

қазіргі заманғы, ортақ белгілерге ие, бұл мемлекет формасының әр элементін анықтауға мүмкіндік береді.

Осылайша, мемлекет нысандарын таңдау мәселесі мемлекеттің көмегімен өздерінің үстемдігін (көшбасшылығын) ұйымдастыратын, мемлекеттік билікті жүзеге асыратын күштер үшін ғана емес маңызды. Бұл қоғамның барлық әлеуметтік топтары үшін маңызды. Монархия немесе республика, олардың нақты түрлері, біртұтас немесе федералды мемлекеттік құрылым, билікті жүзеге асыру-мемлекеттің нақты нысандарын таңдау Мемлекеттік органдардың жүйесін, олардың ұйымдастырылуы мен қызмет принциптерін анықтайды, осылайша қоғам өмірінде азаматтардың заңды және нақты жағдайында көрініс табады, олардың мүдделеріне әсер етеді.

Әдебиеттер тізімі:

- 1 Базалюк Е. Понятие формы государства // Юрист. – 2000. – №5. – С.86-91.
- 2 Денисов А.И. Сущность и формы государства. – М.: Изд-во: МГУ, 1960. – 160 с.
- 3 Авдеев Д.А. Республиканская форма правления: проблемы классификации и идентификации // Современное право. – 2011. – № 4. – С. 65-70.
- 4 Сумбатян Ю.Г. Монархия – традиционная форма государственности // Вестник Московского университета. Сер. 12. Политические науки. – 2001. – № 1. – С. 128

Мамедов Д.А.

*Карагандинский университет имени академика Е.А. Букетова,
Юридический факультет, магистрант 1 курса
(Научный руководитель - Ахметова Н.С., к.ю.н., профессор, Карагандинский
университет имени академика Е.А. Букетова, Юридический факультет)*

СОВРЕМЕННОЕ ПРАВО КАЗАХСТАНА И ЕГО ИСТОЧНИКИ КАК ПРЕДСТАВИТЕЛЯ РОМАНО-ГЕРМАНСКОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬИ

Правовая система Казахстана, как и в других бывших советских республиках, переживает коренную трансформацию с начала 1990-х гг. Провозглашенные принципы реформ: идеологический и политический плюрализм, социально ориентированная рыночная экономика, расширение прав и свобод личности и укрепление их гарантий. В этот период наблюдаются различные формы взаимодействия законодательств социалистического права с национальным законодательством РК, аналогичное происходило и с другими постсоветскими республиками. Одной из форм взаимодействия можно выделить рецепцию, когда в новом государстве планомерно восстанавливаются в силе некоторые старые нормы права, можно назвать Постановление Верховного Совета Республики Казахстан от 16 декабря 1991 года «О введении в действие конституционного закона Республики Казахстан «О государственной независимости Республики Казахстан», в котором пункт 2 гласит: «Впредь до принятия соответствующих законодательных и иных нормативных актов Республики Казахстан на ее территории могут применяться нормы законодательства СССР и признанные СССР нормы международного права, поскольку они не противоречат настоящему Закону, иным законодательным и нормативным актам Республики Казахстан» [1, 30].

Также ярко проявилось на данном этапе взаимодействие в форме унификации и гармонизации бывшего законодательства Советского Союза. Конституции союзных республик практически без заметных изменений принимались на основе союзной Конституции. Аналогично создавалось и национальное законодательство. Сейчас процесс унификации национальных правовых систем региона, например, Содружества Независимых Государств, происходит на основе модельных кодексов, других нормативных правовых актов и механизмов.

С принятием собственных нормативно-правовых актов, со стабилизацией государственной правовой системы Казахстана социалистические нормы были искоренены, оставив чистые нормы романо-германского права. Сейчас Казахстан является представителем романо-германской правовой семьи, на то указывает ряд признаков, таких как нормативность законодательства в его строгой иерархии, четкое деление норм права на отрасли, подразделение отраслей на две подсистемы: частное право и публичное право, в системе органов РК проводится четкое различие на законодательные, правоприменительные и судебные органы.

Тем не менее, процесс конвергенции права не мог не повлиять на правовую систему нашей Республики. Рассмотрим, например, наиболее дискуссионную тему среди ученых-правоведов – прецедент в системе романо-германского права. Как уже было сказано выше, Республика Казахстан относится к группе романо-германского права, где главенствующая роль отводится письменным нормам, и прецедент не является правовым источником. Вопрос о прецеденте в нашей правовой системе не является новым. Он неоднократно ставился и обсуждался как на общетеоретическом уровне, применительно к источникам советского, а затем постсоветского права, так и на уровне отдельных отраслевых дисциплин. Известно, например, что еще в 40-50-е годы предпринимались попытки представления руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР в качестве источника уголовного права. Однако в силу целого ряда объективных и субъективных причин, и прежде всего, по мнению некоторых авторов, в силу причин «идеологического порядка», судебную практику, а точнее, судебный прецедент объявляли, по словам А.Наумова, «чуть ли не персоной *non grata* для советского уголовного права». Тем не менее, первое его возвращение в правовую доктрину выразилось в теоретическом обсуждении вопроса о юридической природе руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР».

Аналогичные попытки рассмотрения судебного прецедента в качестве источника права предпринимались в послевоенный период и в других отраслях советского права. Однако на общетеоретическом уровне, так и на уровне отдельных отраслей права они представлялись недостаточно обоснованными, слабо аргументированными, а иногда и ошибочными [2, 533].

Как же на сегодняшний день поменялось отношение к прецеденту. Статья 6 Гражданского кодекса пункт 2 гласит: «При выяснении точного смысла нормы гражданского законодательства необходимо учитывать исторические условия, при которых она вводилась в действие, и ее истолкование в судебной практике, если это не нарушает требований...». Таким образом, если в толковании нормы не достаточно Основного закона и принципов гражданского права, законодатель обращает наш взор на судебную практику. Также стоит обратить внимание на статью 4 Конституции РК: «Действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного Суда и Верховного Суда Республики». Здесь нормативные постановления включены в систему действующего права РК. Этот момент Конституции является на сегодняшний день весьма спорным, множество ученых не соглашаются с законодателем в плане того, что нормативное постановление можно включать в источники действующего права. Верховный Суд не имеет наряду с Парламентом функции нормотворчества (в чистом виде), а лишь разъясняет вопросы разрешения спорных ситуаций, в том числе в пограничных и промежуточных отраслях права, чаще всего потребность разъяснений возникает в области гражданского и уголовного права, когда между письменной нормой и практикой проявляются пробелы.

В юридической литературе существуют разные взгляды на роль судебной практики в формировании права. По мнению одних, судебная практика играет важную роль в качестве источника права, другие против такой позиции. Нельзя смешивать понятия судебной практики с актами высших судебных инстанций. Высшие судебные инстанции в своих постановлениях обобщают судебную практику нижестоящих судов. Судебная практика формируется местными судами и представляет собой типичные судебные решения по

конкретным делам. Акт же высшей судебной инстанции представляет собой завершенный нормативно-правовой документ, основанный на анализе судебной практики.

В статье 5 Гражданского Кодекса Республики Казахстан указано, что в случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 статьи 1 настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствуют применимые к ним обычаи, к таким отношениям, поскольку это не противоречит их существу, применяются нормы гражданского законодательства, регулирующие сходные отношения (аналогия закона).

При невозможности использования в указанных случаях аналогии закона, права и обязанности сторон определяются, исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости (аналогия права). Роль суда при применении принципа аналогии закона правильно определить сходность отношений по рассматриваемому спору с отношениями, которые урегулированы законом. При применении принципа аналогии закона от суда требуется проявить добросовестность, разумность и справедливость, не нарушая общих начал и смысла гражданского законодательства. В практике применения норм Гражданско-процессуального права нередко обнаруживаются пробелы, отсутствие законодательного урегулирования каких-либо процессуальных отношений, что вызывает необходимость разрешения вопроса по аналогии [3].

Говоря о роли судебной практики в Казахстане, очевидно, что на сегодняшний день мы частично приближаемся к признанию прецедента. Уже в некоторых странах СНГ создаются базы открытого доступа с судебными прецедентами. В Украине существует немалое количество сайтов, на которых опубликованы обобщения судебной практики. На них систематизированы материалы судебной практики – постановлений пленумов Верховного Суда, его разъяснения, письма по правоприменительной практике и другая информация. Более того, в Украине действует Закон «О доступе к судебным решениям», которым предусматривается Единый государственный реестр судебных решений. 8 сентября 2011 года Союз судей Казахстана был принят полноправным членом в Международную ассоциацию судей (МАС). Одной из целей данной ассоциации, согласно ее Конституции, является расширение и совершенствование знаний и понимания судей, давая им возможность контактировать с судьями других стран, позволяя ознакомиться с сущностью и работой иностранных организаций, с иностранными законами, в частности, как эти законы действуют на практике. С этой международной организацией заключен Меморандум о взаимопонимании по вопросам многостороннего сотрудничества, согласно которому имеется возможность обмениваться знаниями и опытом в сфере правосудия, документации, содержащей решения, выводы, постановления, принятые судами государств, опытом деятельности органов правосудия государств. С вступлением в МАС появились новые перспективы для ускорения судебной реформы и дополнительные возможности защиты прав и свобод человека и гражданина на основе общепринятых принципов и норм международного права [4].

В законодательстве нашей республики уже сейчас есть достаточные предпосылки для развития института прецедента. «Судья при отправлении правосудия независим и подчиняется только Конституции и закону» – так гласит п.1 ст. 77 Конституции Республики Казахстан, также как и аналогичные нормы основных законов многих стран мира. Та концепция, согласно которой судьи подчиняются закону, связана с именем западноевропейского просветителя. Оно заложило основу концепции разделения властей и совершенно новой иерархии источников права, которая в праве континентальной Европы является господствующей, и по сей день. Во главе этой иерархии стоит закон, принятый Парламентом или в результате народного референдума. Принятие законов – это эксклюзивное право законодательной власти. В правовых государствах, в которых признается принцип разделения властей, ни один другой орган, кроме парламента, не уполномочен принять законы. Во исполнение принятых законов исполнительной власти

предоставлено право издавать постановления или другие нормативные акты, которые должны полностью соответствовать законам – решениям законодательной власти.

Обязанность судей – представителей судебной власти – применять эти законы – акты законодательной власти и принятые согласно этим законам другие нормативные акты – акты исполнительной власти. Применение законов со стороны судей выражается, прежде всего, в решении конкретных споров, конкретных дел на основе норм законов или нормативных актов исполнительной власти. Этот процесс правоприменения завершается изданием индивидуального судебного акта – решения суда (приговор, определение, приказ и т.д.) [5]. Введение прецедентного права в систему законодательства выдвинет новые требования к судьям и судебной системе в целом, что позволит создать более универсальные нормы, даст возможность осуществления правосудия на более высоком уровне.

Одним из ярких примеров применения общего права в нашей правовой системе является процедура медиации. В чистом виде, так как мы понимаем медиацию сейчас, изначально стали использовать в странах англосаксонской правовой семьи. Популярность медиации быстро росла во многих странах общего права, таких как США, Австралии, Канаде, Соединённом Королевстве с 1970-х и 1980-х годов. Медиация, как институт посредничества, зародилась еще в древнем мире: широко использовалась в Древней Греции, в римском праве – кодекс Юстиниана содержал институт посредничества. Народные судьи Казахского ханства выполняли также функцию медиаторов. Суд биев как суд высокой морали строился и основывался на неподкупности судьи, справедливости как основы и судебных решений, доступности и публичности суда, а также на его ориентированности на примирение сторон и полное возмещение причиненного правонарушением ущерба. Сегодня, когда Казахстан становится равноправным партнёром мирового сообщества, эти вопросы, как и сотни лет назад, приобрели особую значимость в свете реализуемых реформ и актуальности уровня правовой культуры нашего общества.

В августе 2011 года в Казахстане вступил в силу закон «О медиации», регулирующий основные положения процедуры медиации и статуса медиатора. Для Республики Казахстан это новая практика в досудебном разрешении споров.

Несколько десятилетий назад США и страны Европейского союза столкнулись с проблемой, актуальной сегодня и в Казахстане — перегруженностью судов, судебными тяжбами, затягивающимися на несколько лет, неисполнением решений судов и огромными затратами физических и юридических лиц на судебные издержки. Индустриальный и информационный бум, прогресс и глобализация привели к тому, что количество споров и их сложность возросли в геометрической прогрессии. Стала очевидной необходимость поиска других процедур урегулирования споров. В результате, в США появился термин «альтернативное разрешение споров», под которым понимают арбитраж, переговоры, посредничество, так называемые «мини-разбирательства» и прочие процедуры урегулирования споров. Медиация активно применяется в странах Западной Европы, многократно вырос интерес к данной процедуре и в Восточной Европе. В Казахстане успешно действуют медиаторы и целые службы медиации. Многие юридические фирмы предлагают свои услуги по медиации. Медиация особенно широко распространена в разрешении семейных споров. Одним из ярких примеров внедрения элементов англосаксонской правовой системы в систему континентального права является появление в гражданском обороте новых не типичных нашему праву видов договоров. Одним из них является договор доверительного управления имуществом. Институт доверительного управления имуществом регулируется законодательством лишь нескольких стран СНГ, в том числе казахстанским Гражданским кодексом. В частности, введение этого института в систему гражданского законодательства было обусловлено потребностями экономического и политического характера, когда основными задачами развития стали ликвидация кризисных явлений в национальной экономике, привлечение инвестиций, проведение приватизации государственной собственности, интеграция национальной экономики в мировую систему хозяйствования.

Примечательно, однако, то, что признание договора доверительного управления имуществом на уровне Гражданского кодекса в качестве самостоятельной разновидности контрактов в Казахстане произошло лишь в середине 1999 г. с введением в действие Особенной части ГК. Договор доверительного управления имуществом предусмотрен статьей 886 Особенной части Гражданского кодекса Республики Казахстан.

Вместе с тем еще за несколько лет до этого события на уровне законодательных актов доверительное управление имуществом нашло свое отражение. В частности, Указом Президента Республики Казахстан, имеющим силу Закона, от 23 декабря 1995 г. «О приватизации» передача государственного имущества в доверительное управление была признана предварительной стадией приватизации. Как отмечается некоторыми исследователями, выбор такого необычного для казахстанской экономической и правовой действительности механизма был обусловлен необходимостью выполнения инвестиционной программы и обеспечением погашения долгов государственных предприятий, подлежащих приватизации. Другим примером может служить Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 26 декабря 1995 г. «О государственной службе», утративший силу с 1 января 2000 г., требовавший от поступающих на государственную службу (как и действующее законодательство) передачи в доверительное управление принадлежащих им акций акционерных обществ и долей участия в товариществах с ограниченной ответственностью на весь срок занятия ими своей должности.

Также хочется отметить, что в оборот гражданского права все стремительней привносятся другие абсолютно новые формы договоров из англо-американской системы права. Это такие договоры как аутстаффинг, аутсорсинг, овердрафт, прекаризация и другие. Их появление обуславливается в основном экономическими причинами и в целях экономии времени, так как в новых формах договоров уровень бюрократической волокиты максимально снижен. А доверие к подобным видам договоров указывает на кардинальные перемены в менталитете постсоветских граждан, уровень сознания приближен к европейскому, где более высокий уровень доверия и ответственности.

Республика Казахстан, как и другие страны романо-германской, правовой семьи признает главным источником права писанные правовые нормы. Иерархия источников права в Казахстане определяется Законом "О правовых актах", принятым бапреля 2016 г. Самое высокое положение занимает Конституция, за ней следуют: законы об изменении и дополнении в Конституцию; конституционные законы; обычные законы и указы Президента, имеющие силу закона; нормативные постановления Парламента Казахстана; нормативные постановления Правительства; нормативные приказы министерств, постановления государственных комитетов, приказы и постановления других центральных органов; нормативные решения маслихатов и акимов. За пределами общей иерархии остаются нормативные постановления Конституционного суда, Верховного суда и Центральной избирательной комиссии Казахстана. Однако постановления Конституционного суда основываются исключительно на Конституции Казахстана, и потому ни один нормативный акт не может противоречить постановлениям Конституционного суда. Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издать закон (п.3 ст.5 Конституции). Международные договоры, признанные Конституционным советом не соответствующими Конституции Республики Казахстан, не могут быть ратифицированы и введены в действие. Обычай делового оборота признаются дополнительным источником гражданского права при условии их соответствия гражданскому законодательству [6].

В сфере правовой действительности существует актуализация, в большей части складывающаяся вокруг права, закона и правозаконности. Достаточно сказать, что в понятийный аппарат наряду с традиционной терминологией вводятся новые правовые, юридические и нормативные символы, понятия и определения. В частности такие из них, как материя права, предел нормативной достаточности, бинарное право, нормодоминантность,

нормативная прогрессия, правообязывание, бинарная конституция, конституционное правовое пространство, нормативный правовой потенциал, власть права, деликты, правовая ответственность, конституционная правозаконность, коэффициент предела нормативной достаточности и др. Все свидетельствует о совершенствовании и прогрессивном изменении казахстанского права, а также повышающемся научном интересе к изучению правовой системы Республики Казахстан среди отечественных и зарубежных ученых.

Список литературы:

1 Абайдельдинов Е.М. Соотношение международного и национального права Республики Казахстан. – Алматы: «Юридическая литература», 2002. - 271с.

2 Марченко М.Н. Источники права: учебное пособие. - М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 760с.

3 Адильбаева Г.Ф. Судебная власть и ее роль в совершенствовании национального законодательства // Сайт Восточно-Казахстанского областного суда. URL: <http://www.kaz.vkooblsud.kz>

4 Жаркынбеков М.К. О значении судебной практики // Юридическая газета. URL: <http://ug.zanmedia.kz>

5 Лад Чантурия. О правовой природе судебных актов и пределах судейского правотворчества // Юридическая природа нормативных постановлений Верховного Суда Республики Казахстан и их роль в эффективности отправления правосудия: сборник материалов международной научно-практической конференции, прошедшей в Алматинском городском суде Республики Казахстан.г. Алматы, 12 мая 2009 год. - Астана: Библиотека Верховного суда, 2009. - С.35-45.

6 Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / http://kommentarii.org/strani_mira_ekiklopediy/kazakhstan.html

Мамутов Ф. С.

*магистрант 1 года обучения, Карагандинский университет им. академика Е.А. Букетова
(Научный руководитель: к.ю.н, профессор Ахметова Н.С.)*

МУСУЛЬМАНСКАЯ ПРАВОВАЯ СИСТЕМА НА КАРТЕ МИРА: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

Необходимо разграничивать два близко стоящих друг к другу, но не тождественных понятия «исламское право» и «правовая система исламских государств». Исламское право является, как уже отмечалось, правом исламской общины, т.е. соблюдение его норм рассчитано на людей, исповедующих ислам, независимо от места проживания. Правовые системы исламских государств носят территориальный характер. Нормы, содержащиеся в правовых системах национального права, рассчитаны на всех граждан, проживающих на территории исламского государства независимо от религиозной принадлежности.

Ни в одной национальной правовой системе исламских государств нормы классического исламского права не функционируют в чистом виде. Они дополняются с помощью обычаев, договоров, соглашений, административных решений и других нормативных актов, содержащих нормы позитивного права, а также на основе заимствований правовых положений у других правовых систем.

Для правовых систем современных исламских государств характерен дуализм права, который заключается в одновременном сосуществовании правовых норм, различных по содержанию и специфике, - норм классического исламского права и норм, заимствованных из других правовых систем, что позволяет приспособить правовые системы современных исламских государств к постоянно изменяющейся экономической и социально-политической