

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 347.9

DOI: 10.54649/2077-9860-2022-2-22-27

Ф.С. Карагусов¹

¹ д.ю.н., профессор,

Каспийский общественный университет,

Республика Казахстан, г. Алматы

e-mail: fsk2906@mail.ru

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ФИНАНСОВЫЙ ЦЕНТР «АСТАНА» КАК EXORBITANT JURISDICTION

Аннотация

В статье автором изучены проблемы правового статуса и функционирования Международного финансового центра «Астана» (МФЦА). Автором рассмотрены проблемы его правового регулирования национальным законодательством, а также обращено особое внимание на понятие «чрезмерной юрисдикции (*exorbitant jurisdiction*)». Обращая внимание на то, что в соответствии с Конституционным законом Республики Казахстан МФЦА создан как самостоятельная юрисдикция, автором отмечаются некоторые существенные риски для государства и участников делового оборота возникающие из самого факта создания и/или функционирования в Казахстане Международного финансового центра «Астана» (МФЦА). И поэтому считает важным принятие политико-правового решения касательно будущего МФЦА.

Ключевые слова: гражданское законодательство, споры, частно-правовые отношения, коллизии, правовой статус, правовая система, юрисдикция, чрезмерная юрисдикция.

Ф.С. Қарағұсов¹

¹з.ғ.д., профессор,

Каспий қоғамдық университеті

Қазақстан Республикасы, Алматы қ.

e-mail: fsk2906@mail.ru

«АСТАНА» ХАЛЫҚАРАЛЫҚ ҚАРЖЫ ОРТАЛЫҒЫ EXORBITANT JURISDICTION РЕТІНДЕ

Аңдатпа

Мақалада автор Астана халықаралық қаржы орталығының (АХҚО) құқықтық мәртебесі мен қызмет ету мәселелерін зерттеген. Автор оны ұлттық заңнамамен құқықтық реттеу мәселелерін қарастырады, сонымен қатар «шектен тыс юрисдикция (*exorbitant jurisdiction*)» түсінігіне ерекше назар аударады. Қазақстан Республикасының Конституциялық заңына сәйкес АХҚО дербес юрисдикция ретінде құрылғанына назар аудара отырып, автор мемлекет пен іскерлік айналымға қатысушылары үшін Қазақстандағы Астана халықаралық қаржы орталығын (АХҚО) құру фактісінен/қызметінен туындайтын кейбір елеулі тәуекелдерді атап өтеді. Сондықтан ол АХҚО-ның болашағына қатысты саяси-құқықтық шешім қабылдауды маңызды деп санайды.

Түйінді сөздер: азаматтық заңнама, даулар, жеке құқықтық қатынастар, коллизиялар, құқықтық мәртебе, құқықтық жүйе, юрисдикция, шектен тыс юрисдикция.

F.S.Karagussov¹

¹Doctor of law, professor,

Caspian Public University

Republic of Kazakhstan, Almaty

e-mail: fsk2906@mail.ru

ASTANA INTERNATIONAL FINANCIAL CENTER AS AN EXORBITANT JURISDICTION

Annotation

In the article, the author studied the problems of the legal status and functioning of the Astana International Financial Center (AIFC). The author examines the problems of its legal regulation by national legislation, and also pays special attention to the concept of "excessive jurisdiction (exorbitant jurisdiction)". Drawing attention to the fact that, in accordance with the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan, the AIFC was created as an independent jurisdiction, the author notes some significant risks for the state and business participants arising from the very fact of the creation and/or functioning of the Astana International Financial Center (AIFC) in Kazakhstan. And therefore, he considers it important to make a political and legal decision regarding the future of the AIFC.

Key words: civil legislation, disputes, private legal relations, conflicts, legal status, legal system, jurisdiction, excessive jurisdiction.

1. В предлагаемой статье отмечаются некоторые существенные, на мой взгляд, риски для государства и участников делового оборота возникающие из самого факта создания и/или функционирования в Казахстане Международного финансового центра «Астана» (МФЦА), который, 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» [1].

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

Более того, 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.

2. Напомню, что в соответствии с Конституционным законом 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 [2].

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. Роль казахстанского законодательства определена как субсидиарная по отношению к «праву МФЦА», допуская его применение к отношениям, не урегулированным «правом МФЦА». Юрисдикция органов и судов Республики Казахстан не распространяется на территории МФЦА.

Не только сам Конституционный закон был принят в нарушение Конституции. Но и после внесение поправок в Конституцию, которыми, видимо, предполагалось обеспечить соответствие МФЦА (его создания и деятельности) Конституции, деятельность МФЦА продолжает оставаться нарушающей Конституцию, поскольку есть очевидная разница между тем, что представляет собой «создание особого правового режима для финансовых сделок» [3, ст. 4] (что представляется вполне допустимым с точки зрения нашей Конституции), и созданием самостоятельной юрисдикции (что видится явно неконституционным).

Таким образом, с учетом содержания упомянутого Конституционного закона и в соответствии с глобальное признаваемым пониманием концепции «юрисдикция» [4, р. 1048 – 1049], можно считать, что МФЦА создан как самостоятельная юрисдикция.

Теперь функционирование МФЦА создает казусы, которые невозможно регулировать в

соответствии с нормами казахстанского законодательства.

3. В качестве примера можно привести получившую распространение практику, когда созданные в соответствии с законодательством 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 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 [5, р. 769 – 771]. Эти правоотношения кажутся лишенными правовой основы.

Правила Главы 9 ГК («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 Конституционного закона не признает и казахстанской юрисдикцией).

В то же время именно международное частное право имеет дело или координирует множественность правовых систем различных государств для снижения рисков неопределенности в регулировании трансюрисдикционных сделок и предприятий [6, р. 1380 – 1382].

Такая 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 упомянутого Конституционного закона переданными на разрешение в суд МФЦА.

4. 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 [4, pp. 1048 – 1049].

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.

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

Соответственно, не может быть разрешен 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) [7, р. 1188 - 1206].

Здесь подчеркну, что даже согласно общечеловеческому пониманию суверенное го-

сударство 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.

Конечно же, существование или исчезновение государства – это вопрос фактических обстоятельств: какое-то государство может существовать, не будучи признанным другими суверенными государствами. И даже на уровне Организации Объединенных Наций может отмечаться существование непризнанных 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.

Важно понимать, что, если юрисдикция не признана международным сообществом, но национальным правом утверждается как действительная юрисдикция, таковая называется за пределами (или чрезмерной) юрисдикцией (*exorbitant jurisdiction*), и рассматривается как несправедливая юрисдикция ввиду ограни-

ченного взаимодействия между тем органом, который разрешает спорный вопрос, и участниками процесса или самим спором. В связи с этим определенные основания для существования такой юрисдикции должны быть объявлены чрезмерными, а все решения, вынесенные с опорой на такие основания, не должны признаваться иностранными судами [8, pp. 1051 – 1055].

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

6. Представляется, что создание МФЦА привело к тому, что государство Казахстан оказалось (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 (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, эти акты МФЦА «основаны на принципах, нормах и прецедентах права Англии и Уэльса и (или) стандартах ведущих мировых финансовых центров». Упомянутый Конституционный закон 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 [определенного] 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 [7, p. 1225].

Но именно тот фактор, что «право МФЦА» основано на принципах чужого права, прецедентах чужеродной судебной системы, которые имели место в иных исторических, поли-

тических и социально-экономических условиях, а также неких стандартах не идентифицированных, но названных ведущими, «мировых финансовых центров» (существуют ли такие вообще?) 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 используемых им для этого оснований [2, ст. 13].

При таком регулировании суд МФЦА может по своему усмотрению выносить решения по таким спорам (самое страшное - включая подведомственные казахстанским судам споры и конфликты [9]), принимая во внимания любые соображения, не являющиеся правовыми нормами ни казахстанского права, ни какой-либо иной признанной правовой системы [7, р. 1320].

7. 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 спон-

сируемым 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.

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

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

8. 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 перспективе, 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!

Список использованных источников:

1. Официальный интернет-ресурс Международного финансового центра «Астана»: <https://aifc.kz/ru/tseli/> (дата обращения – 4 мая 2022 г.).
2. Конституционный закон Республики Казахстан от 7 декабря 2015 года № 438-V «О Международном финансовом центре «Астана» (с изменениями и дополнениями). Информационная система ПАРАГРАФ (интернет-ресурс): https://online.zakon.kz/document/?doc_id=39635390 (дата обращения – 4 мая 2022 г.).
3. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. (с изменениями и дополнениями). Информационная система ПАРАГРАФ (интернет-ресурс): https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029 (дата обращения – 4 мая 2022 г.).
4. R. Michaels. *Jurisdiction, foundations*. 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.

5. C. Esplugues and G. Palao. *Foreign law, application and assortment*. Encyclopedia of Private International Law. J. Basedow, G. Ruhl, F. Ferrari and P. de M. Asencio, eds. Edward Elgar Publishing, 2017, vol. 1, pp. 769 – 771.
6. G. Ruhl. *Private international law, foundations*. Encyclopedia of Private International Law. J. Basedow, G. Ruhl, F. Ferrari and P. de M. Asencio, eds. Edward Elgar Publishing, 2017, vol. 2, pp. 1380 – 1382.
7. Goode on Commercial Law. Forth Edition. Edited and fully revised by E. McKendrick. LexisNexis UK and Penguin Books, 2010. – 1433 p.
8. D. Earl Childress III. *Jurisdiction, Limits under international law*. Encyclopedia of Private International Law. J. Basedow, G. Ruhl, F. Ferrari and P. de M. Asencio, eds. Edward Elgar Publishing, 2017, vol. 2, pp. 1051 – 1055.
9. 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 Республики Казахстан: https://sud.gov.kz/sites/default/files/pagefiles/razyasnenie_post_no5_rus.pdf (дата обращения – 4 мая 2022 г.).

References:

1. Ofitsialny internet-resurs Mezhdunarodnogo finansovogo tsentra «Astana»: <https://aifc.kz/ru/tseli/> (data obrashcheniya – 4 maya 2022 g.).
2. Konstitutsionny zakon Respubliki Kazakhstan ot 7 dekabrya 2015 goda № 438-V «O Mezhdunarodnom finansovom tsentre «Astana» (s izmeneniyami i dopolneniyami). Informatsionnaya sistema PARAGRAF (internet-resurs): https://online.zakon.kz/document/?doc_id=39635390 (data obrashcheniya – 4 maya 2022 g.).
3. Konstitutsiya Respubliki Kazakhstan ot 30 avgusta 1995 g. (s izmeneniyami i dopolneniyami). Informatsionnaya sistema PARAGRAF (internet-resurs): https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029 (data obrashcheniya – 4 maya 2022 g.).
4. R. Michaels. *Jurisdiction, foundations*. 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.
5. C. Esplugues and G. Palao. *Foreign law, application and assortment*. Encyclopedia of Private International Law. J. Basedow, G. Ruhl, F. Ferrari and P. de M. Asencio, eds. Edward Elgar Publishing, 2017, vol. 1, pp. 769 – 771.
6. G. Ruhl. *Private international law, foundations*. Encyclopedia of Private International Law. J. Basedow, G. Ruhl, F. Ferrari and P. de M. Asencio, eds. Edward Elgar Publishing, 2017, vol. 2, pp. 1380 – 1382.
7. Goode on Commercial Law. Forth Edition. Edited and fully revised by E. McKendrick. LexisNexis UK and Penguin Books, 2010. – 1433 p.
8. D. Earl Childress III. *Jurisdiction, Limits under international law*. Encyclopedia of Private International Law. J. Basedow, G. Ruhl, F. Ferrari and P. de M. Asencio, eds. Edward Elgar Publishing, 2017, vol. 2, pp. 1051 – 1055.
9. Razyasneniya № 1 po otdelnym voprosam sudebnoy praktiki, svyazannym s peredachey spora na razresheniye suda Mezhdunarodnogo finansovogo tsentra «Astana», utverzhdenные postanovleniyem plenarnogo zasedaniya Verkhovnogo Suda Respubliki Kazakhstan ot 15 aprelya 2021 goda № 5. Internet-resurs Verkhovnogo Suda Respubliki Kazakhstan: https://sud.gov.kz/sites/default/files/pagefiles/razyasnenie_post_no5_rus.pdf (data obrashcheniya – 4 maya 2022 g.).