

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

Заключение
по законопроекту Республики Казахстан
«Об общественном контроле в Республике Казахстан»¹

1. ОБЩИЕ АСПЕКТЫ

а. Суть общественного контроля

В западных государствах и обществах аналогов **формального института общественного контроля** в концепции законодателя Республики Казахстан (РК) не существует. Однако, по существу и на западе общество контролирует так же государственные органы, организации, а также экономические организации и их деятелей; но как правило это не делается на основе особого закона.

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 и возможно, в зависимости от конкретной ситуации, еще других основных прав.

К этому как субсидиарная гарантия «прицеплена» еще гарантия судебной защиты основных и субъективных прав независимым судом.² Кроме отдельных аспектов вызванных конкретными проблемами³, по крайней мере, в ФРГ нет никаких стремлений регулировать

1



Посольство
Великобритании
Астана

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

² 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.

³ Идет например дискуссия по поводу вопроса особой защиты (или не-защиты) разоблачителей рассекреченных проблем типа Э. Сноудона.

контроль государства и экономических акторов/коммерческих предприятий гражданским обществом на основе особого закона.

Отсутствие аналогичных законопроекту «Об общественном контроле» законов в западных странах еще не значит, что сам по себе такой закон является лишним; но ситуация в западных странах показывает суть института контроля общественностью: суть такого контроля лежит в реализации физическими лицами и ассоциациями своих основных прав и такой контроль немыслим без свободных средств массовой информации и независимого суда!

б. Разница между общественным контролем государственных и частных объектов общественного контроля

Принимая во внимание описанную суть института общественного контроля, законодателю РК важно понимать очень ограниченную роль государства/законодателя в регулировании этого института. Институт общественного контроля – это **общественный институт, существующий вне государства**, и функция государственного регулирования этого института могут заключаться, если это вообще целесообразно, в регулировании «чувствительных мест», мест трений между субъектами и объектами общественного контроля, без создания бюрократической процедуры. О каких местах трения или критических точках идет речь?

Это зависит от объектов общественного контроля. Законопроект предусматривает, что объектами контроля могут быть органы государственного управления или местного самоуправления, другое государственное учреждение или государственное предприятие, т. е. различные государственные организации с одной стороны (ст. 11 часть 1 п. 1 – 3) и частные предприятия, концерны, получатели бюджетных средств и т.п., то есть активные частные участники экономической жизни с другой стороны (ст. 11 часть 1 п. 4 – 9).

- Если речь идет о различных государственных объектах общественного контроля, то границами контроля являются необходимость обеспечения их функционирования и возможные потребности в секретности. Цель общественного контроля – обеспечение гласности, законности и эффективности действий государства и его подразделений, т. е. характерных черт правового и демократического государства.
- Если речь идет о частных объектах общественного контроля, то эти частные объекты имеют целый ряд собственных основных прав, как например, право собственности, право интеллектуальной собственности в своих научно-технических достижениях, право свободного предпринимательства, права неприкосновенности деловых помещений и т. п. Задача законодателя в таком случае заключается в разумном отграничении и взвешивании конфликтующих правовых позиций субъектов и объектов общественного контроля, позиций, которые в обоих случаях основываются на основных правах.

Иными словами, в то время, как при общественном контроле государственных объектов контроль цели контроля не противоречат интересам и целям контролируемых объектов (соблюдать и осуществлять правопорядок), этот же контроль в отношении частных объектов «влезает» в правовую сферу другого носителя основных прав: имеет место конфликт между двумя носителями основных прав.

Для законодательного регулирования общественного контроля государственных объектов это означает довольно ограниченный диапазон регулирования; необходимому регулированию подлежат следующие вопросы:

- доступ субъектов общественного контроля в соответствующее учреждение;

- информационные обязанности сотрудников контролируемого учреждения в отношении контролируемых субъектов;
- виды секретной информации и оправдание ее рассекречивания ввиду основополагающего принципа гласности демократического и правового государства;
- возможно:⁴ ответственность сотрудников контролируемого учреждения за невыполнение или за неподходящее выполнение их обязанностей по отношению к контролируемым субъектам;
- возможно:⁵ механизмы разрешения конфликтов между субъектами и объектами общественного контроля по поводу их взаимных прав и обязанностей при осуществлении общественного контроля.

Намного сложнее и объемнее является регулирование общественного контроля в отношении частных объектов общественного контроля: необходимому регулированию здесь подлежат следующие вопросы:

- причины проведения общественного контроля⁶, т. е. вторжения субъектами общественного контроля в правовую сферу другого частного субъекта;
- предпосылки права доступа в помещения контролируемого объекта и доступность всех частей помещений; в зависимости от назначения и конкретного использования данных помещений предпосылки доступа могут варьироваться;
- субъективные предпосылки доступа конкретных контролируемых лиц, т. е. исключение конфликта интересов;
- предпосылки права на получение необходимой для осуществления контроля информации;
- обязанности контролируемого объекта при отказе в доступе контролируемым субъектам – как такового или частичного отказа или отказа конкретным лицам;
- предпосылки защиты деловой тайны контролируемого объекта и, при особо тяжком подозрении нарушения законодательства или общественных интересов РК, особые процедуры, разрешающие ознакомление с материалами даже если они не представляют собой деловую тайну;
- механизмы решения конфликтов между субъектами и частными объектами общественного контроля по поводу их взаимных прав и обязанностей при осуществлении общественного контроля;
- возможно:⁷ ответственность представителей частного объекта общественного контроля за противоправное поведение или нарушение общественного интереса.

Законопроект РК пока не учитывает описанные различия между объектами, поскольку концептуальном уровне не вполне прослеживается четкое понимание сути общественного контроля – осуществление физическими лицами и объединениями, которые составляют

⁴ Это, можно регулировать в законодательстве о государственной службе.

⁵ Это, можно регулировать в соответствующих законах, т.е. например в законе о жалобах граждан или в законе об административном судопроизводстве (в широком понимании); однако регулирование в законе «Об общественном контроле» может облегчать субъектам общественного контроля защиту своих прав.

⁶ Как правило, общественный, как и любой контроль – это сбор информации; здесь нужно различать между двумя вариантами. Из общедоступных источников любой, в том числе субъект общественного контроля может собирать любую информацию без особого оправдания действий. Если сбор информации происходит в защищенной правом сфере соответствующего хозяйственного субъекта, то должен существовать особый повод для оправдания такого вторжения, напр. факты, которые возбуждают обоснованное подозрение нарушения законодательства.

⁷ Здесь регулирование, что касается нарушений законодательства, существует в Уголовном кодексе или в Кодексе об административных правонарушениях. Но закон мог бы регулировать пока еще не существующие возможности общественного воздействия, так например обязательства информировать общественность о принятых шагах упразднения нарушения или обязательства по принятию компенсационных мер, например, в случае невозвратимого разрушения природы, к творению природного аналога в другом месте.

гражданское общество, их основных прав – и защищенность частных хозяйственных деятелей, индивидуальных и коллективных, их основными правами и гражданскими правами по отношению не только к государству, но также к другим частным лицам.

Подводя итоги: Разница общественного контроля государственных и частных структур в законопроекте не достаточно учитывается; это упущение ведет к нецелесообразному и пробельному регулированию.

в. Общественный контроль или государственно-общественный контроль

В законопроекте выражен общий подход к регулированию общественного контроля. Общественный контроль иницируется и проводится частными субъектами общественного контроля. Этот факт, однако, не облегчает идентификации характера общественного контроля. Существуют два варианта. С одной стороны, государство может **делегировать соответствующие государственные полномочия** частным субъектам. В этом случае общественный контроль является государственной деятельностью, осуществляемой специально для этого уполномоченными частными субъектами. С другой стороны, государство может считать **общественный контроль активностью (гражданского) общества, от которого оно получает пользу**. В этом случае никакого делегирования государственных полномочий нет.

От выбора конкретного варианта зависит содержание и объем регулирования. В первом варианте задача законодателя заключается в четком регулировании всех предпосылок любых действий при осуществлении общественного контроля, как будто бы государственный а не частный орган уполномочивался. Это включает регулирование различных видов контроля (мониторинг, слушания, расследования и. т. п.). Во втором варианте законодатель регулирует лишь правовые рамки общественного контроля; конкретные виды контроля регулировать не требуется, так как (общественные) субъекты контроля в принципе свободны в выборе средств контроля и вправе сами выбирать конкретные шаги по мере целесообразности, не ограничивая себя при этом определенными видами контроля (как это делает законопроект).

Если мы анализируем законопроект с точки зрения выбранного законодателем варианта – **делегирования государственных полномочий на частные субъекты или установления правовых рамок общественной деятельности** –, то здесь отмечается смешанный подход. Законопроект, как будто регулирует деятельность государственных органов: исчерпывающий перечень вариантов общественного (?) контроля, четкие предпосылки каждого варианта контроля, недействительность контрольного варианта при грубом нарушении его предпосылок (напр. ст. 45, недействительность проверки) и еще многие другие элементы регулирования.⁸ С другой стороны, исходя из названия законопроекта делегирование государственных полномочий на субъектов общественного контроля как раз и отсутствует. Это выражается и в целом ряде положений законопроекта (ст. 20 части 1, 2). Кроме того, законопроект во многих местах подчеркивает отделение субъектов общественного контроля от органов государственной власти и местного самоуправления.⁹

⁸ См. дальше напр. ст. 38, акт о проверке; ст. 17 часть 1: единая система общественного контроля; ст. 14: бюрократизированные типы результатов проверки; другие примеры можно найти в ст. 13 часть 4; ст. 15 часть 2 п. 1; ст. 15 часть 3 п. 3, 5; ст. 16 часть 1 п. 1. В пользу делегирования можно также сослаться на ст. 20 часть 2; ст. 17 части 2 и 4; ст. 18 часть 6 п. 4 и часть 7.

⁹ См. например ст. 23 часть 2; ст. 37 часть 6, 8 и ст. 39, где и субъекты общественного контроля и государственные органы параллельно выполняют функцию обеспечения общественной безопасности. Против делегирования государственных полномочий дальше можно сослаться на ст. 6 п. 14; ст. 20 часть 1; ст. 17 часть 3; ст. 9 часть 3 п. 2/имплицитно. - Туманную позицию законопроекта в общем можно так характеризовать, что при специальных процедурах

Подводя итоги: законопроекту не хватает ясной концепции и цели; он противоречит самому себе, делая субъекты общественного контроля одновременно общественными акторами и государственными агентами.

г. Нарушение правопорядка или нарушение общественного интереса

Другое противоречие законопроекта отмечается в вопросе целей осуществления общественного контроля: соответствие деятельности объекта общественного контроля законам и правопорядку или соответствие этой деятельности общественному интересу.

Законопроект здесь показывает почти произвольную неоднородность в регулировании цели общественного контроля. Иногда законопроект называет законы/правопорядок и общественный интерес как масштаб общественного контроля¹⁰, иногда только законы/правопорядок¹¹ и иногда и только общественный интерес¹². При этом на выбор масштаба контроля природа объекта общественного контроля – т. е. является ли объект общественного контроля государственным (в широком смысле) или частным – очевидно не оказывает никакого влияния.¹³ Другими словами, и здесь законопроект отличается значительной неопределенностью и, не вполне учитывает сути общественного интереса в демократическом и правовом государстве.

В демократическом государстве законы принятые парламентом, т. е. большинством выбранных и этим и демократически легитимированных депутатов, с соблюдением подходящей процедуры всегда являются выражением и конкретизацией общественного интереса. Другими словами, если государственный или частный объект общественного контроля соблюдает в своих действиях законы и правопорядок, то никакого нарушения общественного интереса не может иметь место и никакой «вышестоящий» общественный интерес не может преодолеть такое соответствие с правом под предлогом, что объект общественного контроля действует в рамках закона, но субъект все равно нарушает некий общественный интерес: общественный интерес не стоит над законами, точнее он воплощается в законах.¹⁴ Это значит, что в тех случаях, когда объект общественного контроля осуществляет свою деятельность не нарушая законов, ни о каком нарушении общественного интереса речи быть не может: категория общественного интереса в таких случаях является излишней!

Это не означает, что категория общественного интереса при общественном контроле не имеет никаких функций. 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 – в терминологии законопроекта: субъекты общественного контроля – могут критиковать данный проект или данные планы правительства или законодателя утверждая, что они не соответствуют общественному интересу. Однако, это будет одна позиция в общественном

общественной проверки законопроект имеет некий уклон к делегированию государственных полномочий на субъектов общественного контроля.

¹⁰ См. например ст. 1 часть 1; ст. 2 часть 1 (права и свободы граждан и законные интересы); ст. 3, часть 2 п. 9; ст. 3 часть 3 п. 1 и 2 (соблюдение права/соблюдение и учет общественных интересов);

¹¹ См. например ст. 15 часть 1 п. 7 и 9.

¹² См. например в той же статье п. 4, 5, 6, 7 и 8; ст. 26 часть 1 п. 2; ст. 39 п. 2. : В таких случаях закон часто говорит о защите общественного интереса и прав и законных интересов граждан.

¹³ См. например ст. 15 часть 3; в отличии от этого правовая природа объектов общественного контроля имеет значение в ст. 26 часть 5: только государственные органы.

¹⁴ Другая позиция означала бы возврат в советское прошлое, где исторический материализм и цель достижения коммунизма теоретически (и практически) позволила несоблюдение законов в целях построения исторически неизбежного коммунистического общества.

поиске правильного решения конкретной проблемы: обязательная юридическая сила в определении общественного интереса может быть предана только решениям тех государственных органов, которые для этого демократически легитимированы, т. е. парламентом (и президентом в рамках его по отношению с парламентом более ограниченных полномочий).

Подводя итоги: Законопроект содержит противоречивую трактовку категорий «соответствие правопорядку» и «соответствие общественному интересу».

д. Общественный интерес – что это такое по законопроекту

Законопроект ссылается в ряде положений на общественный интерес; в ст. 8 он дает определение общественного интереса. В части первой статья дает частичное определение общественного интереса и приравнивает его к **законным** интересам неопределенного круга лиц, связанным с обеспечением их безопасности и благополучия, соблюдением (кем?) их конституционных, законных и вытекающих из международных договоров прав и свобод. Такое определение подтверждает нашу только что выраженную позицию, что общественный интерес конкретизируется законодателем в соответствующих актах.

Следующие два абзаца подрывают относительную ясность первого абзаца: общественный интерес формирования и укрепления гражданского общества и демократического правового государства (часть 2 ст.8) больше не связан с укрепляющими их законами. Содержащийся в части 3 ст. 8 законопроекта объемный перечень правоотношений в других сферах социальных благ опять связывает или отождествляет право и общественный интерес, но в иной форме «правоотношений», что по своей природе нецелесообразно.

Дополнительно к этому часть 3 ст. 8 законопроекта дает еще «гражданскому обществу непосредственно или через их представителей» право «рассматривать другие иные сферы в качестве общественно значимых». Функция этого регулирования является совсем туманной, если учесть, что общественный контроль – это, как уже было сказано в начале, коллективное или индивидуальное осуществление основных прав, и их носители конечно могут, для осуществления своих основных прав путем активного воздействия на общественные процессы, самостоятельно и без государственного опекуна выбрать любую сферу общества.

Подводя итоги: определение законопроекта «общественный интерес» не соответствует правовой природе соотношения правопорядка и общественного интереса в демократическом и правовом государстве.

2. СООТНОШЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ И ОБЩЕСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ

Общественный контроль по концепции законопроекта контролирует соблюдение законов и других нормативных актов объектами общественного контроля в независимости от юридической природы образования. Если субъекты общественного контроля проверяют соблюдение законов, то характер проверки сопоставим с контролем нижестоящих государственных органов или других подконтрольных им государственных образований вышестоящими государственными органами.

Масштабом проверки являются законность их действий или, в случае частных предприятий и образований, соблюдение ими регулирующих их деятельность законов. Итак, субъекты общественного контроля и государственные органы занимаются одним и тем же; такая параллельность требует законодательной конкретизации их взаимодействия и возможного сотрудничества, разграничения сфер компетенций с целью избежания возможных

конфликтов и коллизий, обязательств субъектов общественного контроля уведомлять государственные органы о результатах контроля, обязательств государственных органов реагировать на текущие или окончательные результаты общественного контроля. В тех случаях, когда субъектам общественного контроля делегируются государственные полномочия¹⁵, возникает проблема двойной подведомственности, которая нуждается в разрешении.

Все эти вопросы законопроект «Об общественном контроле» не учел. Ст. 9 законопроекта регулирует государственные гарантии в области общественного контроля; но в большей части статья является декларативным регулированием. В тех же местах, где статья имеет содержательное регулирование (часть 2 п. 3 – 5), регулирование не касается проблемы соотношения государственного и общественного контроля. Таким же образом частично не решена проблема коллизии закона «Об общественном контроле» с другим отраслевыми законами. В некоторых местах законопроект отдает предпочтение применению другого отраслевого закона, например Закона «О защите окружающей среды»;¹⁶ но, как правило, законопроект ограничивается отсылками на «иные законы»,¹⁷ оставляя таким образом все важные вопросы без ответа.

Подводя итоги: Законопроект требует позитивного разрешения проблемы соотношения государственного и общественного контроля. При этом отдельного внимания заслуживает вопрос, каким образом государственные органы могут использовать результаты общественного контроля.

3. АСПЕКТЫ ВНУТРЕННЕЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ И ПРОТИВОРЕЧИВОСТИ ЗАКОНОПРОЕКТА «ОБ ОБЩЕСТВЕННОМ КОНТРОЛЕ»

а. Объекты и субъекты общественного контроля

Законопроект содержит ряд неясностей и противоречий. Одна из таких неясностей касается объектов общественного контроля.

Объектами общественного контроля являются в соответствии со ст. 11 законопроекта с одной стороны государственные структуры: органы государственной власти и органы местного самоуправления, субъекты квази-государственного сектора, государственные учреждения и предприятия. С другой стороны, объектами общественного контроля являются различные частные структуры: учреждения здравоохранения, работодатели, физические и юридические лица, которые получают бюджетные средства, занимающие доминирующее или монопольное положение субъекты рынка и еще ряд других лиц. Ст. 11 законопроекта в частях 3 – 6 ограничивает общественный контроль объектов общественного контроля п. 4 – 8 перечня части 1, на соблюдение касающегося их отраслевого законодательства. Уже этот перечень содержит неясные – и может быть излишние – категории: субъекты «квази-государственного сектора» в законопроекте больше не появляются, и перечень частных субъектов содержит ряд переплетений (п. 5, работодатели, охватывает всех частных субъектов; п. 6 – 9 «получатели бюджетных средств», п. 6 может включать других субъектов перечня¹⁸)

¹⁵ Мы писали об этом в п. в. Раздела 1.

¹⁶ См. например ст. 5.

¹⁷ См. например ст. 3 часть 1; ст. 15 часть 1 п. 9; ст. 15 часть 3 п. 3, 5; ст. 20 часть 4; ст. 24 часть 5.

¹⁸ Это переплетение не находит необходимого оправдания в ограничении масштаба общественного контроля часть 3 – 5 ст. 11: частное предприятие, которое оказывает услуги, получает бюджетные средства и является работодателем, все равно подпадает более или менее под полный общественный контроль, так что регулирование вызывает излишние сложности со стороны правоприменителя.

Круг субъектов общественного контроля законопроект регулирует в ст. 10. К ним относятся физические лица, объединения граждан, деятельность которых не противоречит действующему законодательству Республики Казахстана – в исчерпывающей (?) конкретизации текста под этим следует понимать политические партии, профессиональные союзы и объединения потребителей, неправительственные организации, общественные наблюдательные комиссии и общественные советы при государственных органах. В начале мы указывали на то, что общественный контроль является осуществлением гражданами их основных прав, будь то индивидуально, или коллективно. Поэтому, что касается п. 2, 3, 4 части 1 ст. 10, было бы уместно ограничиться использованием термина «объединения», так что субъектами общественного контроля являются граждане¹⁹ и их объединения.

Таким образом законодатель и правоприменитель могли бы избежать (ненужной) проблемы идентификации объединения как одного из объединений перечисленных в перечне ст. 10. Создание подобных проблем излишне, потому что все объединения по конституционным причинам имеют право уделять в рамках своей деятельности внимание недостаткам общества, раскрывать и критиковать их, другими словами, осуществлять общественный контроль. Кроме этого, острота и эффективность деятельности профсоюзов и объединений потребителей как субъектов общественного контроля вне их традиционной сферы деятельности является крайне сомнительной. Это еще в большей мере касается политических партий, которые являются акторами на стыке с политической системой, и у которых, по институциональным причинам, интерес к раскрытию недостатков в государстве или обществе ограничен, даже если они находятся в оппозиции.

Подводя итоги: регулирование объектов и субъектов общественного контроля является слишком объемным и расплывчатым. Причины этого заключаются в тенденции к перерегулированию и в огосударствлении субъектов общественного контроля.

б. Другие неопределенности

Во многих положениях, регулирующих конкретные аспекты общественного контроля закон только ссылается на государственные органы, органы местного самоуправления или другие государственные образования.²⁰ В других местах, наоборот, закон ссылается на частные объекты общественного контроля, не упоминая других возможных объектов общественного контроля.²¹ В обоих случаях смысл такого ограничения или упущения остается неясным: Означает ли неупоминание упущенных объектов общественного контроля, что данное положение не применимо, или имеет ли здесь место невнимательность законодателя? С конституционной точки зрения такое упущение является небрежностью: Основные права дают субъектам общественного контроля право «работать» с любыми объектами контроля (при этом конечно соблюдая их права).

Другой пример поверхностного подхода к регулированию общественного контроля – неоднородное использование терминов, описывающих цель общественного контроля. В одних местах целью общественного контроля является выявление нарушения общественного интереса,²² в других местах целью является установление нарушения законов или правопорядка.²³ Выше уже было показано, что подобной дихотомии масштаба общественного контроля не существует. Несмотря на это такое более или менее

¹⁹ Как показывает часть 2 ст. 10, иностранцы могут быть субъектами общественного контроля, если иное не предусмотрено законодательством Республики Казахстана. Поэтому как раз не любое физическое лицо может быть субъектом общественного контроля. Следовательно более уместно вместо «физические лица» использовать термин «граждане».

²⁰ См. например ст. 9 часть 2 п. 3 – 5; наверно и ст. 12 п. 2; ст. 26 часть 1 п. 3; ст. 26 часть 5.

²¹ См. например ст. 20 часть 3; ст. 32; ст. 37 части 6 и 8; не совсем ясно ст. 15 часть 1 п. 5; в некоем противоречии находятся ст. 37 части 6 и 8 с одной стороны и часть 11 с другой стороны.

²² См. указанные в сноске 10 примеры.

²³ См. указанные в сноске 11 примеры.

произвольное употребление этих двух масштабов является недопустимым с точки зрения принципа определенности закона.

Также во многих местах законопроект содержит объемные положения без всякого содержания, т. е. положения, которые повторяют регулирования содержащиеся в других законах или в конституции и поэтому являются лишними.²⁴

Подводя итоги: Из-за многих неопределенностей и неясностей законопроект нуждается в существенной доработке.

4. Некоторые другие аспекты законопроекта «Об общественном контроле»

Кроме тех проблем, которые были указаны, закон содержит ряд других проблемных моментов. Некоторые из них нам хотелось бы здесь коротко затронуть.

а. Регулирование решения конфликтов

Очень неубедительным является регулирование конфликтов между субъектами и объектами общественного контроля. Уже перепись вводит адресата законопроекта в заблуждение. Речь идет о порядке обжалования действий и бездействия субъектов общественного контроля «и их должностных лиц». Узко понимая понятие «должностные лица» в таком смысле, что только у государственных образований работники являются должностными лицами, о должностных лицах общественных объединений конечно не может быть и речи; но даже при широком понимании понятие как будто бы предполагает особое обязательства «должностного лица» и поэтому является преградой для эффективного общественного контроля.

Не стоит забывать, что в соответствии со ст. 10 п. 1 – 3 законопроекта субъекты общественного контроля являются общественными объединениями, и что приближенные к государственным структурам субъекты ст. 10 п. 4 – 6 законопроекта все равно не являются государственными структурами.

Но «огосударствление» субъектов общественного контроля продолжается. Объекты общественного контроля имеют право обжаловать незаконные действия (бездействия) «в вышестоящий в порядке подчиненности орган...и (или) непосредственно в суд»: Все это создает впечатление, как будто бы здесь истец/жалующий обжалует действие государственного органа, что противоречит общей позиции законопроекта, что субъекты общественного контроля не владеют делегированными государственными полномочиями.²⁵

Ту же самую критику вызывает ст. 54 законопроекта, регулирующая порядок обжалования действий (бездействий) объектов общественного контроля в той мере, в которой объекты являются частными образованиями.

Для регулирования конфликтов между субъектами и объектами общественного контроля авторы законопроекта должны дать себе ответ на один вопрос. Считают ли они нужным регулировать **особые процедуры** решения этих конфликтов или считают ли они, что существующие процедуры гражданско-процессуального и арбитражно-процессуального законодательства достаточны для разрешения возникающих конфликтов.

²⁴ См. ст. 4 часть 1; ст. 6 п. 11, 12; ст. 9 часть 2 п. 1 и 2; ст. 15 часть 1 п. 1 - 4; ст. 15 часть 1 п. 8 и 9; ст. 15 часть 2 п. 3; ст. 15 часть 3 п. 1. – Ст. 16 законопроекта является лишней в той мере, в которой обязанности объектов общественного контроля соответствуют правам субъектов общественного контроля.

²⁵ Позиция законопроекта в этом вопросе, как уже было изложено, не ясна. См. более подробный анализ положений законопроекта в сносках 8 и 9.

В первом случае законодателю нужно регулировать по крайней мере отличающиеся от процессуального законодательства элементы внесудебного и судебного решения этих конфликтов и при этом, конечно, принять во внимание особенности общественного контроля, а именно тот факт, что субъекты общественного контроля выполняют находящиеся в общественном интересе функции. Это совпадение, как нам кажется, могло бы поощрить регулирование в пользу субъектов общественного контроля в области субъективных предпосылок обжалования (какие права или законные интересы субъектов нужны для допустимости?) или бремени доказывания. В втором случае совсем достаточно отсылки на соответствующие кодексы (аналогично ст. 55, регулирующей материальную, административную и уголовно-правовую ответственность за нарушение законодательства об общественном контроле).

Подводя итоги: Конфликты между субъектами и объектами общественного контроля концептуально могут быть решены или в нормальной или в особой процедуре. Регулированию конфликтов между субъектами и объектами общественного контроля не хватает этого основного концептуального решения.

б. Пробел обеспечения защищенности субъектов общественного контроля

Законопроект имеет один пробел, который не позволяет авторам стать передовиками обеспечения функционирования гражданского общества. Мы уже указывали на проблематику разоблачителей государственных и общественных недостатков²⁶. Раз такие разоблачения вскрывают недостатки во властных сферах – в правительстве, в государственных структурах и в высоких сферах экономики – и раз информация об этих недостатках, как правило, сильно «огорчает» соответствующих объектов общественного контроля и часто была получена сомнительным образом, проблема защиты таких «агентов общественного интереса» типа Е. Сноудена и использования полученной информации, а также проблема границ их деятельности на повестке дня законодателей всех демократических обществ.

Казахский законодатель в этом вопросе мог бы участвовать в очень важных стремлениях найти для этой проблемы подходящее решение, которое с одной стороны использует такие раскрытия бдительной общественности или их представителей (которые конечно осуществляют общественные интересы), но которое с другой стороны и защищает права объектов общественного контроля там, где они действовали и действуют правомерно или, в отсутствие законов, в общественных интересах. Законопроект по этому поводу молчит²⁷ или ссылается на законодательство Республики Казахстан. Это печальный пробел или серьезная(?) слабость законопроекта.

Подводя итоги: Проблема трактовки разоблачителей типа Сноудена не решена.

Февраль 2015 г.

²⁶ В разговорной и более образной и экспрессивной речи «безобразия» или «беспредела».

²⁷ С одной стороны существует ст. 15 часть 5, по которому «незаконное вмешательство в деятельность контролируемых (проверяемых) субъектов запрещается», которую можно широко толковать как границу против разоблачителей; с другой стороны закон пробует, но очень сдержанно, их защищать, см. ст. 9 часть 6.