

45

Ольга И. Ченцова
Управляющий партнер
Кандидат юридических наук

**ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО КАЗАХСТАНА
О НЕДРОПОЛЬЗОВАНИИ:
ТЕКУЩИЙ СТАТУС, ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ И
ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОТВОРЧЕСТВА
(ВЗГЛЯД ПРАКТИКУЮЩЕГО ЮРИСТА)**

1. Предисловие. История юридической фирмы “Aequitas” практически совпадает с историей нашей страны, поэтому на протяжении последних 10 лет мы имели отличную возможность наблюдать развитие законодательства Республики глазами юристов, практикующих в сфере гражданского (коммерческого) законодательства. И поскольку почти с первых дней создания фирмы значительную часть её деятельности составляли самые различные проекты по недропользованию, эта часть казахстанского законодательства и практика его применения являлись предметом нашего особого внимания.

В течение 10 лет, в зависимости от реальных ситуаций и коммерческих интересов наших клиентов, мы изучали различные аспекты законодательства о недрах и недропользовании и смежного с ним (например, экологическое и инвестиционное). Кроме того, конкретные проекты и проблемы недропользования с неизбежностью требовали тщательного анализа как общих положений законодательства (включая теорию обязательств, договора, принципов гражданского права и других правовых институтов), так и отдельных его блоков (например, приватизационного, корпоративного, и т.д.).

Мы неоднократно обобщали нашу практику, и формой таких обобщений была, среди прочего, подготовка статей, содержащих обзоры казахстанского законодательства о недропользовании, прослеживающих историю его развития, а также исследование его конкретных проблем.

Благодаря большой профессиональной удаче я в течение нескольких лет параллельно поработала в составе высококлассных ра-

бочих групп по подготовке ряда ключевых законов (Гражданского Кодекса РК¹, Закона РК “Об иностранных инвестициях”², Законов РК “О нефти”³, “О недрах”⁴), и поскольку мне приходилось выступать в качестве официального эксперта Академии Наук РК при оценке законопроектов, то полагаю, что могу в определенной мере оценить проблемы, связанные с подготовкой нормативных актов в данной области.

В настоящей статье содержится попытка охарактеризовать правовой режим недропользования в Казахстане на текущий момент (с небольшими экскурсами, где представлялось уместным, в историю вопроса), оценить перспективы его развития, а также высказать некоторые соображения по вопросам нормотворчества в Казахстане.

2. Общую картину правового режима недропользования в Казахстане может составить только совокупный анализ различных блоков казахстанского законодательства с естественным упором на исследование специального законодательства о недропользовании. Для комплексной характеристики правового режима недропользования следует принимать во внимание прежде всего:

- 1) специальное законодательство о недропользовании, и
- 2) иное (смежное) законодательство, включая экологическое, инвестиционное, корпоративное, налоговое; законодательство, определяющее статус и полномочия государственных органов и другое.

Что касается отраслевой принадлежности, то законодательство о недропользовании не может быть ничем иным, как комплексной

¹ Гражданский кодекс Республики Казахстан: Общая часть от 27 декабря 1994 г. и Особенная часть от 1 июля 1999 г., далее – ГК РК.

² Закон Республики Казахстан “Об иностранных инвестициях” от 27 декабря 1994 года с изменениями и дополнениями, далее – Закон “Об иностранных инвестициях”.

³ Закон Республики Казахстан “О нефти”. Принят Указом Президента Республики Казахстан, имеющим силу закона, от 28 июня 1995 года с изменениями и дополнениями, далее – Закон “О нефти”.

⁴ Закон Республики Казахстан “О недрах и недропользовании”. Принят Указом Президента Республики Казахстан, имеющим силу закона, от 27 января 1996 года с изменениями и дополнениями, далее – Закон “О недрах”.

отраслью законодательства, внутри которой могут быть выделены правовые институты большинства отраслей права.

3. Специальное законодательство о недропользовании включает в себя на сегодняшний день 2 базовых закона - Закон "О недрах" и Закон "О нефти", а также огромное количество нормативных актов, преимущественно уровня Постановлений Правительства РК⁵.

[Примечание. Термины, используемые далее по тексту с большой буквы, соответствуют их определениям, данным в Законах "О недрах" и "О нефти", если из контекста не вытекает иное.]

Принятие в 1995 году Закона "О нефти", а в 1996 году Закона "О недрах" было воспринято инвесторами (в то время в основном иностранными) как большое законодательное достижение, и ожидалось, что в будущем эти Законы могут быть улучшены, а отношения, требующие дополнительного регулирования, будут урегулированы специальными нормативными актами (подготовка некоторых из них была прямо предусмотрена статьей 76 Закона "О недрах").

Действительно, за достаточно короткий промежуток времени - в течение 1996, 1997, 1998 г.г. - в развитие Законов "О нефти" и "О недрах" принимается целая группа Постановлений Правительства разной направленности: (i) уточняющих порядок получения права недропользования, заключения Контрактов и порядок их регистрации; статус Компетентного органа Правительства по заключению Контрактов; утверждающих Модельный контракт и порядок передачи права недропользования в залог; (ii) уточняющих раз-

⁵ Дополнительно стоит вспомнить, что начиная с 1993 по 1998 годы в Казахстане предметом законодательного и сопровождавшего его иного правового регулирования были драгоценные металлы и драгоценные камни. Однако по своей структуре и подходам это законодательство было совершенно иным, чем Законы "О недрах" и "О нефти". Поскольку в настоящее время "золотые" законы отменены, и поскольку они, на мой взгляд, не оказали какого-либо серьезного влияния на формирование законодательства о недропользовании в Республике, упоминание о них в данном случае носит исторический характер, хотя, в то же время, может служить иллюстрацией имевшего место иного (по сравнению с Законом "О нефти" и Законом "О недрах") подхода к регулированию правового режима конкретных полезных ископаемых.

личные технические аспекты правового режима полезных ископаемых и мониторинга недр; (iii) по другим аспектам недропользования. Во многие из них через короткое время вносятся различные изменения. В тот же период активно развивается законодательство о лицензировании недропользования и лицензировании работ, связанных с недропользованием.

Однако многие из принятых Постановлений были недостаточно проработаны - толкование отдельных их положений (в том числе государственными органами) периодически доставляло недропользователям немало проблем; иногда постановления технически не соответствуют Законам "О недрах" и "О нефти", или, что еще хуже, их нормы блокируют некоторые позитивные положения Законов. Например, Положение о порядке организации и условиях проведения обязательного страхования нефтяных операций, принятое в 1996 году⁶, оказалось таким неудачным, а его критика инвесторами настолько серьезной, что Правительство спустя менее чем три месяца с момента принятия Постановления вынуждено было приостановить его действие и поручило соответствующим министерствам и ведомствам в месячный срок внести предложения по усовершенствованию механизма проведения обязательного страхования нефтяных операций с привлечением консультантов⁷.

Тогда же Казахстан присоединяется к ряду международных экономических конвенций, включая Договор к Энергетической Хартии⁸.

Дальнейшие концептуальные изменения Закона "О недрах" и Закона "О нефти" были осуществлены в августе 1999 года⁹. Основ-

⁶ Утверждено Постановлением Правительства Республики Казахстан от 18 июля 1996 года № 916.

⁷ Постановление Правительства Республики Казахстан от 1 октября 1996 года №1198 (п.п.1,2).

⁸ Указ Президента Республики Казахстан "О ратификации Договора к Энергетической Хартии и Протокола к Энергетической Хартии по вопросам энергетической эффективности и соответствующим экологическим аспектам" от 18 октября 1995 года.

⁹ Закон Республики Казахстан "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан", принятый 11 августа и введенный в действие с момента официального опубликования 1 сентября 1999 года, далее - Закон "О внесении изменений", или Закон 1999 года.

ной причиной их принятия послужило то, что Законы устарели и не учитывали соответствующих изменений, внесенных последующими нормативно-правовыми актами за последние несколько лет. Кроме того, практика показала, что важные вопросы в сфере недропользования оставались полностью или существенно неурегулированными (например, охрана окружающей среды и разработка ресурсов на море). Кроме того, Законы были взаимно недостаточно согласованы; соответственно, предполагалось устранить эти противоречия и несогласованности.

Менее чем за год, начиная с конца 1998 года, было подготовлено несколько проектов Закона “О внесении изменений”, которые отличались друг от друга как концептуально, так и по содержанию. При этом основные разработчики (из Агентства РК по инвестициям) распространяли проекты для учета замечаний среди других государственных органов, ряда крупных иностранных компаний и инвестиционных групп, юридических и консалтинговых фирм, а также среди ученых - юристов. В результате за короткий период была проделана достаточно большая работа, завершившаяся принятием Закона “О внесении изменений” в августе 1999 г.

Мы провели тщательный анализ проведенных изменений, результаты которого были во многих отношениях неутешительными¹⁰. Конечно, правовое регулирование как недропользования в целом, так и нефтяных операций Законом 1999 года во многих отношениях было улучшено. Был сделан ряд концептуально важных изменений, упрощающих и иным образом улучшающих правовой режим с точки зрения инвесторов (включая отказ от двойной лицензионно-контрактной и переход на контрактную систему недропользования); различные моменты стали регламентироваться теперь более точно (а значит, предсказуемо); произошло сближение Законов “О недрах” и “О нефти”.

Но слишком большое количество нечетких или непродуманных норм (включая функции Национальной компании и Компетентно-

¹⁰ Басин Ю.Г., Чепцова О.И., Хайиз Д.Х. Изменение правового режима разработки полезных ископаемых в Казахстане: критический анализ основных изменений // The Parker School Journal of East European Law, Columbia University. - 1998. - Vol. 5, № 4. - С. 421-454.

го органа, положения об охране окружающей среды, правовой режим ранее выданных лицензий¹¹), и плохая юридическая техника создали впечатление недоработанности и некачественности произведенных изменений в целом. Хрестоматийным примером плохой юридической техники может служить норма ст.44 (3) Закона “О недрах” о моменте вступления Контракта в силу [буквально: *“Контракт... вступает в силу с момента его подписания и вступает в силу со дня его регистрации...”*].

На мой взгляд, существовали разные причины для таких результатов и казусов, в том числе методика работы над изменениями (например, в распространявшихся для обсуждения проектах вообще не содержалось статей о Национальных компаниях, которые, однако, позже появились в тексте принятых изменений). Непривлечение в должной мере к работе над изменениями ведущих казахстанских юристов, ранее работавших над Законами “О недрах” и “О нефти”, а также недостаточное понимание членами рабочей группы (состоявшей в основном из сотрудников государственных органов - не юристов) того, к каким проблемам могут привести плохие формулировки Законов и его плохая юридическая техника в целом, также сыграло роль.

После принятия Закона 1999 года было принято и/или изменено достаточно много нормативных актов (в основном уровня Постановлений Правительства), касающихся конкретных аспектов режима недропользования. Среди важных актов этого периода отметим утверждение нового Модельного контракта на проведение операций по недропользованию 2001 года¹² и новых Правил предоставления права недропользования в Казахстане 2000 года. Самые важные новшества 2002 года касаются статуса Национальной компании ЗАО “КазМунайГаз” (НК КМГ, или КазМунайГаз) и правил закупок товаров, работ и услуг для нефтя-

¹¹ Что касается лицензий, то речь в данном случае идет о содержании (формулировке) нормы статьи 2 Закона 1999 года.

¹² Постановление Правительства Республики Казахстан от 31 июля 2001 г. № 1015 “Об утверждении Модельного контракта на проведение операций по недропользованию в Республике Казахстан”, далее - Модельный контракт или МК. Ранее действовавший Модельный контракт был утвержден Постановлением Правительства РК от 27 января 1997 г. № 108.

ных операций. Каждый из этих актов мы анализировали в рамках практики нашей фирмы и излагали общее мнение в Информационных Меморандумах, выступлениях на разного рода конференциях, а также в статьях; в данном случае я в основном коротко останавлиюсь на характеристике некоторых положений указанных актов.

Предполагалось, что при подготовке нового Модельного контракта будет учтен опыт, накопленный с момента принятия Модельного контракта 1997 года, а также учтены изменения законодательства, введенные Законом 1999 года. Однако, несмотря на то, что подготовка нового МК осуществлялась почти 2 года, в нем вновь в основном повторяются общерегулятивные положения законодательства и почти не учитываются особенности тех или иных операций по недропользованию. Он по-прежнему не предусматривает особенностей для нефтяных операций, в том числе - для Контрактов о разделе продукции. К недостаткам МК относится и то, что некоторые его положения, дублирующие нормы Закона "О недрах", прямо противоречат Закону "О нефти". МК не учитывает требований нового процессуального законодательства Казахстана, а его плохая юридическая техника (особенно статей об ответственности, стабильности контракта и других) делает работу с ним крайне затруднительной.

Еще одна проблема, связанная с Модельным контрактом (как старого, так и нового) - это его трактовка представителями Компетентного органа, которые, ссылаясь на не слишком удачную формулировку соответствующего Постановления, предписывавшего *"...при подготовке и заключении контрактов руководствоваться положениями Модельного контракта"*, во многих случаях оценивают все его положения как нормы законодательства, не подлежащие корректировке в процессе обсуждения и заключения конкретных контрактов¹³.

¹³ Конечно, это еще и вопрос правопонимания в аспекте системного толкования норм права, поскольку определение Модельного контракта, данного в Законе "О недрах" (статья 1(13)) с уверенностью позволяет определить его правовую природу как примерного контракта, используемого в качестве образца.

Правила предоставления права недропользования¹⁴ в Казахстане 2000 года заменили нормативные акты, регулировавшие этот порядок ранее, и достаточно понятно регулируют соответствующие процедуры. Правила, однако, не затрагивают особенностей предоставления этого права КазМунайГазу, что стало очень актуальным в последнее время в связи с новыми регуляциями в отношении этой компании. Среди положительных изменений стоит отметить либерализацию процедуры внесения изменений и дополнений в контракты на недропользование. В то же время некоторые процедурные вопросы в связи с получением права недропользования остались недостаточно урегулированными. Например, много неясного в отношении проведения закрытых тендеров - в каких именно случаях проводятся именно закрытые тендеры, по каким критериям определяется круг потенциальных участников таких тендеров и т.д. (И вновь, отдельный аспект таких проблем касается и важен сегодня в связи с особым статусом КазМунайГаза).

В июне 2002 года в Казахстане приняты и вступили в силу Правила приобретения товаров, работ и услуг при проведении нефтяных операций¹⁵ (далее - Правила приобретения). Принятие Правил приобретения вызвало у Подрядчиков резко негативную реакцию, чему можно найти вполне понятное объяснение. Наибольшие проблемы связаны с усилением государственного контроля над деятельностью Подрядчика, граничащего с нарушением его прав на свободу предпринимательской деятельности, а также с общим несоответствием Правил приобретения по ряду их основных положений действующему законодательству Республики Казахстан. Другие важные проблемы связаны с плохой юридической техникой этого акта по ключевым позициям, включая отсутствие четкого определения круга товаров, работ и услуг (Товаров), приобретаемых в соответствии с установленными регуляциями, отсутствие ценового порога для закупаемых Товаров, неясность соотношения

¹⁴ Утверждены Постановлением Правительства Республики Казахстан от 21 января 2000 г. № 108, далее - Правила.

¹⁵ Утверждены Постановлением Правительства Республики Казахстан от 07 июня 2002 года № 612, далее - Постановление № 612.

Правил приобретения и принятого чуть ранее Закона РК “О государственных закупках”¹⁶.

Правила приобретения касаются только нефтяных операций, но Постановление № 612 предписывает Министерству энергетики и минеральных ресурсов РК (МЭМР РК) в течение шести месяцев с момента его принятия внести в Правительство предложения по регулированию приобретения товаров, работ и услуг при проведении других операций по недропользованию. Это же министерство первоначально было определено в качестве уполномоченного государственного органа по регулированию приобретения Товаров при проведении нефтяных операций (что представлялось логичным, потому что именно МЭМР РК является в настоящее время Компетентным органом РК при заключении контрактов на недропользование). Однако, уже 14 ноября 2002 года эти его функции были переданы Министерству индустрии и торговли РК¹⁷ (МИТ РК), которое теперь уполномочено *“...проводить мониторинг исполнения заключенных Контрактов на проведение Операций по недропользованию и Нефтяных операций, Соглашений о разделе продукции на предмет соблюдения требований законодательства об обязательном приобретении товаров, работ и услуг отечественных производителей при проведении указанных операций на территории Республики...”*. МЭМР РК предписано также обеспечить предоставление МИТ РК проектов заключаемых Контрактов для предварительного согласования на предмет соблюдения в них указанных требований

Отдельный - и очень серьезный вопрос - правовой режим Национальных компаний (НК)¹⁸. Определение НК впервые было да-

¹⁶ Закон Республики Казахстан “О государственных закупках” от 21 мая 2002г. Наш более развернутый анализ данной проблемы смотрите: Ченцова О.И., Брайнина Н.В. Новые правила приобретения товаров, работ и услуг при проведении нефтяных операций в Казахстане // Invest Kazakhstan. - 2002. - № 3. - С.96-107.

¹⁷ Постановление Правительства Республики Казахстан от 14 ноября 2002 года № 1204 “О мерах по усилению государственной поддержки отечественных производителей”.

¹⁸ Исследованием общих проблем статуса Национальных компаний в Казахстане активно занимается в последнее время Ю.Г. Басин. Смотрите, например, его статью: О необходимости концептуальных изменений гражданского кодекса Республики Казахстан // Предприниматель и право. - 2002. - № 20. - С.5-7, а также его статью в настоящем Сборнике.

но в 1999 году в Законах “О недрах” и “О нефти”, и только в мае 2002 года в Закон РК “Об акционерных обществах” была включена статья 46-1, дающая общеправовое определение Национальных компаний.

В настоящей статье я хочу коротко остановиться на характеристике и проблемах статуса Национальной компании в нефтяном секторе, а именно, - Национальной компании “КазМунайГаз”, созданной Указом Президента Республики от 20 февраля 2002 года¹⁹. Указ в значительной мере воспроизводит положения о Национальной компании, содержащиеся в Указе “О нефти”. Круг других ее полномочий, за исключением самых общих положений, Указом не был определен. Неопределенными оставались механизм обязательного участия КазМунайГаза в контрактах на проведение нефтяных операций, а также вопрос о разграничении полномочий между ним и Компетентным органом.

Через несколько месяцев, 29 июня 2002 года, Правительством были приняты два постановления, которыми вносятся некоторая ясность в вышеуказанные вопросы. Это:

- Постановление № 707 “О разграничении полномочий в нефтяных операциях между государственными органами и ... “КазМунайГаз”²⁰.
- Постановление № 708 “Об утверждении правил представления государственных интересов Национальной компанией в контрактах с подрядчиками...”²¹.

¹⁹ Указ Президента Республики Казахстан от 20 февраля 2002 года № 811 “О мерах по дальнейшему обеспечению интересов государства в нефтегазовом секторе экономики страны”.

²⁰ Постановление Правительства Республики Казахстан № 707 “О разграничении полномочий в нефтяных операциях между государственными органами и закрытым акционерным обществом “Национальная компания “КазМунайГаз”, далее - Постановление № 707.

²¹ Постановление Правительства Республики Казахстан № 708 “Об утверждении правил представления государственных интересов Национальной компанией в контрактах с подрядчиками, осуществляющими нефтяные операции, посредством обязательного долевого участия в контрактах”, далее - Постановление № 708.

Постановлениями сделан ряд важных нововведений, устанавливающих по некоторым позициям более четкое регулирование вопросов полномочий и степени участия Национальной компании в нефтегазовой сфере. Однако вводимое регулирование не всегда понятно с точки зрения правового механизма его реализации. Многие полномочия НК КМГ, в том числе в сфере представления Республики в контрактах, остаются по-прежнему неясными. Более того, новое регулирование во многих случаях добавляет больше путаницы в определении этих полномочий, поскольку отдельные его положения противоречат друг другу.

Содержание Постановления № 708 позволяет сделать вывод о том, что Правительство заняло довольно жесткую позицию в отношении участия КазМунайГаза в нефтяных контрактах, которое стремится к тому, чтобы стать подавляющим. Постановление определяет два способа обязательного долевого участия КазМунайГаза в нефтяных контрактах:

1. в форме совместного предприятия, образуемого НК совместно с победителем конкурса;
2. в форме консорциума на основании договора о совместной деятельности между НК и победителем конкурса.

Правовой механизм реализации как первого, так и второго способа недостаточно понятен, поскольку в соответствии с существующим законодательством, включая Законы “О недрах” и “О нефти”, Контракт на нефтяные операции должен быть заключен непосредственно с победителем конкурса и не должен быть заключен с иным лицом, в том числе и с Национальной компанией.

Доля КазМунайГаза в Контрактах, независимо от того, в какой форме она будет реализована, должна быть не менее 50%, если иное не предусмотрено международным договором или решением Правительства РК. Таким образом, за исключением определенных случаев, КазМунайГаз будет иметь достаточно полномочий, чтобы определять решения, принимаемые подрядчиком, или, по крайней мере, чтобы блокировать такие решения. Доминирующее положение Национальной компании при её долевом участии в Контрактах тем более усиливается её правом определять оператора Кон-

тракта, независимо от доли её участия. “Оператор контракта (соглашения)” - это еще одна новая и не очень понятная концепция, созданная Постановлением № 708.

Что касается Постановления № 707, то оно разграничивает полномочия между государственными органами и КазМунайГазом. Среди новых полномочий КазМунайГаза стоит отметить следующие:

- *Право выбора участков недр (блоков).* Постановление определяет, что перечень блоков и участков недр для предоставления Национальной компании на основании прямых переговоров, а также перечень блоков и участков недр для её обязательного долевого участия в Контрактах по этим блокам и участкам определяется с учетом пожеланий самой НК КМГ. При этом КазМунайГаз участвует еще и в определении основных условий конкурса по таким выбранным ею участкам, а также в определении недропользователя, с которыми она хочет работать на этих участках.

- *Участие в работе ряда государственных органов.* Национальная компания участвует, например: в работе комиссий по проведению конкурсов инвестиционных программ; в работе Центральной комиссии по разработке нефтяных и газовых месторождений; в работе специально уполномоченного органа по государственной экспертизе недр; в подготовке проектов Контрактов по всем крупным проектам на море с Компетентным органом в целях определения взаимных обязательств по будущему контракту. [Законодательством не определено, что следует понимать под “крупными проектами на море”].

- *Функция рабочего органа Компетентного органа.* Постановление № 707 предусматривает, что Компетентный орган (в настоящее время это МЭМР РК) вправе привлекать Национальную компанию в качестве своего рабочего органа для целого ряда действий, в том числе технического характера [законодательство Республики не определяет, что из себя представляет “рабочий орган”, каковы его функции, полномочия и ответственность].

Среди функций Национальной компании как рабочего органа Компетентного органа (то есть - МЭМР РК) названы:

(i) Консервация месторождений или отдельных скважин. Неясно - почему при совершении этих действий Национальная компания будет осуществлять функции рабочего органа Компетентного органа, тогда как в соответствии с законодательством эти действия относятся к обязанностям Подрядчика.

(ii) Определение модели налогового режима Контрактов, а также осуществление экспертизы проектов, связанных с Нефтяными операциями, - то есть осуществление определенных властных функций.

(iii) Определено, что КазМунайГаз будет осуществлять защиту интересов государства при разрешении споров, вытекающих из контрактов, в том числе и из СРП. Требуется дополнительная тщательная юридическая проработка того, каким образом КазМунайГаз сможет одновременно защищать (представлять) интересы государства по спорам из Контрактов с её участием, то есть из Контрактов, где КазМунайГаз выступает на другой стороне в качестве Подрядчика или входящего в состав Подрядчика лица.

4. Инос (смешное) законодательство, влияющее на общий правовой режим недропользования, включает в себя: экологическое, инвестиционное, корпоративное, валютное, налоговое законодательство; законодательство, определяющее статус и полномочия государственных органов и т.д. Система такого законодательства активно формировалась в Казахстане с начала 90-х годов; оно быстро разрабатывалось, но часто и через короткие промежутки времени менялось.

Например, экологическое законодательство составляет важнейшую часть любого проекта по недропользованию. Его общая база очень обширна, и при этом можно отметить общую тенденции к “экологизации” казахстанского законодательства²². Однако базовый экологический Закон РК “Об охране окружающей среды” от 15 июля 1997 года (измененный и дополненный Законом от 4 июня 2001 г.) по ряду важных положений главы IV “Природные ресурсы и природопользование” плохо соотносится с Законами “О нед-

²² Подробнее об этом смотрите: Ченцова О. Проблемы экологического законодательства // Oil & Gas of Kazakhstan. - 2000. - № 5-6. - С. 96-110.

рах” и “О нефти”. Несомненно, эти законы должны быть приведены в соответствие между собой.

Для иностранных инвесторов ключевое значение всегда имел Закон “Об иностранных инвестициях”²³. Как известно, в декабре 2002 года Парламент принял, а Президент РК 8 января 2003 года подписал Закон РК “Об инвестициях”, заменяющий Закон “Об иностранных инвестициях” и Закон РК “О государственной поддержке прямых инвестиций” от 28 февраля 1997 г.

Концепция Закона состоит в том, чтобы поставить в равное правовое положение зарубежных и национальных инвесторов. Но делается это не столько путем повышения уровня защищенности национальных инвесторов, сколько ослаблением защиты правомерных интересов иностранных инвесторов. Достаточно сослаться на изменение Законом действующего законодательства об иностранных инвестициях в части понятий инвестиционного спора и порядка разрешения инвестиционных споров, отказ от предоставления иностранным инвесторам ряда гарантий и т.д. Можно предположить, что это ухудшит инвестиционный климат для иностранного капитала. Эти и другие важные положения Закона, включая вопросы юридической техники, требуют специального анализа, который будет осуществлен фирмой в самое ближайшее время.

Статус и полномочия государственных органов имеют самые непосредственные отношения к общему режиму недропользования. Например, Закон “О недрах” содержит специальную статью 70 “Контроль за соблюдением Недропользователем условий Контракта”. В качестве контролирующей инстанции назван Компетентный орган (уполномоченный государственный орган).

Наличие в ключевом законе статьи с таким названием и содержанием может первоначально породить некоторую иллюзию у Подрядчика относительно круга контролирующих его субъектов и объема контроля за исполнением обязанностей по Контракту. На самом деле, наряду с Компетентным органом (как отмечалось, в настоящее вре-

²³ О развитии блока инвестиционного законодательства смотрите: Басин Ю.Г., Ченцова О.И. Правовой режим иностранных инвестиций по казахстанскому законодательству // *Review of Central and East European Law*. - 2000. - № 2. - P.197- 208.

мя это МЭМР РК) наиболее важными контролирующими органами являются: Министерство охраны окружающей среды РК (осуществляет надзор за экологией и охраной недр); Министерство индустрии и торговли РК (в части приобретения Товаров для Операций по недропользованию); Агентство РК по чрезвычайным ситуациям (осуществляет горно-технический надзор); а также различные государственные органы, которые осуществляют контроль за проектами и правилами при строительстве; за водными, земельными ресурсами; государственная санитарно-эпидемиологическая служба; государственный орган по стандартизации, метрологии и сертификации; местные органы власти; органы прокуратуры, налоговые органы и т.д.²⁴.

Как известно из сообщений печати, контрольные функции в отношении Контрактов на недропользование осуществляет иногда даже Парламент РК²⁵. Кроме того, создаются и работают различного рода государственные комиссии с целью решения проблем в области недропользования и нефти, в том числе: Межведомственная комиссия по вопросам экспортных нефтегазопроводов²⁶, Центральная комиссия по разработке нефтяных и газовых месторождений²⁷, Национальная комиссия по реагированию на нефтяные разливы²⁸ и Межведомственная комиссия по рассмотрению отдельных вопросов недропользования²⁹.

Что касается других блоков смежного законодательства, то практически любой из них может быть предметом отдельного анализа в контексте недропользования; однако в рамках данной статьи я ограничусь вышеприведенными примерами.

²⁴ Подробнее по этой теме смотрите: Ченцова О.И.: Исполнение Контрактов на недропользование: обязанности подрядчика и контроль за их исполнением // Invest Kazakhstan. - 2001. - № 1/2. - С. 48-55.

²⁵ Контрактные обязательства: ахиллесова пята инвесторов // Oil & Gas of Kazakhstan. - 2000. - № 5-6. - С.28-29.

²⁶ Постановление Правительства Республики Казахстан от 9 ноября 2000 г. № 1686.

²⁷ Приказ Министерства энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан от 21 марта 2001 г. № 70.

²⁸ Постановление Правительства Республики Казахстан от 2 апреля 2001 г. №431.

²⁹ Постановление Правительства Республики Казахстан от 19 мая 2001 г. № 665.

5. К вопросу о концепции законодательства о недропользовании. Отсутствие официальной, или хотя бы научно признанной концепции - какой в целом должна быть структура и система законодательства о недропользовании - ключевая проблема в развитии этого законодательства. Хорошо, что в последнее время юристы-теоретики и практики по крайней мере начали ставить вопрос о таких концептуальных подходах и его научное обсуждение. На мой взгляд, по данной теме могут рассматриваться приблизительно следующие варианты.

- (i) Должен ли быть принят Кодекс “О недрах и недропользовании”, либо аналогичный Закон, включающий в себя Общую часть, регулирующую те отношения, которые, в настоящее время, регулирует в основном Закон “О недрах”, и Особенную часть, включающую разделы: (а) о нефти; (б) о твердых полезных ископаемых; (в) о других важных полезных ископаемых (например, уране).
- (ii) Либо это должен быть ряд законов - например, усовершенствованные Законы “О недрах” и “О нефти”, а также законы (или акты более низкого уровня) об отдельных контрактах - соглашениях о разделе продукции, о концессиях, и, возможно, иные.
- (iii) Каким должен быть предмет специального законодательства о недрах и недропользовании: должно ли это законодательство регулировать правоотношения после добычи полезного ископаемого, включая транспортировку, экспорт и так далее? Должен ли быть урегулирован в Законе “О недрах” или другом специальном законодательстве статус национальных нефтегазовых компаний, либо это должно быть предметом корпоративного законодательства, например, Закона “О национальных компаниях”?
- (iv) Должны ли быть вынесены в отдельную главу Гражданского Кодекса наиболее важные договоры на недропользование, с последующим их детальным раскрытием в других законодательных (или нормативных) актах?

Частью концепции о структуре и системе законодательства о недропользовании должна являться другая важная проблема - об общем режиме и методах регулирования отношений по недропользованию. Конкретно имеется в виду вопрос о соотношении диспозитивного и императивного методов регулирования, или о пределах вмешательства государства в экономические отношения. К сожалению, нормативные акты 2002 года показывают тенденцию чрезмерного и в значительной мере необоснованного усиления вмешательства государства в гражданско-правовые отношения, что влечет нарушение главных принципов рыночных отношений.

6. Слабые места законодательства о недропользовании касаются как пробелов законодательства, так и плохой юридической техники.

- *Проблемы законодательства.* Как показывает практика, в дальнейшем урегулировании нуждаются не только отдельные вопросы в тех или иных конкретных отношениях по недропользованию, но и большие блоки таких отношений. Примером могут служить Контракты, относящиеся к ключевым правовым инструментам в недропользовании.

Законы “О нефти” и “О недрах” содержат отдельные главы “Контракты” (сходные по своему содержанию), регулирующие срок и территориальную сферу их действия, порядок заключения, исполнения и прекращения Контрактов (порядок заключения регулируется также специальным постановлением Правительства). Таким образом, на настоящий момент эти правоотношения урегулированы хотя и не исчерпывающе, но достаточно подробно.

Что касается регулирования различных видов Контрактов, то им в обоих Законах отведено только по одной статье (почти идентичных по содержанию - ст.42 Закона “О недрах” и ст.25 Закона “О нефти”), в которых эти виды названы, но не определены³⁰.

В рамках настоящей статьи я не буду излагать имеющееся (небольшие по объему) положения законодательства в этой части, рав-

³⁰ Стоит отметить, что налоговое законодательство исходит из деления Контрактов в недропользовании на два вида: 1) Контракты о разделе продукции со специальным налоговым режимом, и 2) другие Контракты.

но как и историю их изменений, но хочу отметить следующее. Классификация видов Контрактов в недропользовании с раскрытием их квалифицирующих признаков в соответствующих определениях является, на мой взгляд, одной из первоочередных задач при совершенствовании законодательства о недропользовании. При этом, однако, правовое регулирование Контрактов требует серьезной предварительной проработки на основе научного юридического анализа, с учетом имеющегося опыта других стран.

Примером другого рода пробелов является регулирование важных блоков правоотношений в недропользовании актами более низкой, чем это необходимо, юридической силы. Например, Законы “О недрах” и “О нефти” недостаточно полно и ясно на мой взгляд, регулируют отношения после заключения Контрактов. Одновременно Единые правила охраны недр (ЕПОН) при разработке месторождений твердых полезных ископаемых, нефти, газа, подземных вод в Республики Казахстан³¹ устанавливают основные нормы и требования ко всем этапам освоения и промышленной разработки месторождений, подсчету и учету запасов, проектированию и созданию на месторождениях рациональных систем разработки, строительству и эксплуатации скважин всех категорий, управлению процессами разработки, охране недр и окружающей природной среды. Именно этот документ (весьма объемный) определяет правовой режим такого ключевого для Подрядчика документа, как Проект разработки месторождения (и всех его разновидностей), а также порядок осуществления авторского надзора за его исполнением. Между тем, Законы “О недрах” и “О нефти” даже не содержат упоминаний о Проекте разработки месторождений, о связанных с ним многочисленных обязанностях Подрядчика и о других отношениях на стадиях опытно-промышленной эксплуатации и эксплуатации месторождения, а также на стадии прекращения обязательств Подрядчика по Контракту, что, на мой

³¹ Утверждены постановлением Правительства Республики Казахстан от 21 июля 1999г. №1019. Одновременно обращает на себя внимание то обстоятельство, что эти Правила по содержанию и почти полностью текстуально перекрывают другой важный акт - Единые Правила разработки нефтяных и газовых месторождений Республики Казахстан, утверждены постановлением Правительства Республики Казахстан от 18 июня 1996г. №745.

взгляд, концептуально следовало бы сделать. Разумеется, речь не идет о переносе текста огромного нормативного акта в акт более высокой юридической силы; я говорю только о закреплении в Законах концептуальных вещей, с раскрытием их деталей в актах более низкого уровня.

• *Плохая юридическая техника* - тот недостаток законодательства, без упоминания о котором не приходится говорить почти ни об одном нормативном акте в недропользовании. Поскольку по тексту данной статьи неоднократно приводятся соответствующие примеры, не стоит дополнять их перечень, тем более, что наличие такого рода дефектов ни у кого, кто знаком с ситуацией, не вызывает сомнений. Вывод также очевиден - серьезные проблемы с юридической техникой влекут серьезные проблемы правоприменения. Хотелось бы только отметить банальную истину, что хорошая юридическая техника - показатель качественного нормотворчества, и наоборот.

7. Необходимость совершенствования нормотворчества. Вопрос качественного нормотворчества всегда был важен, но в последнее время стал настолько актуальным, что вызывает не только активные (и не всегда, к сожалению, корректные) дискуссии в прессе, но и становится, наконец, предметом специальных исследований (пока что в очень ограниченных масштабах)³².

В качестве последнего примера подготовки изменений в важные законы коснемся работы над теми же самыми базовыми для недропользования Законами “О недрах” и “О нефти”. Известно, что их изменения в 1999 г. во многих отношениях были предметом всеобщей и справедливой критики, и следовало ожидать их последующих корректировок, что и происходит в настоящее время - готовится соответствующий Законопроект.

В соответствии с первоначальным Планом законопроектных работ Правительства РК на 2001 год, Законопроект должен был быть представлен в апреле 2001 г. в Правительство, а в мае - в Парла-

³² Примером такого исследования может служить анализ, проведенный Сафиновым К.Б., изложенный в его монографии: Правительство Республики Казахстан на переходном этапе. - Алматы, 2002. - С. 388-514.

мент Республики. Позже эти сроки неоднократно сдвигались, и по последним данным он внесен Правительством в Парламент только в конце декабря 2002 года.

В рамках настоящей статьи нет необходимости описывать происходящий сложный и часто нелогичный процесс работы над этим Законопроектом. Отмечу только два характерных момента: это то, что юристы (за исключением ведомственных) в последнее время в основной работе почти не участвуют; и что этой несомненно важной с точки зрения государственных интересов работе был придан режим такой засекреченности, от которой, на мой взгляд, государственные интересы больше страдают, чем выигрывают.

Проблема недостаточно точного планирования нормотворчества влечет за собой, помимо прочего, проблему информированности о предстоящих изменениях законодательства. Очевидно, что инвесторы хотели бы знать о предстоящих изменениях, а также иметь возможность заранее знакомиться с наиболее важными для их деятельности законопроектами в Казахстане. Наилучшим источником такой информации могли бы быть планы законопроектных работ Правительства РК (в том числе и перспективные), если бы они были более надежными.

Какие факторы могли бы улучшить качество подготовки нормативных актов, в данном случае, в недропользовании? Думаю, что это могли бы быть следующие обстоятельства.

- *Разработка концепции структуры и системы законодательства о недропользовании, как к это уже отмечено выше.*

В свою очередь, для разработки концепции потребуется углубление научного юридического анализа проблем недропользования. Явную недостаточность научных разработок в этой части можно объяснить объективными причинами (в первую очередь, возможно, недостаточным количеством юристов надлежащей квалификации и большой загруженностью ведущих юристов, которые могли бы работать по данным вопросам, многими другими проблемами). Тем не менее, это во многом решаемый вопрос при наличии должной организации работы.

При разработке концепции могут и должны быть использованы соответствующий опыт других стран мира, а также стран СНГ. Известно, что очень большие исследования и разработки в этой части проводились такими мировыми институтами, как Всемирный банк и ЕБРР. В частности, Всемирный банк провел Исследование Горнодобывающего и Металлургического секторов промышленности Республики Казахстан (октябрь 2001 г.), результаты которого, на мой взгляд, очень интересны, а выводы и рекомендации - полезны для Республики. Одно из главных направлений в деятельности ЕБРР по линии программы, осуществляемой его юридическим департаментом, сосредоточено на реформе концессионного права в странах Центральной и Восточной Европы и СНГ³³; накоплен достаточно большой опыт, который может быть использован Казахстаном.

Что касается СНГ, то, например, 23-24 июня 1999 г. в г. Минске Межправительственным советом по разведке, использованию и охране недр был принят согласованный с государствами Содружества проект структуры Модельного кодекса о недрах и недропользовании государств-участников СНГ. После рассмотрения данного Проекта на заседании Комиссии по экономическим вопросам при Экономическом совете СНГ было предусмотрено направить его на утверждение в Межпарламентскую Ассамблею СНГ; Россия в течение 2002 г. также активизировала исследования и законотворчество о концессиях³⁴. Такого рода совместный опыт стран СНГ и России также может быть полезен Казахстану.

• *Надлежащий состав рабочих групп по подготовке законопроектов.* Известно, что мировой опыт, даже самый удачный, невозможно автоматически перенести на почву третьего отдельно взятого государства; необходимо тщательно адаптировать его там, где это возможно, с учетом существующей системы права. Специалисты ЕБРР, например, прямо признают тот факт, что наиболее значи-

³³ Крейг Аверч, Сиалинь Чень, Фридерика Дахан, Пол Моффагт, Алексей Зверев. Работа ЕБРР над правовой реформой: взгляд в этап перехода // Право на этапе перехода. - 2002. - Осень. - С.40-41.

³⁴ Смотрите, например: материалы конференции "Концессия. Договор государства и бизнеса: преимущества и риски". - Москва. - 20 ноября 2002 года.

мая роль при этом принадлежит юристам местной страны³⁵. В связи с этим, а также независимо от этого, следующая важная проблема - надлежащий состав рабочих групп по подготовке законопроектов (нормативных актов). На мой взгляд, наиболее эффективной может быть совместная работа над специальными законами юристов со специалистами соответствующей отрасли, а также, где необходимо, экономистами.

- *Научная экспертиза.* Научная экспертиза законопроектов - тот институт, который, конечно, важен для достижения качества разрабатываемых нормативных актов, и который, похоже, развивается в Республике³⁶; но очевидно, что соответствующие методики должны еще быть доработаны.

- *Определённая публичность при подготовке нормативных (прежде всего законодательных) актов по недропользованию* и участие инвесторов (включая иностранных, особенно крупные компании) в их подготовке может быть серьезным фактором улучшения качества этих актов. Засекреченность при подготовке законопроектов по недропользованию в последние годы (целью которой было, прежде всего, оградиться от влияния иностранных недропользователей) просто не оправдана. Рекомендации инвесторов, в том числе иностранных, ни рабочие группы, работающие над законопроектами, ни тем более Парламент совсем не обязаны принимать, если они с ними не согласны; но такие рекомендации могли бы быть очень полезными. Хорошо известно, что когда готовился Закон "О нефти" 1995 года, к работе над ним были привлечены не только лучшие казахстанские юристы, но огромную методическую помощь профессиональными советами оказали крупнейшие западные нефтяные компании и западные юристы. В итоге этот Закон был очень высоко оценен инвесторами с точки зрения качества на момент его принятия³⁷. К сожалению, в

³⁵ Дэвид С. Бернштайн. Процесс порождает прогресс: главные уроки десяти лет правовой реформы // Право на этапе перехода. - 2002. - Осень. - С. 6-7.

³⁶ Смотрите, например, Постановление Правительства Республики Казахстан от 30 мая 2002 г. № 598 "О мерах по совершенствованию нормотворческой деятельности".

³⁷ Смотрите об этом: Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан. - Алматы, 1997. - С.130-131.

настоящее время такая практика если и имеет место, то в гораздо меньшем объеме (хотя инвесторы имеют, конечно, возможность предоставить свое мнение в отношении некоторых законопроектов через Казахстанскую Нефтяную Ассоциацию или Совет иностранных инвесторов при Президенте РК). Сейчас, при подготовке очередных изменений (дополнений) в Законы “О недрах” и “О нефти”, детальная совместная работа была бы очень полезна.

8. Заключение. Недавно принятая Концепция правовой политики РК³⁸ предусматривает совершенствование норм действующего законодательства путем реализации, в частности, таких мер, как *“...восполнения пробелов в правовом регулировании и углубления его в наиболее важных сферах общественных отношений; продолжения и расширения практики проведения научной экспертизы законопроектов...”*; *“...в целях улучшения планирования законопроектной деятельности введения практики ее перспективного (на 3 года) планирования”*.

В Концепции также отмечено, что *“требует совершенствования законодательства о Правительстве с целью повышения эффективности его деятельности и ответственности за принимаемые решения”*.

Думаю, что если удастся эффективно реализовать эти положения Концепции, а также решить и другие имеющиеся проблемы нормотворчества, это в значительной мере улучшит правовую систему недропользования в Казахстане, и, что еще важнее, его экономический и правовой режим в целом.

³⁸ Одобрена Указом Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года № 949.