

УДК 347.132.6 (574)

О СООТНОШЕНИИ ПОНЯТИЙ «МЕМОРАНДУМ» И «ДОГОВОР» В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Киздарбекова А.С., Нуржанова А.С.

РГП на праве хозяйственного ведения «Карагандинский государственный университет им. академика Е.А. Букетова Министерства образования и науки Республики Казахстан», Караганда, e-mail: kizdarbekovaa@mail.ru

Рассмотрено понятие меморандума, используемое законодательством Республики Казахстан, международной практикой. Выявлены проблемы правоприменительной практики при заключении меморандумов с участием государства. Определено соотношение понятий «меморандум», «договор». Выработаны практические рекомендации для предпринимателей, подписывающих меморандумы с государственными органами.

Ключевые слова: меморандум, договор, соглашение

ON THE RELATION OF CONCEPTS «MEMORANDUM» AND «CONTRACT» IN THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN LEGISLATION

Kizdarbekova A.S., Nurzhanova A.S.

RSE on the basis of the right of economic management «The academician Y.A. Buketov Karaganda State University of the Ministry of Education and Science of the Republic of Kazakhstan», Karaganda, e-mail: kizdarbekovaa@mail.ru

The concept of the memorandum, used by the Republic of Kazakhstan legislation and international practice is considered. The problems of law enforcement practice at the conclusion of memorandums with state participation are identified. The correlation of the concepts of «Memorandum», «contract» is determined. The practical recommendations for entrepreneurs, signing the memorandums with state agencies are developed.

Keywords: memorandum, contract, agreement

В последнее время на практике достаточно широкое применение получают меморандумы. Меморандумы заключают уполномоченные органы с местными исполнительными органами, государственные органы с общественными организациями, меморандумами оформляются достигнутые договоренности между государственными органами и представителями бизнеса. Вместе с тем, участник при подписании такого документа не всегда понимает его суть, что, в принципе, логично, поскольку в действующем законодательстве Казахстана отсутствует единообразие в данном вопросе, что, естественно не может не сказываться на правоприменительной практике.

Какова правовая природа меморандума? Какие правовые последствия для участников он порождает? В чем его отличие от договора? Вот те вопросы, на которые стоит ответить перед подписанием такого документа.

Целью исследования является определение соотношений «меморандум» и «договор», выработка практических рекомендаций для лиц, участвующих в подписании меморандумов в Казахстане.

При написании работы применялись общенаучные методы (анализ, синтез, дедукция, индукция, обобщение, аналогия), методы теоретического анализа (системный

подход, логический), методы эмпирического исследования (сравнение, группирование) и др.

При соблюдении в целом системного подхода применялись формально-юридический, сравнительно-правовой частно-научные методы.

Системный подход, позволяя анализировать и синтезировать данные, полученные в результате различных исследований, предоставил возможность сформировать целостное представление о предмете анализа, выявить многообразие связей его компонентов и свести их в единую теоретическую систему.

Применение формально-юридического метода было важным при формировании отличительных особенностей отдельных правовых категорий, а также для анализа правовых норм, присутствующих, как в действующем законодательстве.

Сравнительно-правовой метод позволил провести анализ международного опыта использования понятие «меморандум» и сопоставить его с условиями его использования в отечественной правоприменительной практике, соотнести характерные черты понятий «меморандум» и «договор».

Термин «меморандум» содержится в тексте 1101 нормативно-правового акта

Республики Казахстан. Но, ни в одном из них нет общего определения данного понятия.

В отдельных источниках определяется процедура утверждения и содержание этого документа применительно к конкретной сфере, например, в п. 8 ст. 1-1 Закон Республики Казахстан от 25 апреля 2001 года № 178-ІІ «О Банке Развития Казахстана» меморандум определяется как «Меморандум о кредитной политике Банка Развития, утверждаемый национальным управляющим холдингом» [1]. Аналогичная ситуация в п. 6 ст. 62 Бюджетного кодекса Республики Казахстан от 4 декабря 2008 года № 95-ІV, который указывает на то, что Меморандум разрабатывается в реализацию Стратегического плана развития Республики Казахстан на 10 лет, подписывается первым руководителем и утверждается в месячный срок со дня подписания закона о республиканском бюджете [2].

В других источниках законодатель просто ограничивается указанием на то, что тот или иной уполномоченный орган имеет право заключать Меморандум. Например, в пп. 17 п. 1 ст. 7 Кодекс Республики Казахстан от 18 сентября 2009 года № 193-ІV «О здоровье народа и системе здравоохранения» закреплено, что уполномоченный орган осуществляет функции по «заключению меморандумов с руководителями местных исполнительных органов, направленных на достижение конечных результатов деятельности в области здравоохранения» [3]. Похожую норму содержат ст. 17 Кодекса Республики Казахстан от 9 января 2007 года № 212-ІІІ «Экологический кодекс Республики Казахстан», в силу которой уполномоченный орган в области охраны окружающей среды «заключает соглашения и меморандумы в области охраны окружающей среды» [4]; пп. 2-1 п. 1 ст. 29 Закона Республики Казахстан от 23 января 2001 года № 148-ІІ «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан», согласно которой Аким области, города республиканского значения, столицы в соответствии с законодательством Республики Казахстан подписывает меморандум, содержащий ключевые целевые индикаторы, достижение (выполнение) которых обязуется обеспечить в пределах бюджетных средств в плановом периоде и многие другие нормативные акты [5]. Но, ни в одном из них не раскрывается суть данного понятия.

Отсутствует также единообразие в толковании термина «меморандум» в подзаконных нормативных актах и, соответственно, в правоприменительной практике.

Например, в пп. 228 п. 16 Положения о Министерстве энергетики Республики Казахстан, утвержденном Постановлением Правительства Республики Казахстан от 19 сентября 2014 года № 994 центральный аппарат Министерства «заключает соглашения и меморандумы в области охраны окружающей среды» [6]. В данном акте понятия «меморандум» и «соглашения» рассматриваются как равнопорядковые. В то же время, в пп. 51 п. 18 Положения о Министерстве национальной экономики Республики Казахстан, утвержденном Постановлением Правительства Республики Казахстан от 24 сентября 2014 года № 1011 ведомства правомочны «заключать меморандумы (соглашения) с руководителями местных исполнительных органов, направленные на достижение конечных результатов деятельности в регулируемой сфере» [7]. В данной норме понятия «меморандум» и «соглашения» рассматриваются как синонимы.

Так в чем же правовая сущность меморандума?

Понятие «меморандум» широко известно международному праву. Большой юридический словарь содержит несколько значений данного понятия:

1. дипломатический документ, в котором подробно излагается фактическая сторона международного вопроса, дается анализ тех или иных положений, приводится обоснование позиции государства;

2. письмо с напоминанием о чем-либо (в торговле);

3. докладная записка, служебная справка;

4. перечисление в страховых полисах (особенно морских) опасностей, страхование от которых не производится;

5. документ, содержащий информацию для потенциального инвестора [8].

Иными словами, меморандум – это документ, содержание которого видоизменяется в зависимости от сферы его использования.

Если рассматривать его, как дипломатический документ, то он содержит детальное обоснование позиции одной из сторон, со ссылками на иные документы и аналитические данные, является приложением к дипломатической ноте и вручается лично представителю государства, с которым ведутся переговоры. В политической сфере под меморандумом принято понимать многостороннее соглашение (между государствами, партиями, общественными организациями), в котором представлена или описана общая линия взаимодействия.

В рамках делопроизводства и организации деятельности конкретного юридического лица, меморандум – это подобие служебного письма или докладной записки.

В рамках торговых отношений меморандум является документом, напоминающим о финансовых обязательствах или обязательствах в рамках заключенного договора.

Страховой полис может иметь в качестве одного из дополнений меморандум – документ, перечисляющий обстоятельства при которых выплаты страхового характера осуществляться не будут и раскрывающий их суть. Меморандумы чаще всего прилагаются к полисам при страховании морских перевозок.

Инвестиционные меморандумы, как разновидность юридических документов, содержат в себе информацию для потенциальных инвесторов.

Меморандумы также составляются юристами в ходе правовой оценки документов и договоров. В этом случае они являются неким подобием письменной консультации.

Таким образом, под понятие меморандум попадает широкий спектр юридических документов, используемых в различных сферах деятельности.

Вместе с тем, не совсем понятно, какое из этих значений следует применять, например, к подписанному в марте месяце 2015 года Министром здравоохранения и социального развития РК и руководителями профессиональных фармацевтических ассоциаций Казахстана, Меморандуму по поддержанию цен на 200 наименований лекарственных средств и изделий медицинского назначения? Можно ли рассматривать данный документ как договор? Будут ли из данного меморандума вытекать обязательства, обязательные к исполнению?

Гражданский кодекс понятием «меморандум» не оперирует. В соответствии с п. 1 ст. 378 ГК РК договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей [9]. Можно ли меморандум признать договором, учитывая то, что в соответствии с п. 2 ст. 380 ГК РК стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законодательством?

Для того, чтобы меморандум признать договором необходимо чтобы такой меморандум:

1. содержал согласованную волю двух и более лиц, поскольку договор это соглашение;
2. породил, изменял или прекращал права и обязанности у сторон;
3. был заключен с учетом принципов свободы договора и равенства сторон.

В последнее время широко распространено мнение о том, что понятие договора выходит за пределы гражданского права.

Вот, к примеру, некоторые виды договоров, заключаемые в различных сферах экономики и регулируемые различными отраслями права.

1) Земельное право. Здесь заключают договоры купли-продажи – при предоставлении земельных участков в собственность, аренды – при предоставлении их во временное землепользование; договоры на передачу земельного участка (купли-продажи, аренды) договоры залога. Все эти договоры являются гражданско-правовыми.

2) Горное право. При предоставлении недр в пользование заключается контракт на разведку и (или) добычу. Несомненно, это гражданско-правовой контракт, в котором одной из сторон выступает государство.

3) Экологическое право. Здесь появляются все больше договоров, связанных с охраной окружающей среды, и все они несут гражданско-правовой характер.

4) Трудовое право. Трудовой контракт во всех западных юрисдикциях рассматривается как разновидность гражданско-правового контракта. Рабочая сила рассматривается там как товар, и ее купля-продажа или наем оформляются таким же контрактом, что и отчуждение другого товара [10].

Из этого следует, что все договоры в частноправовой сфере являются гражданско-правовыми. Конечно, в каждой отрасли права есть свои особенности, связанные со степенью вмешательства государства в частноправовые отношения (например, в земельных отношениях) или в преимуществе одной из сторон (например, в трудовых отношениях). Но эти особенности проявляются везде, в том числе в чисто гражданско-правовых договорах. Например, специфика трудового договора заключается в наличии серьезного преимущества у работодателя. Но такие же договоры есть в гражданском праве: публичный договор, договор присоединения, банковские договоры, страховые договоры, вообще любые договоры, в которых проявляется приоритет производителя. То есть во многих договорах есть «сильная» сторона и «слабая» сторона [10].

На эти случаи рассчитаны меры по защите прав «слабой» стороны в договоре: например, защита прав потребителя. Та же схема применяется в трудовом договоре. Но он будет неизбежно все более развиваться по направлению к обычному гражданско-правовому контракту. Примером тому является то, как распределены отношения «работодатель-работник» в новом Трудовом кодексе, который вступит в силу 1 января 2016 года.

Поэтому, исходя из текста меморандума, прав, обязанностей и ответствен-

ности сторон, которые в нем прописаны меморандум фактически может являться договором и быть признан таковым судом в случае возникновения спора, независимо от его названия. Поскольку в соответствии со ст. 392 ГК РК при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом. И если буквальное толкование не позволяет определить содержание договора, выясняется действительная общая воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон [9].

Из этого также следует, что государственные органы при подписании конкретного меморандума рискуют выйти за пределы своих полномочий, детализируя его условия, поскольку при этом возможно фактически они заключают договор, на подписание которого они не уполномочены.

На основании изложенного, можно сделать общий вывод о том, что под названием «меморандум» могут скрываться совершенно разные по своей юридической природе документы: от ни к чему не обязывающих декларации, до договоров, подкрепленных серьезным механизмом обеспечения исполнения вытекающих из них обязательств.

Таким образом, прежде чем судить о характере и содержании меморандумов, необходимо ознакомиться с их текстами в каждом отдельном случае.

По результатам проведенного рассмотрения можно прийти к выводу о том, что подавляющее большинство меморандумов, заключающихся на практике, являются ни к чему не обязывающими декларативными документами, не являющимися юридическим обременением для сторон его заключивших, направленными на формирование общественного мнения, на улучшение имиджа органов исполнительной власти и т.д. По сути, это декларативный документ,

не обеспеченный мерами принудительного исполнения.

Вместе с тем, содержание отдельных меморандумов может быть настолько детально прописано, а взаимоотношения сторон столь четко определены и расписаны, что они могут быть приравнены к договорным обязательствам и обязательны к исполнению.

Поэтому, прежде чем подписывать меморандум, связанный с финансовыми обременениями, необходимо обратить внимание на то, как прописаны взаимные права и обязанности, присутствует ли раздел об ответственности, что определяется в качестве предмета соглашения и уполномочены ли лица, иницирующие его подписание, на то действующим законодательством.

Список литературы

1. Закон Республики Казахстан от 25 апреля 2001 года № 178-II «О Банке Развития Казахстана» // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1022778.
2. Бюджетный кодекс Республики Казахстан от 4 декабря 2008 года № 95-IV (с изменениями и дополнениями по состоянию на 01.01.2016 г.) // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30364477.
3. Кодекс Республики Казахстан от 18 сентября 2009 года № 193-IV «О здоровье народа и системе здравоохранения» // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30479065.
4. Кодекса Республики Казахстан от 9 января 2007 года № 212-III «Экологический кодекс Республики Казахстан» // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30085593.
5. Закон Республики Казахстан от 23 января 2001 года № 148-II «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан» // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1021546.
6. Положения о Министерстве энергетики Республики Казахстан, утвержденном Постановлением Правительства Республики Казахстан от 19 сентября 2014 года № 994 // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31610489.
7. Положения о Министерстве национальной экономики Республики Казахстан, утвержденном Постановлением Правительства Республики Казахстан от 24 сентября 2014 года № 1011 // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31611088.
8. Энциклопедический словарь экономики и права // http://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_economic_law/7959/%D0%9C%D0%95%D0%9C%D0%9E%D0%A0%D0%90%D0%9D%D0%94%D0%A3%D0%9C.
9. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.11.2015 г.) // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061.
10. Договор в гражданском праве Республики Казахстан: проблемы теории и практики // <http://zangerlf.com/ru/publications/233?print=1>.