый социальный институт, при этом упуская достаточную конкретизацию функций и задач. Ввиду того, что предшественником этого законопроекта был законопроект Об общественном контроле, складывается впечатление, что новый законопроект Об общественных советах пытается компенсировать попытку регулирования общественного контроля посредством создания новой организационной структуры, на которую возлагаются функции общественного контроля более или менее соответствующие регулированию

1



Данный обзор подготовлен Центром исследования правовой политики в рамках проекта «Консолидация усилий гражданского общества с целью поощрения защиты правозащитников» поддержанного Европейским Союзом. Содержание данной публикации является предметом ответственности Центра исследования правовой политики и ОО "ЭХО" и никоим образом не отражает точку зрения Европейского Союза.



Посольство
Великобритании
Астана

Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке Европейского Союза и Посольства Великобритании в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Европейского Союза и Посольства Великобритании в Астане.

прежнего законопроекта. В результате этого, новая структура повторяет ошибки предыдущего законопроекта.

Подводя итоги: Опуская вопрос убедительности концепции общественных советов как таковой, законопроект нуждается в дополнительной конкретизации возложенных на общественные советы функций.

2. ОБЩЕСТВЕННЫЕ СОВЕТЫ – ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИЛИ ОБЩЕСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ?

Если взглянуть на цели и задачи общественных советов, предусмотренные в ст. 3 законопроекта, то складывается мнение, что законопроект имеет цель посредством создания новой организационной структуры гражданского общества обеспечить достаточный учет общественных мнений и желаний, государством в лице государственных органов и органов местного самоуправления, а также прозрачность государственного управления для общества и возможность контроля государства обществом. Несмотря на близость общественных советов к государству, я в следующем исхожу из того, что целью законопроекта является **создание общественных структур**; законопроект оставляет вопрос об общественной или государственной природе общественных советов открытым.² Названные цели общественных советов соответствуют конституционным принципам демократии и правового государства. Но как можно обеспечивать такую прозрачность и как должен выглядеть такой контроль?

Контроль предполагает интерес в контроле и его эффективности; с социологической точки зрения у государственных структур и их должностных лиц подобный интерес либо отсутствует, либо существует только в малой мере. Суть общественного контроля лежит в его реализации независимыми от государства деятелями - физическими лицами и их ассоциациями и, конечно, свободными средствами массовой информации. Контроль со стороны общественности/гражданского общества – т. е. организованных ассоциаций/неправительственных организаций, спонтанно возникающих организаций без формальной структуры и индивидуумов – совершается на основе их основных прав и является осуществлением их основных прав, т. е. свободы ассоциации, свободы мнения, свободы получения информации, свободы средств массовой информации, права на участие в управлении делами государства и возможно, в зависимости от конкретной ситуации, еще других основных прав. К этому как субсидиарная гарантия «прицеплена» гарантия судебной защиты основных и субъективных прав независимыми судами.³

Таким образом, для реализации цели прозрачности государственного управления и обеспечения эффективности общественного контроля здравый смысл (и западный опыт вместе с соответствующими конституционными принципами) категорически требуют четкого отделения общественных структур, на которые возложено осуществление вышеупомянутых целей ст. 3 законопроекта, от государства:

- Ни в коем случае в структурах, на которые возложены функции обеспечения учета общественных мнений, осуществление прозрачности государственного управления и контроля его деятельности не должны находиться представители государства.

² Негосударственный характер общественных советов подтверждается фактом, что создание еще одной государственной структуры посвященной контролю государственного управления – кроме механизмов контроля внутри государственного управления, прокурорского надзора и частично судебного контроля – является бессмысленным: Если речь идет о государственной структуре контроля, то предпочтительно улучшить возможности существующих структур.

³ При этом процессуальные кодексы – в первую очередь гражданский процессуальный кодекс и административный процессуальный кодекс – гарантируют судебную защиту, которая охватывает более или менее весь диапазон возможных конфликтов.

- Не должны существовать рычаги воздействия государства на соответствующие структуры гражданского общества в личном или финансовом плане, в плане конкретной их деятельности или в других чувствительных аспектах.
- Процедуры контроля не должны быть бюрократизированы: общественный контроль осуществляется в рамках общих законов и не нуждается в «уполномочивании» законом и не терпит такого.
- Если – я подчеркиваю: если⁴ – образуются единые органы гражданского общества для представления его интересов перед государством, то процедура выбора членов этих единых органов должна обеспечить справедливую репрезентацию всех важных групп гражданского общества в этих единых органах.
- Название этих структур должно символизировать их общественный характер.

Если мы анализируем законопроект «Об Общественных советах» сквозь призму этих стандартов, то мы видим, что законопроект их не вполне им соответствует.

а. Представители государства в общественных советах

Законопроект не соблюдает принцип не-представительства государственных органов в структурах предназначенных для прозрачности и контроля государственного управления. Треть членов общественных советов являются представителями государственных органов (п. 7 ст. 1 законопроекта). Согласно п. 1 ст. 1 законопроекта эти государственные члены общественных советов не должны быть представителями правительства или «специальных государственных органов». Это значит, что именно те многочисленные государственные органы, прозрачность которых для гражданского общества должна быть осуществлена, и по отношению к которым должен быть проведен общественный контроль, будут принимать участие в осуществлении неприятной для них деятельности и возможно в принятии болезненных решений.

Невозможно исключить, что при образовании общественных советов на основании п. 1 и 3 ст. 8 и 3 и п. 8 ст. 9 законопроекта представители государственных органов ввиду их властных полномочий и возможного уважения гражданских членов общественных советов к ним будут иметь решающее влияние на состав общественных советов и соответственно на принятые общественным советом решений.

Кроме того, законопроект не содержит положений в отношении несовместимости членства для представителей государственных органов: п. 2 ст. 10, пункт 1 и 2 регулирует лишь несовместимость для представителей гражданского общества, в случае когда у них есть особые связи с государственным органом, в этих общественных советах. Очевидно, что представитель того государственного органа, деятельность которого проверяется в одной из процедур ст. 16 – 23 законопроекта, по причине причастности не может участвовать в этой проверке как член общественного совета; однако, законопроект не регулирует эту необходимую возможность исключения ни в общей части ни в части регулирующей конкретные процедуры проверки.

⁴ На самом деле, мне кажется, что такие единые органы ослабляют эффективность участия гражданского общества в принятии государственных решений и контроля деятельности государственных органов: Гражданское общество является богатейшим хранилищем общих и специализированных знаний полезных для государства. Эти знания распределены по всему обществу и государство при принятии всевозможных решений должно каждый раз активизировать подходящие знания или их носителей внутри общества. Если какой-то единый орган имеет функцию внедрения подходящих знаний в процесс принятия конкретных решений, то конечно существующее в обществе богатство не активизируется и не учитывается. Немецкий опыт всеобщего и доступного для всех слушания, например при принятии градостроительных планов, представляет собой, как мне кажется, более пригодный процедурный подход.

Подводя итог: Членами общественных советов не должны быть представители государственных органов. Это напрямую вытекает из их общественного характера и принципа несовместимости.

б. Рычаги воздействия на структуры и представителей гражданского общества

Законопроект «Об Общественных советах» содержит целый ряд возможностей для государственных органов и структур, точнее их представителей, воздействовать на представителей гражданского общества в общественных советах. При этом я исхожу из того, что не смотря на численный перевес представителей гражданского общества и на факт, что председатель общественного совета избирается из числа (известных – что бы это ни значило) общественных деятелей (п. 2 ст. 12), эмпирически представители государственных органов могут и будут доминировать в деятельности общественных советов из-за больших знаний и опыта, а также ввиду их профессиональных связей с государственными органами (включая высшие эшелоны власти).

В личном плане законопроект открывает возможность исключения кандидатов в ст. 11: Несмотря на то, что с точки зрения образования, профессионального опыта и общественной деятельности законопроект не формулирует четких предпосылок для кандидатуры, кандидат может быть не допущен к конкурсу, если представленные им документы не соответствуют требованиям законопроекта.

Законопроект также регулирует принцип ротации представителей гражданского общества⁵ в общественных советах (ст. 4 пункт 6 и ст. 14 п. 2): периодичность и конкретная процедура этой ротации нигде в законопроекте не прописываются, и этот пробел, таким образом, дает государственным представителям широкие возможности влияния на состав и на поведение представителей гражданского общества в общественном совете.

Другие возможности содержит ст. 15, регулирующая прекращение полномочий члена общественного совета: ст. 15, пункт 3 открывает возможность прекращения полномочий «по иным основаниям, препятствующим участию в работе Общественного совета»: неопределенность этих «иных» оснований открывает возможность произвольного исключения или оказания давления на членов посредством угрозой прекращением полномочий.

В финансовом плане деятельность общественного совета полностью зависит от государства: согласно п. 10 ст. 13 материально-техническое обеспечение деятельности Общественного совета осуществляется из бюджетных средств.

Подводя итоги: Большие возможности государственных органов, оказывать влияние на общественные советы, подрывают эффективность их контрольной и другой работы.

в. Бюрократизация деятельности Общественных советов

Законопроект трактует деятельность общественных советов, как будто они являются государственными органами. Законопроект регулирует несколько видов выполнения общественными советами их функций, урегулированных в ст. 3 законопроекта, которые все

⁵ Законопроект только регулирует принцип ротации как таковой, который теоретически может распространяться на представителей государственных органов в общественных советах. Но, если принять во внимание ограниченное число возможных представителей государственных органов, то становится вероятным, что принцип ротации нацелен на представителей гражданского общества.

являются вариантами общественного контроля, общие аспекты которого закреплены в статьях 17 - 19 и 23 законопроекта

- общественный мониторинг (ст. 20)
- общественное слушание (ст. 21)
- общественная экспертиза (ст. 22)

Во тех статьях, которые регулируют общие вопросы и в тех, которые регулируют вопросы конкретных видов общественного контроля – мы найдем очень конкретные и детальные положения касающиеся предмета проверки, средств проверок и прав и обязательств Общественных советов и их членов, сопоставления результатов проверки и принятия окончательного заключения, которое потом направляется в соответствующие государственные органы. Эта детальность, однако, растворяется общей ссылкой на иные способы, не запрещенные законодательством Республики Казахстан (см. напр. п. 6 ст. 19). С этой бюрократической детальностью законопроект пренебрегает общественным характером общественных советов, который гарантирует общественным советам свободный выбор методов взаимодействия и контроля и видов публикации результатов их работы. В этой части законопроект соответствует законопроекту «Об общественном контроле» и повторяет его ошибки.

Подводя итоги: Законопроект бюрократизирует работу общественных советов и таким образом превращает их в квази-государственные органы.

г. Легитимация представителей гражданского общества в общественных советах

Если общественные советы являются представителями гражданского общества, тогда члены этих общественных советов, репрезентирующие гражданское общество, должны получить этот мандат демократичным и легитимным образом, иначе они не могут адекватно представлять интересы гражданского общества ни в отношениях с государственными членами общественных советов, ни в отношениях с государственными органами. Законопроект регулирует этот вопрос крайне неудачно.

С одной стороны, неясно, каким образом и от кого представители гражданского общества в общественных советах получают свой мандат. Частично законопроект говорит об «общественных институтах» (ст. 1), в другом месте речь идет об «общественных объединениях и граждан» (ст. 8) или о «некоммерческих организациях и иных организациях и граждан» (ст. 10). Само собой разумеется, что возможность самовыдвижения кандидатуры (ст. 10) является с точки зрения легитимации очень сомнительной, но может быть, что соображения практичности требуют регулирования подобной возможности.⁶ В случае прекращения полномочий члена общественного совета легитимация нового избранного члена остается совсем туманной, п.3 ст.15. Законопроект не содержит никакой информации, каким путем проходит выбор нового кандидата.

В других местах, не касающихся выбора представителей гражданского общества, но затрагивающих деятельность общественных советов, законопроект говорит об «институтах гражданского общества» (п. 3 ст. 17), об «известных общественных деятелей» (п. 2 ст. 12), об «общественных объединениях» (п. 1 ст. 22). Одним словом: законопроект не идентифицирует то гражданское общество, которое общественный совет (или по крайней мере члены общественного совета) должен представлять; это подрывает легитимность представления общественных интересов в общественных советах и ведет к неэффективности выполнения возложенных на них функции.

⁶ Законопроект исходит из того, что для членства в общественных советах будет изобилие кандидатов (ст.9), что, с моей точки зрения (даже не трогая проблему готовности граждан к общественной работе) ввиду слабых возможностей общественных советов, является сомнительным.

Подводя итоги: Законопроект не решает проблему легитимации общественных членов общественных советов и таким образом осложняет идентификацию гражданского общества с его представителями в общественных советах.

3. НЕКОТОРЫЕ ШЕРОХОВАТОСТИ ЗАКОНОПРОЕКТА

а. Масштаб общественного контроля: Правопорядок, общественный интерес, права и законные интересы граждан

Законопроект не содержит четких положений в отношении масштаба общественного контроля. Иногда законопроект называет законы/правопорядок⁷ как масштаб общественного контроля или при описании целей деятельности общественных советов, иногда законопроект упоминает общественный интерес⁸, а иногда - защиту прав и законных интересов граждан⁹, не разъясняя при этом соотношение между правопорядком и правами и законными интересами граждан.

Рассмотрим более подробно соотношение правопорядка и общественного интереса. В демократическом государстве законы принятые Парламентом всегда являются выражением и конкретизацией общественного интереса в форме закона. Другими словами, если государственный орган соблюдает в своих действиях законы и правопорядок, то никакого нарушения общественного интереса и никакого (незаконного) ущемления прав и законных интересов граждан не может быть по определению: общественный интерес не стоит над законами, но воплощается в законах.¹⁰ Это значит, что в тех случаях, когда объект общественного контроля осуществляет свою деятельность не нарушая законы, ни о каком нарушении общественного интереса речи быть не может: категория общественного интереса в таких случаях является лишней!

Общественный интерес имеет значение там, где законы еще не приняты, где идет общественная и государственная дискуссия, как лучше решать некую новую проблему, по поводу которой только формируется общественное мнение и общественный консенсус. В таком случае представители гражданского общества могут критиковать данный проект или конкретные планы правительства или законодателя, утверждая, что они не соответствуют общественному интересу. Однако, это будет одна позиция в общественном поиске правильного решения данной проблемы. С обязательной силой для всех, общественный интерес может быть установлен только теми государственными органами, которые для этого демократически легитимированы, т. е. Парламентом (и Президентом в рамках его по отношению с Парламентом более ограниченных полномочий).

Подводя итоги: В законопроекте существует путаница в отношении контрольного масштаба для деятельности общественных советов.

б. Соотношение общественных советов с формальными и неформальными организациями гражданского общества

Закон нигде не регулирует проблему соотношения общественных советов с объединениями гражданского общества, функции которых в зависимости от их целей могут

⁷ Ст. 17, абз. 1; ст. 20, абз. 5 пункт 1 и 2; ст. 21, абз. 8 пункт 1.

⁸ Ст. 16, абз. 3 пункт 2; ст. 17, абз. 1; ст. 18, абз. 2; ст. 18, абз. 3.

⁹ Ст. 21, абз. 8 пункт 2; ст. 22, абз. 2; ст. 23, абз. 3 пункт 2.

¹⁰ Другая позиция означала бы возврат в советское прошлое, где исторический материализм и цель достижения коммунизма теоретически (и практически) позволила несоблюдение законов в целях осуществления исторически неизбежного коммунистического общества.

совпадать с функциями общественных советов, и деятельность которых защищается свободой объединения (ст. 23 Конституции РК). То же самое касается права участия индивидуума в управлении делами государства (ст. 33 и ст. 20 Конституции РК). Кроме этого, многие из функций общественных советов – например прозрачность государственного управления, раскрытие нарушений правопорядка и коррупции – должны выполняться средствами массовой информации, защищенные (опосредованно ст. 20 Конституции РК). Очевидно, что создание общественных советов создает угрозу подрыва этих основных прав и деятельности их носителей. Возникает впечатление, что скрытая функция этого законопроекта именно заключается в канализации и контроле этих общественных, трудно управляемых процессов посредством их сосредоточивания в особых, на практике подконтрольных государству органов – общественных советах.¹¹ Такой подрыв основных прав недопустим с точки зрения Конституции и политической эффективности: в закон надо внести норму, которая разъясняет и подчеркивает субсидиарный и дополнительный характер общественных советов по отношению к аналогичным структурам гражданского общества.

Подводя итоги: Законопроект усложняет общественную деятельность гражданского общества.

в. Общественные советы, интернет и средства массовой информации

В некоторых положениях законопроект регулирует, что определенная информация о работе или о результатах работы общественных советов публикуется на интернет-ресурсе соответствующего государственного органа.¹² Возникает вопрос, почему общественный совет, который по законопроекту является самостоятельным и автономным, не имеет своего собственного сайта в интернете. Провозглашение результатов работы общественного совета на сайте государственного органа создает впечатление подконтрольности и зависимости общественного совета от государственного органа. Таким же образом напрашивается вопрос, почему только в одном случае законопроект регулирует передачу результатов работы в средства массовой информации.¹³ Само собой разумеется, что общественные советы как органы общественного контроля должны тесно сотрудничать со средствами массовой информации.

Подводя итоги: Законопроект недостаточным образом обеспечивает публикацию результатов работы общественных советов и их общую связь с гражданским обществом.

г. Другие замечания

Автономность и самостоятельность: Законопроект регулирует автономность и самостоятельность как существенные принципы работы общественных советов. Для защиты этих принципов (например в форме собственного бюджета) законопроект к сожалению не содержит никаких гарантий.

Общественный совет и собрание местного сообщества (ст. 6): Ст. 6 законопроекта объединяет собрание местного сообщества с общественным советом таким образом, что собрание местного сообщества выполняет функции общественного совета. В таком случае, ст. 6 вступает в противоречие со многими другими положениями законопроекта, например касающимися процедуры образования, внутренней структуры и. т. п.

¹¹ Такое впечатление возникает при чтении, например следующих положений, которые, как правило, канализируют действия на основе ст. 33 и 23 к общественным советам: п.8 ст. 1, п. 6-7 ст. 5; п. 6, 8-9 ст. 6; п. 3 ст. 7; п. 3 ст. 17; п. 4 ст. 19; п. 3 ст. 20.

¹² Пункт 8 Ст. 9; п. 4 ст. 7.

¹³ Пп. 3 п. 9 Ст. 21.

Депутаты парламента РК: п. 4 ст. 12 регулирует право депутатов Парламента РК участвовать в деятельности общественных советов и входить в состав президиума. Как единственное упоминание депутатов Парламента РК положение удивляет его неожиданностью и загадочной функциональностью. Кроме этого, контроль исполнительной власти является коренной функцией любого Парламента, которую Парламент осуществляет самостоятельно. Если Парламенту интересны результаты работы общественных советов для собственной контрольной функции, то он имеет возможность и право приглашать любого гражданина и любую организацию на слушание. Кроме того, членство депутатов Парламента в общественных советах, принадлежность которых к исполнительной власти является неясной, вызывает вопросы с точки зрения принципа разделения властей.

Пункт 1 Ст. 13: Статья регулирует, что председатель, секретарь, и президиум общественного совета избираются открытым голосованием. Как правило, и по хорошим причинам, любые выборы личностей на организационные посты и должности являются тайными.

Ссылки на законодательство в сфере доступа к информации (п. 1 ст. 19 и п. 4 ст. 20): Оптимальный доступ к информации является основным условием успеха работы общественных советов. С одной стороны, ссылка на другой закон из-за неопределенности осложняет работу общественных советов. С другой стороны, дело в том, что как особые органы общественного контроля они имеют функциональное право на *лучший* доступ к информации (аналогично средствам массовой информации). Право на доступ к информации на основе общего законодательства является недостаточным.

Сентябрь 2015