

Фархад Карагусов,
главный научный сотрудник Института частного права
Каспийского университета (г. Алматы, Казахстан),
член Международной академии сравнительного правоведения (IACL),
доктор юридических наук, профессор

О конвергенции права, привлечении инвестиций в Казахстан и функционировании Международного финансового центра «Астана» как *exorbitant jurisdiction*

1. Обращение к вопросу о конвергенции права обусловлено тем обстоятельством, что в процессе развития казахстанской правовой системы этому понятию было придано несколько иное значение по сравнению с традиционным пониманием данного феномена в правовой науке и в развитии национального законодательства.

Например, при проведении секции «Диспут: Конвергенция континентального и английского права: за и против», состоявшейся 9 сентября 2021 года в рамках Международного форума молодых ученых «Интеллектуальный потенциал независимого Казахстана: 30 лет становления и развития» дискуссия была построена таким образом, чтобы настаивать на конституционности создания и обосновывать функционирование на территории Республики Казахстан такого удивительного образования, как Международный финансовый центр «Астана» («МФЦА»), именно в качестве успешного примера конвергенции права и, вероятно, чтобы приглушить противоположные позиции.¹

Следует отметить, что реальные цели создания МФЦА, а также перспективы его функционирования в контексте существования суверенного государства Республика Казахстан остаются совершенно неясными. Однако негативное влияние МФЦА на развитие правовой культуры, отечественной экономики и национальной безопасности уже сегодня представляются очевидными. Это стало возможным в связи с тем, что МФЦА был создан как *exorbitant jurisdiction* по отношению к правовой системе Казахстана, а Закон о МФЦА был принят (и применяется) в нарушение действующей Конституции Республики Казахстан.²

2. При прохождении проекта Закона о МФЦА в Парламенте Казахстана авторы этого законодательного акта заявляли цель создания МФЦА как «содействие в привлечении местных и иностранных инвестиций в экономику Республики Казахстан путем создания привлекательной среды для инвестирования в сфере финансовых услуг, развитие в Казахстане рынка ценных бумаг, обеспечение его интеграции с международными рынками

¹ Этот форум был совместно организован и проводился под эгидой МФЦА, Фонда Нурсултана Назарбаева, Национального педагогического университета имени Абая и Института «Сорбонна-Казахстан», а автору данной статьи выпало выступить по рассматриваемому вопросу в рамках указанной секции.

² См. Конституционный закон Республики Казахстан от 7 декабря 2015 года № 438-V «О Международном финансовом центре «Астана» (с изменениями и дополнениями), интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=39635390

капитала».¹ Однако в самом Законе о МФЦА цель МФЦА определена как «формирование ведущего международного центра финансовых услуг», а «содействие в привлечении инвестиций в экономику Республики Казахстан путем создания привлекательной среды для инвестирования в сфере финансовых услуг» определено одной из нескольких задач МФЦА.

Очевидно, что вышеназванная законодательно декларируемая цель МФЦА не предполагает существования объективных критериев ее достижения и не позволяет понять, кто является бенефициарами деятельности МФЦА.

Конечно, любой финансовый центр может функционировать для выгод его участников, торговцев обращающимися на нем финансовыми инструментами и приобретателей таких инструментов, а также для перераспределения контроля в отношении предприятий. И далеко не всегда это влечет выгоды для объектов инвестирования и/или национальной экономики.

Но заложенные в Законе о МФЦА механизмы вполне откровенно предполагают содействие в довольно упрощенном и неконтролируемом именно таком перераспределении контроля. Например, за счет закрепления за судом МФЦА компетенции рассматривать и разрешать споры, переданные ему по соглашению сторон. Возможность и правила такой передачи впоследствии были достаточно детально регламентированы в казахстанском законодательстве, а четко контролируемая практическая их реализация обеспечена административными процедурами как самого МФЦА, так и казахстанского государственного аппарата.

В любом случае, именно цель принесения реальных выгод для народа и государства Казахстана за счет функционирования МФЦА даже не заявлена в Законе о МФЦА.

В то же время, очевидным является то, что приток инвестиций (его наличие вообще, а также структура и фактические источники этих инвестиций, условия их поступления и их реальные объемы) обычно обусловлен совершенно иными факторами, нежели функционирование образования подобного МФЦА, который в действительности стал непрозрачным инструментом перераспределения контроля в отношении казахстанских предприятий на основе правил и практик, и который не является юрисдикцией, которая бы была признанной в международно-правовом значении этого понятия и, одновременно, хоть как-то находилась бы под контролем казахстанского государства.

3. Само содержание деятельности МФЦА свидетельствует как об отсутствии у руководства нашего государства ясного видения относительно развития и Казахстана, и МФЦА, так и о продолжении функционирования МФЦА с постепенно накапливающимся негативным эффектом для

¹ См. Пресс-релиз Национального Банка Республики Казахстан: Проект закона о создании в Астане Международного финансового центра (МФЦА) получил одобрение в Мажилисе, [21.10.2015], интернет-ресурс: <https://nomad.su/?a=3-201510220023>

функционирования казахстанской социально-экономической и культурно-правовой систем.

Например, совершенно очевидно, что МФЦА никак не способствовало серьезному притоку инвестиций в Казахстан, если не признать очевидным обратного. Во всяком случае, с 2021 года МФЦА занят в процессе, названном «репатриация капитала и редомициляция компаний из зарубежных юрисдикций в Республику Казахстан». Как отмечается в средствах массовой информации, президент Казахстана придал «особую важность указанным процессам, подчеркнув, что они не только обеспечат возврат крупных активов в Казахстан, но и продемонстрируют конкурентоспособность МФЦА на региональном уровне».¹

В свою очередь, Келимбетов, являясь, если не автором, то самым важным промоутером идеи создания МФЦА, пояснил, что означает вышеназванный процесс: «возврат (капитала) из офшорных юрисдикций в юрисдикцию МФЦА – это одно из направлений нашей деятельности. Глава государства поставил задачу перед национальными компаниями, которые входят в фонд "Самрук-Казына", и финансовыми институтами, которые входят в "Байтерек", вернуть многие компании в юрисдикцию МФЦА [подчеркнуто мной – Ф.К.]». При этом, он отметил, что об ожидаемом объеме репатриации капитала из офшоров даже говорить еще рано, и даже не смог назвать их предполагаемый объем, пообещав, что результаты будут видны в ближайший [видимо, в течение 2022 – 2023 – Ф.К.] год».²

В этой связи, можно видеть, что, во-первых, функционирование МФЦА, по крайней мере, не предотвратило вывод активов из Казахстана, во-вторых, по какой-то причине имущество Казахстана, в том числе служащее интересам будущих поколений нашего народа, возвращается не под контроль Республики Казахстан, а передается в неподконтрольную казахстанскому государству юрисдикцию МФЦА. Этот момент представляется фактором, заслуживающим беспокойства относительно будущего Казахстана.

4. И это - лишь один из таких факторов. О всех них нет возможности упоминать и предлагать какой-то их анализ в этой статье. Но еще об одном из недавно появившихся факторов следует сказать, ибо его появление подается как прогрессивная реакция на современные тенденции развития. В частности, речь идет о том, что с 2021 года МФЦА развивается как юрисдикция свободного обращения криптовалют.

Так, в 2022 году в средствах массовой информации отмечалось, что участники МФЦА «в скором времени начнут работать с местными банками,

¹ См. Д. Халдарова, Келимбетов доложил Токаеву о работе по возврату крупных активов из-за рубежа [15.03.2022], интернет-ресурс: <https://www.zakon.kz/6009415-kelimbetov-dolozhil-tokaevu-o-rabote-po-vozvratu-krupnykh-aktivov.html>

² См. А. Тулекбаева, «Дочки» крупных госхолдингов из офшоров переведут под юрисдикцию МФЦА, [29.06.2022], интернет-ресурс: <https://inbusiness.kz/ru/news/dochki-krupnyh-gosholdingov-iz-ofshorov-perevedut-pod-yurisdikciyu-mfca>

которые предоставят своим клиентам возможность официально и открыто работать с криптовалютой».¹

Действительно, с 2023 года за органами МФЦА признается компетенция определять виды цифровых активов, а также порядок и условия выпуска (за исключением цифрового майнинга), размещения, обращения, хранения цифровых активов, а также требования к биржам цифровых активов и порядок их лицензирования.²

В то же время, с 2020 года и выпуск, и оборот криптовалюты законодательно запрещен в Республике Казахстан.³ Однако, в условиях действия такого запрета, в сентябре 2022 года сообщалось, что один из крупных казахстанских банков осуществил покупку криптовалюты за деньги на криптобирже, базирующейся в МФЦА,⁴ о чем гордо было доложено Президенту Казахстана с уточнением, что это была покупка, осуществленная в рамках системы «криптобиржа – клиент – банк».⁵

Для какой цели казахстанский банк приобрел эту криптовалюту, а как он смог обойти существующий запрет на обращение необеспеченных цифровых активов (что и является криптовалютой) в Казахстане, остается неясным.

В то же время очевидно, что государство не в состоянии контролировать обращение криптовалют, и только полный запрет такого обращения позволяет обеспечить предсказуемость событий и безопасность внутреннего рынка.

И в этих условиях очень непонятно, зачем Закон об информатизации регулирует майнинг криптовалюты, который согласно вышеупомянутым недавним законодательным изменениям прямо признается выпуском криптовалюты, (причем сам выпуск необеспеченных цифровых активов остается также под общим запретом в Казахстане наряду с оборотом криптовалюты), и как законодатель представляет себе возможность отслеживаемого вывода «намайненной» в Казахстане криптовалюты в юрисдикцию МФЦА для последующего ее обращения (как и сами цели такого обращения в контексте развития Казахстана).

Ну и, конечно же, непонятно, для чего создается такой режим, при котором неизбежными становятся шикана и другие злоупотребления, обходы закона, а самое главное – субъективные разрешение споров и принятие решений о применении мер ответственности к участникам оборота (даже, если они являются лицензированными майнерами криптовалюты).

¹ См. А. Arystanbek, Bank Accounts for Cryptocurrency Will Be Available in Kazakhstan As Country Expands Its Crypto Mining to Global Market, [27.07.2021], <https://astanatimes.com/2021/07/bank-accounts-for-cryptocurrency-will-be-available-in-kazakhstan-as-country-expands-its-crypto-mining-to-global-market/>

² См. Конституционный закон Республики Казахстан от 30 декабря 2022 года № 176-VII «О внесении изменений и дополнений в некоторые конституционные законы Республики Казахстан», интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36278297&pos=50;-46#pos=50;-46

³ См. Закон Республики Казахстан от 24 ноября 2015 г. № 418-V «Об информатизации» (с изменениями и дополнениями), п. 3 ст. 33-1, интернет-ресурс: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1500000418>

⁴ См. Н. Partz, Kazakhstan ready to legalize crypto as Russians flock to the country, [29.09.2022], <https://cointelegraph.com/news/kazakhstan-ready-to-legalize-crypto-as-russians-flock-to-the-country>

⁵ См. Пресс-релиз Евразийского банка: Казахстанцы смогут легально покупать и продавать криптовалюту, [28.09.2022], интернет-ресурс: <https://eubank.kz/kazakhstanstsy-smogut-legal-no-pokupat-i-prodavat-kriptovalyutu-28-09-2022/>

Эти вопросы – той же природы, как ранее рассмотренные мной в рамках обсуждения пределов рациональности частнопубличного законодательства в Казахстане.¹

5. Таким образом, юрисдикция МФЦА, по сути, позволяет обходить законодательные запреты, существующие в законодательстве Казахстана, а государство освобождено от обязанности (или лишено возможности) обеспечить твердость и предсказуемость гражданского оборота применительно к рынку криптовалют, как и в целом надлежащий уровень национальной безопасности в данном аспекте.

При этом, идея МФЦА уже экспортируется в другие страны (пока только Центральноазиатского региона: в Узбекистан и Кыргызстан).

Так, например, в апреле 2022 года в Бишкеке прошло 10-ое заседание казахстанско-кыргызского Межправительственного совета. Из сообщений в средствах массовой информации стало известно о состоявшихся рассмотрении актуальных вопросов двустороннего сотрудничества в различных сферах социально-экономической деятельности и обсуждении вопроса о начале строительства индустриально-логистического центра на границе двух республик. Было отмечено увеличение товарооборота и обозначены другие направления двустороннего сотрудничества между нашими странами.

Вместе с тем, с точки зрения перспектив сотрудничества в правовой сфере внимание привлекла информация о том, что по «по итогам заседания состоялось подписание протокола 10-го заседания Межправительственного совета, а также соглашения об учреждении GFC Bishkek. Соглашение предусматривает создание совместной компании при участии казахстанского Центра зеленых финансов МФЦА и партнеров от Кыргызстана в виде нескольких банковских учреждений. Создание совместной компании нацелено на региональное продвижение Международного финансового центра «Астана» в Кыргызстане и Центрально-Азиатском регионе».²

В этой связи в предлагаемой статье я подчеркиваю важность развития национального права, в том числе в рамках активного межгосударственного, регионального и международного сотрудничества, с использованием механизмов сближения, гармонизации национальных правовых систем, иных способов конвергенции права, но также полагаю для себя целесообразным обратить внимание на те институциональные и правовые риски, с которыми могут столкнуться государство, ее народ, а также инвесторы и иные внешние участники делового оборота в рамках национальной территории в случае создания или функционирования какой-то *exorbitant jurisdiction* подобно МФЦА

6. Обращаясь к вопросу о конвергенции, я понимаю ее (в качестве общеизвестного в правовой науке понятия) как сближение «неродственных»

¹ См. Ф. Карагусов, О рациональности пределов законодательства в области гражданского права, интернет-ресурс: https://katpartners.kz/Articles/Legislation_rationality.pdf

² См. Б. Чермашев, Состоялось 10-е заседание казахстанско-кыргызского Межправсовета, [29.04.2022], интернет-ресурс: <https://24.kz/ru/news/policy/item/541486-sostoyalos-10-e-zasedanie-kazakhstansko-kyrgyzskogo-mezhpravsoveta>

правовых систем, представляющее собой их развитие в сходном направлении и приобретение ими сопоставимых черт и характеристик в примерно одинаковых социально-политических условиях. В связи с этим я считаю, что конвергенция национального права и иностранного права является одним из важных способов развития национального права на текущем этапе развития современного общества и государства (в том числе с учетом объявленных, в частности, в Казахстане целей и различных перспектив такого развития).

Более того, такая конвергенция является вполне объективным процессом, который позволяет любому современному государству стать признанным участником глобальных процессов цивилизационного развития человечества. Для казахстанского права целесообразность развития по пути конвергенции, продуманного и разумного сближения с правом государств, развитых в культурном и социально-экономическом отношении, не только не вызывает сомнений, но также не имеет альтернативы (если мы, опять-таки, говорим о целях и задачах развития нашего независимого государства).

7. В частности, не вызывает сомнений возможность и целесообразность конвергенции казахстанского права с английским правом. Специально обращаюсь к этому вопросу, поскольку уже несколько лет назад на государственном уровне решается задача «совершенствования законодательства Республики Казахстан на основе имплементации английского права в казахстанское законодательство» (хотя это движение не привело пока ни к чему такому, чем можно гордиться, и что можно предлагать в качестве положительного опыта),¹ а также поскольку в МФЦА, по официальной версии, создано «самое удобное для бизнеса право МФЦА, базирующееся на принципах, нормах и прецедентах права Англии и Уэльса и/или стандартах ведущих мировых финансовых центров».²

Пользуясь случаем, отмечу, что английское право – это значимый результат исторического развития того народа и той страны, которые сделали (и продолжают делать) неоценимый вклад в цивилизационное развитие человечества на протяжении многих веков.

Выдающийся ученый-компаративист XX-го столетия французский профессор Рене Давид выделил такой признак английского права, как его универсальность, в том значении, что оно (английское право) служит моделью для значительной части человечества.³ Этот вывод для себя я принимаю за данность.

8. То, что практически весь мир сейчас находится в одинаковых условиях окружающей среды, не вызывает сомнений. Также нет оснований спорить о том, что английское право и казахстанское право являются, скажем, не совсем родственными, поскольку, с точки зрения общепризнанной классификации,

¹ См. Совершенствование гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права: Матер. Междунар. науч.-практ. конф., [25.11.2016], Астана: «Қазақстан Республикасының Заңнама институты» ММ, 2017, (қазақша, орысша, ағылшынша), 96 б., с. 5; электрон. версия: https://zqai.kz/sites/default/files/sbornik_konfer_25.11.16_0.pdf

² См. Официальный интернет-ресурс Международного финансового центра «Астана»: <https://aifc.kz/ru/tseli/>

³ См. Р. Давид, Основные правовые системы современности, М.: Прогресс, 1967, 496 с., с. 252.

они принадлежат к двум разным правовым семьям. Так что именно конвергенция казахстанского права и английского права объективно возможна; и она возможна по определению.

Специально оговорюсь, что не являюсь сторонником точки зрения о том, что чуждость английского права нашей правовой системе не позволяет конвергенции. Наоборот, в законодательстве стран гражданского кодекса можно найти юридические конструкции, которые позволяют решать сходные задачи, которые решаются в английском праве, например, с использованием таких специфических для него конструкций, как траст.

Также системы континентального права могут свидетельствовать и об успешном восприятии отдельных правовых институтов из системы общего права. Например, ниже приводится пример развития права в Нидерландах.

9. Важно понимать, что значимым фактором эффективной и перспективной конвергенции является полноценное сравнительно-правовое исследование. В частности, сравнительное правоведение предоставляет целый набор методов, посредством которых может быть обеспечено сближение национальных законодательств.

А уже на основе результатов полноценного сравнительного правового исследования можно будет выбирать приемлемые для казахстанского права способы такого сближения, среди которых могу назвать такие, как заимствование апробированных правовых конструкций, восприятие правовых институтов и концепций, даже использование так называемых правовых имплантов.

В этом смысле, для нас примером может служить современная правовая система Нидерландов, чье национальное право даже называют «конвергируемым правом». Оно сформировалось за счет обдуманного заимствования и адаптации идей и конструкций из разных правовых систем (включая большой объем такого заимствования из английского права).¹ Сегодня Нидерланды, оставаясь страной гражданского кодекса (еще какого образцового кодекса!), является экономически развитым государством с высоким уровнем общечеловеческой и правовой культуры, а ее правовая система является одним из источников идей для развития права Европейского Союза.

10. Таким образом, еще раз скажу, что конвергенция за счет продуманной рецепции, заимствования адаптированных для нашей системы юридических конструкций и правовых институтов, на данном этапе является единственно возможным сейчас способом развития казахстанского права.

Но самое главное, что хочу подчеркнуть по достижении 30-летия независимости Казахстана, это то обстоятельство, что с какими бы правовыми системами не «конвертировалось» казахстанское право, каким бы «конвергируемым правом» оно не стало, любая конвергенция должна служить цели развития национального права Республики Казахстан, сохранению и

¹ См. Голландская правовая культура / Отв. ред. В. Бойцова и Л. Бойцова, М.: Изд-во «Легат», 1998, 592 с., с. 47 - 60.

совершенствованию собственной правовой системы как необходимого атрибута любого современного государства.

Такой правовой системы, функционирование которой будет служить укреплению государственности Республики Казахстан как суверенного государства, как уважаемого и активного участника международных связей на глобальном и региональных уровнях; существенному усилению экономической мощи нашей страны; благоприятному внутривластическому и социально-экономическому климату и повышению уровня общей и правовой культуры, а также достижению высокой степени доверия граждан и общественных институтов к своему государству.

11. Подчеркну, что до этого места я говорил о конвергенции как условии развития казахстанского частного права.

Для целей развития частного права и, в целом, национальной правовой системы как самого Казахстана, так и заинтересованных иностранных государств актуальным может быть восприятие опыта правового и структурного развития в Казахстане.

В том числе (если говорим об опыте МФЦА), перспективным может быть пример деятельности Академии МФЦА, где именно английские юристы преподают и разъясняют различные институты именно английского права. Применение каких-то практик регулирования доступа к рыночной инфраструктуре, взаимодействия и поведения субъектов финансовых рынков, используемых в рамках МФЦА также может служить повышению качества (эффективности, простоты, расширению выбора и т.д.) правового регулирования в Казахстане.

Вышеизложенные выводы о важности конвергенции, однако, не относятся к тому способу «конвергенции», который выбрали в Казахстане, собственно создав МФЦА, и который (то есть этот выбор) сейчас всячески оправдывают представители некоторых государственных органов Казахстана и кто-то из наших коллег-юристов (в том числе занимаясь «жонглированием» словами и подменой понятий, руководствуясь лишь личными интересами, отказываясь представлять в суде МФЦА контрактных контрагентов, в общем-то вынужденно, если не будучи введенными в заблуждение, выбравших эту юрисдикцию в их договорах с казахстанскими государственными органами и организациями и т.п.).

12. С учетом вышеизложенного, далее в предлагаемой статье отмечаются некоторые существенные, на мой взгляд, риски для государства и участников делового оборота, возникающие из самого факта создания и/или функционирования МФЦА.

Я уже ранее неоднократно публиковал свою точку зрения по этому вопросу и сейчас лишь повторю свою позицию о том, что Закон о МФЦА был принят в нарушение Конституции Республики Казахстан,¹ так же как функционирование МФЦА сегодня нарушает нашу Конституцию.

¹ См., например, Ф. Карагусов, Записка о возможности существования двух правовых систем в рамках одной юрисдикции (в связи с предполагаемым созданием международного финансового центра в Астане, [30.11.2015], интернет-ресурс: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33607423 ; Ф. Карагусов, О попытке

Более того, как уже отмечено выше, МФЦА возник не просто в нарушение Конституции, но и в нарушение органических интересов казахстанского народа в том, чтобы созданное им государство сохраняло свой суверенитет, повышало степень независимости нашей страны, функционировало в интересах своего народа и обеспечивало его благополучие и процветание.

Поэтому я последовательно предлагаю к рассмотрению вопрос о ликвидации МФЦА, ибо сложившаяся у нас практика игнорировать требования закона и не замечать нарушения закона вылилась в это невообразимое нарушение самой нашей Конституции.

И это нарушение должно быть устранено. Причем оно должно быть устранено разумно и продуманно: решение типа «разрубить Гордиев узел», к сожалению, не применимо из-за вероятности непомерных издержек, которые снова могут стать бременем казахстанского народа.

13. Напомню, что МФЦА создан как самостоятельная юрисдикция, имеющая свои органы, собственные административные процедуры, а также право как создавать собственные правовые нормы, предписывать конкретное поведение в рамках своей территории, так и деятельностью собственного суда МФЦА разрешать споры и конфликты, выносить решения по существу.

На территории МФЦА казахстанское право практически не действует. Так называемым «правом МФЦА» регулируются гражданско-правовые, гражданско-процессуальные, финансовые отношения, а также административные процедуры и процедуры закупок органами МФЦА товаров, работ и услуг. Более того, органы МФЦА в ряде случаев принимают акты, регулирующие и иные отношения.

Роль казахстанского законодательства определена как субсидиарная по отношению к «праву МФЦА», допуская его применение к отношениям, не урегулированным «правом МФЦА». Но в любом случае применение казахстанских, например, Уголовного кодекса и законодательства об административных правонарушениях в юрисдикции МФЦА также, по крайней мере, существенно ограничено, поскольку материальные нормы, которые бы служили источником для уголовного или административного законодательства, приняты не уполномоченными органами Республики Казахстан и по своему содержанию (как и направленности, философии и идеологии) могут принципиально отличаться от содержания норм казахстанского законодательства. А юрисдикция органов и судов Республики Казахстан не распространяется на территории МФЦА.

Следует признать, что не только сам Закон о МФЦА был принят в нарушение Конституции. Но и после внесение поправок в Конституцию, которыми, видимо, предполагалось обеспечить соответствие МФЦА (его создания и деятельности) Конституции, функционирование МФЦА продолжает оставаться нарушающим Конституцию, поскольку есть очевидная

создать правовую основу для функционирования двух юрисдикций на территории Республики Казахстан, [08.02.2016], интернет-ресурс: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=39979088

разница между тем, что представляет собой «создание особого правового режима для финансовых сделок»¹ (что представляется вполне допустимым с точки зрения нашей Конституции), и созданием самостоятельной юрисдикции (что видится явно неконституционным).

Таким образом, с учетом содержания Закона о МФЦА и в соответствии с глобальное признаваемым пониманием концепции «юрисдикция»,² можно считать, что МФЦА создан как самостоятельная юрисдикция.

Впрочем, сам Келимбетов без всяких обиняков (хотя и с довольно явной небрежностью в использовании правовых понятий) указывал, что «у Казахстана среди всех постсоветских стран появилось дополнительное преимущество, у нас есть дополнительная юрисдикция – так называемая юрисдикция общего права, базирующаяся на принципах права Великобритании».³

Теперь функционирование МФЦА создает казусы, которые невозможно регулировать в соответствии с нормами казахстанского законодательства.

14. В качестве примера можно привести получившую распространение практику, когда созданные в соответствии с «правом МФЦА» компании стали проникать на территорию казахстанского права, например, обращаясь за открытием банковских счетов в казахстанских банках, вступая в иные гражданско-правовые отношения с лицами, признанными субъектами права казахстанским законом.

Известно, что компании, учрежденные в соответствии с правилами МФЦА, настаивали на том, чтобы казахстанские банки открывали им банковские счета. И неприятие многими банковскими юристами возможности открытия им банковских счетов совершенно понятно: ни МФЦА не является иностранным государством или иным суверенным образованием, ни его нормативные установления (в связи с этим) не могут рассматриваться иностранным правом для целей применения казахстанских норм о международном гражданском праве и международном гражданском процессе. Эти правоотношения кажутся лишенными правовой основы.⁴

Правила Главы 9 ГК Республики Казахстан («Международное частное право») не позволяют рассматривать такие компании ни в качестве иностранных юридических лиц, ни в качестве казахстанских резидентов, ибо как объясняется ниже, Казахстан также не признает МФЦА самостоятельной юрисдикцией (хотя в силу Закона о МФЦА не признает его и казахстанской юрисдикцией).

В то же время именно международное частное право имеет дело или координирует множественность правовых систем различных государств для

¹ См. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. (с изменениями и дополнениями), ст. 4, интернет-ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029

² См. R. Michaels, Jurisdiction, foundations, in: *Encyclopedia of Private International Law*, J. Basedow, G. Ruhl, F. Ferrari and P. de M. Asencio (eds), Edward Elgar Publishing, 2017, vol. 2, pp. 1048 – 1049.

³ См. А. Тулекбаева, цит. соч.

⁴ См. С. Esplugues and G. Palao, Foreign law, application and assortment, in: *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 1, pp. 769 – 771.

снижения рисков неопределенности в регулировании трансюрисдикционных сделок и предприятий.¹

Складывающаяся в Казахстане вышеупомянутая деловая практика неизбежно приведет в тому, что казахстанские суды когда-то будут вынуждены не только разрешать споры, связанные с деятельностью таких компаний МФЦА в рамках казахстанского правопорядка, но и принимать решения относительно действительности имущественных прав, возникших из взаимоотношений с такими компаниями.

Особая сфера деятельности, которая также в будущем может появиться и у казахстанских правоохранительных органов, может быть связана с исследованием (или расследованием) финансовых потоков, прошедших по счетам таких компаний МФЦА в казахстанских банках, а также имущественных прав, возникших на основании решений суда МФЦА по спорам, возникшим на территории Республики Казахстан и на основании казахстанского законодательства, но по каким-то причинам в соответствии с положениями Закона о МФЦА переданными на разрешение в суд МФЦА.

15. Для применения положений любого национального законодательства о международном частном праве и международном гражданском процессе, в том числе казахстанского, когда субъекты МФЦА (например, его администрация и признанные в соответствии с его правилами участники МФЦА) взаимодействуют в рамках правоотношений с субъектами права по законодательству Республики Казахстан или другого государства, сам МФЦА должен быть признан самостоятельной юрисдикцией.

То есть для того, чтобы коллизионное право могло применяться в правоотношениях с участием субъектов МФЦА и/или самого МФЦА, он (МФЦА) каким-то образом должен быть надлежащим образом признан самостоятельным государством или иным государственным (хоть как-то автономным) образованием, поскольку международное частное право касается именно международных и/или межгосударственных взаимосвязей.²

Но МФЦА в качестве государственного образования не признан (и не должен быть признан!) ни одним государством, включая Республику Казахстан, ибо признание суверенного права создавать свои правовую и судебную системы для их признания иностранными юрисдикциями, очевидно, осуществляется определенными механизмами, используемыми в международном праве.

16. Понятие юрисдикции в принципе предполагает осуществление суверенной государственной властью полномочий по формированию собственного права и обеспечению того, чтобы суды этого государства были полномочны разрешать дела и споры в соответствии с этим своим правом. Без признания государственного суверенитета не может существовать ни национального права, ни правовой системы, ни юрисдикции, в том числе не может даже возникать вопрос о существовании в рамках какого-то

¹ См. G. Ruhl, Private international law, foundations, in: *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 2, pp. 1380 – 1382.

² См. R. Michaels, цит. соч., pp. 1048 – 1049.

несуверенного образования какого-то своего права, включая международное частное право.

Соответственно, не может быть решен и вопрос о применении механизмов и инструментов разрешения конфликтов правовых систем в рамках правоотношений с иностранным элементом (механизмов и инструментов, предлагаемых в международном частном праве).¹

Здесь подчеркну, что даже согласно общечеловеческому пониманию суверенное государство в общем определяется как любая нация или народ, какой бы ни была форма ее/его внутреннего устройства, которая(-ый) управляет самостоятельно на своей территории независимо от иностранной власти. Суверенитет государства означает ее полную юрисдикцию на своей территории: независимость государства также означает наличие у него права и полномочия регулировать свои внутренние дела без вмешательства извне, его способность вступать в отношения с другими суверенными государствами. В контексте же рассматриваемого в настоящей статье вопроса это касается и возможности заключать международные соглашения о взаимном признании и/или исполнении судебных решений и требований административных органов государства.

Конечно же, существование или исчезновение государства – это вопрос фактических обстоятельств: например, какое-то государство может существовать, не будучи признанным другими суверенными государствами. И даже на уровне Организации Объединенных Наций может отмечаться существование непризнанных или частично признанных государств. Тем не менее, государство должно быть признано другими субъектами международного сообщества, поскольку непризнанные государства чаще всего сталкиваются с тем, что они не могут в полную меру (или вообще не могут) осуществлять полномочия по заключению и исполнению международных договоров, вступать в дипломатические отношения с другими суверенными государствами.

Опять-таки, в контексте темы данной статьи, непризнанное государство не может гарантировать другим государствам действительность и исполнимость судебных решений, принятых даже в рамках собственной юрисдикции этого непризнанного государства.

Такое общечеловеческое понимание самостоятельной юрисдикции практически в полной мере совпадает с юридической теорией. Как указывается в источниках, понятие юрисдикции обычно применяется к правомочию создавать и/или влиять на правовые интересы, создавать правовые условия для деятельности субъектов или существования законных интересов в рамках суверенной власти определенного народа. Любая юрисдикция должна иметь свои правовые основы, определяющие ее внешние границы, а также регулирующие полномочия ее органов по созданию правовых норм, судебной власти и процедурам.

¹ См. Goode on Commercial Law, Forth Edition, Edited and fully revised by E. McKendrick, LexisNexis UK and Penguin Books, 2010. – 1433 p., pp. 1188 – 1206.

Важно понимать, что, если юрисдикция не признана международным сообществом, но национальным правом утверждается как действительная юрисдикция, такая называется за пределами (или чрезмерной) юрисдикцией (*exorbitant jurisdiction*), и рассматривается как несправедливая юрисдикция ввиду ограниченного взаимодействия между тем органом, который разрешает спорный вопрос, и участниками процесса или самим спором. В связи с этим и основания для существования такой юрисдикции должны быть объявлены чрезмерными, а все решения, вынесенные с опорой на такие основания, не должны признаваться иностранными судами.¹

Этот фактор подчеркивает высокую вероятность разнообразных рисков, которые для Казахстана и для участников гражданского оборота создаются функционированием МФЦА.

17. Представляется, что создание МФЦА привело к тому, что государство Казахстан отказалось (вопреки воле народа Казахстана, закрепленной в принятой всенародным референдумом Конституции) от своей юрисдикции на выделенной для функционирования МФЦА территории нашего унитарного (!) государства.

При этом оно же (наше государство) допустило утрату (как минимум, вероятность утраты) контроля за применением казахстанского права в разрешении споров и конфликтов, возникших на территории нашей Республики в рамках нашей правовой системы, но по воле сторон (безотносительно того, насколько свободным было волеизъявление всех соответствующих сторон) спора (конфликта) переданных на окончательное разрешение суду МФЦА.

Следует также отметить, что в МФЦА действует даже не английское право (и оно не может там действовать, поскольку МФЦА не принадлежит Соединенному Королевству), как не действует и казахстанское право. Там действует так называемое «право МФЦА», сформированное администрацией МФЦА, не являющейся государственным органом Казахстана.

А самое главное, согласно ст. 4 Закона о МФЦА эти акты МФЦА «основаны на принципах, нормах и прецедентах права Англии и Уэльса и (или) стандартах ведущих мировых финансовых центров».

Закон о МФЦА и не мог признать английское право (как и любое иное иностранное право) «правом МФЦА», ибо в теории права в глобальном контексте «под термином «право» понимается право государства»; термин «право» - совершенно иное понятие, чем понятия «принципы права» или «правила права», которые служат принципиально иным источником оснований для разрешения споров с участием иностранного элемента.²

Но именно тот фактор, что «право МФЦА» основано на принципах чужого права, прецедентах чужеродной судебной системы, которые имели место в иных исторических, политических и социально-экономических условиях, а также неких стандартах не идентифицированных, но названных

¹ См. D. Earl Childress III, Jurisdiction, Limits under international law, in: *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 2, pp. 1051 – 1055.

² См. Goode on Commercial Law, Forth Edition, p. 1225.

ведущими, «мировых финансовых центров»,¹ является самым настораживающим, поскольку тем самым суду МФЦА предоставлена практически неограниченная свобода в разрешении дел и споров (в том числе переданных ему споров и конфликтов, возникших из казахстанского права), а также в выборе используемых им для этого оснований.

При таком регулировании суд МФЦА может по своему усмотрению выносить решения по таким спорам (самое страшное - включая подведомственные казахстанским судам споры и конфликты)², принимая во внимания любые соображения, не являющиеся правовыми нормами ни казахстанского права, ни какой-либо иной признанной правовой системы.³

18. Хочется обратить внимание и еще на одну серьезную проблему, возникающую в связи с тем, как организована деятельность МФЦА и суда МФЦА.

Известно, что не каждый желающий имеет возможность представлять интересы стороны в этом суде МФЦА. Только аккредитованные юридические фирмы и адвокаты могут быть допущены к процессу в этом суде в качестве представителя стороны. Таких не много.

При этом частные, казахстанские и иностранные, субъекты гражданского оборота, вынужденные согласиться на юрисдикцию суда МФЦА в их договорах с казахстанскими государственными органами и иными организациями, в случае возникновения спора по таким правоотношениям сталкиваются с той проблемой, что не могут найти для себя профессионального юридического представителя в суде МФЦА. Впечатляющее большинство аккредитованных юридических консультантов и адвокатов (практически все) отказываются представлять их, поскольку принципиально не выступают против государства, на постоянной основе работая по государственным или спонсируемым государством проектам, либо надеясь на получение контрактов от него.

В такой ситуации, вынужденные согласиться на упомянутую юрисдикцию для рассмотрения споров частные контрагенты государства, включая инвесторов по проектам государственно-частного партнерства и другим инвестиционным проектам, фактически остаются без возможности профессионального представительства в суде МФЦА. В этих условиях появляются основания утверждать о том, что имеет место отказ в правосудии. Во всяком случае, свободный доступ к судебной защите, к правосудию существенно ограничивается.

Другим последствием такой практики является то, что члены существующего сообщества юристов, допущенные к юридическому обслуживанию государства и к участию в процессах в суде МФЦА, могут

¹ Существуют ли такие официально вообще? Ибо известный рейтинг финансовых центров формируется негосударственной организацией по ее собственным критериям, методологии и оценкам.

² См. Разъяснения № 1 по отдельным вопросам судебной практики, связанным с передачей спора на разрешение суда Международного финансового центра «Астана», утвержденные постановлением пленарного заседания Верховного Суда Республики Казахстан от 15 апреля 2021 года № 5, интернет-ресурс Верховного Суда Казахстана: https://sud.gov.kz/sites/default/files/pagefiles/razyasnenie_post_no5_rus.pdf

³ См. Goode on Commercial Law, Forth Edition, p. 1320.

утратить такие важные профессиональные качества, как независимость, объективность, беспристрастность, приверженность высоким стандартам профессиональной честности.

С учетом этого, описанная проблема также представляется носящей институциональный характер, формирующей некорректную практику и влекущей риски ненадлежащего социально-политического развития.

19. В связи с изложенным (как и в связи с рядом других не менее существенных обстоятельств), считаю важным скорейшее принятие политического и правового решения о ликвидации МФЦА, оценку последствий его функционирования и, при выявлении негативных последствий, разработку и осуществление плана мероприятий по их устранению.

Хотя продолжение функционирования МФЦА (по крайней мере, в действующей форме / виде) мне не видится в какой-то долгосрочной перспектива, но серьезные испытания для народа и государственности Казахстана, которые нам придется пройти вследствие функционирования МФЦА, могут длиться долго. Вместе с тем, надеюсь, что Республика Казахстан как суверенное государство будет процветать долгие десятилетия в интересах и на благо своего собственного народа.

12 января 2023 г.

Подготовлено для включения в сборник «Актуальные проблемы частного права. Научные труды НИИ частного права Каспийского университета. Выпуск 3» (2023 г.)