

# ҚҰҚЫҚ және МЕМЛЕКЕТ ПРАВО и ГОСУДАРСТВО LAW and STATE

№ 4 (97), 2022

В номере обсуждаются проблемы:

- Закон и рациональность;
- Природа обязанности соблюдения закона;
- Право на судебную защиту и административное судопроизводство;
- Банкроттық рәсімді құқықтық реттеу;
- Государственно-правовое регулирование градостроительной деятельности;
- Digitalization and behavioral economics: legal issues



«Для меня интересы государства превыше всего. Сделаю все, чтобы в предстоящие семь лет оправдать высокое доверие народа.

Теперь наша общая цель – построить Справедливый Казахстан, где царит закон и соблюдается порядок, где проявляется должное уважение к правам граждан. Нам предстоит проделать большую работу по трансформации общества и превращению Казахстана в развитую страну с подлинно демократическими институтами. Только так мы сформируем новое качество нации и укрепим нашу священную Независимость.

Сейчас мы находимся в самом начале тернистого пути. Впереди очень много работы. Каждый гражданин должен осознавать свою ответственность за будущее страны. Красной нитью сквозь нашу государственную политику будет проходить модернизация всех сфер жизни – от образования до индустриализации».

«Великий учитель Востока аль-Фараби призывал людей быть справедливыми, любить правду и дорожить честью, быть умеренными в своих желаниях и всегда стремиться к знаниям.

Уверен, у нас есть хороший шанс войти в историю как поколение, которое сумело осуществить мощный прорыв в развитии нашей государственности.

Все зависит от нас самих, от того, как упорно мы будем работать.

Наш долг – оставить будущим поколениям сильное государство.

Мы еще можем столкнуться со многими испытаниями и трудностями.

Но мы с честью преодолеем все препятствия, если сумеем сохранить согласие».

---

Выступление Главы государства Касым-Жомарта Токаева на церемонии инаугурации. 26 ноября 2022 // Официальный сайт Президента Республики Казахстан. URL: <https://www.akorda.kz/ru/vystuplenie-glavy-gosudarstva-kktokaeva-na-ceremonii-inauguracii-2610566> (13.12.2022).

---

«- Действующие законы не дают полной самостоятельности государственным органам. Для принятия нормативных правовых актов в своей сфере их компетенция должна утверждаться на законодательном уровне. Фактическая реализация поручений идет со значительным отставанием, несвоевременно принятые меры теряют свою актуальность. В целях решения данной проблемы в законодательство уже вносятся поправки, которые позволят госорганам предпринимать необходимые действия в пределах их отраслевой компетенции...

- У Правительства иная функция – оно должно координировать и руководить. В рамках новой административной реформы необходимо модернизировать нормотворческую практику и осуществить децентрализацию функций между уровнями государственного управления. В этой связи поручаю Правительству провести системную ревизию законодательных актов, сохранив на уровне законов только ключевые задачи и полномочия государственных органов. Разработка отраслевых политик, их реализация и контроль должны быть переданы с уровня Правительства на уровень центральных государственных органов. Аналогичную работу на предмет перераспределения функций между центром и регионами необходимо закончить в течение 2023 года...

- Министрам и акимам необходимо прекратить практику назначений по принципу личной преданности. В некоторых министерствах имеются факты, когда ради «нужных» назначений сознательно игнорируются либо корректируются требования законодательства. Проблемы имеются повсеместно. Земельные инспекции, правоохранительные органы, ревизионные комиссии и другие контрольные органы не должны быть аффилированы с местной властью. Отсутствие здоровой конкуренции снижает привлекательность государственной службы для профессиональных кадров. Талантливая молодежь не заинтересована в работе на государство. Пора менять стереотип о том, что в регионах должны работать только уроженцы этих областей. Эффективность кандидата никак не связана с местом рождения, его будут оценивать по конкретным результатам. Быть эффективным менеджером в корпоративном управлении не означает делать все, что захочется. Назначения кандидатов должны быть максимально открытыми и справедливыми, так как эти институты принадлежат народу. Администрация Президента должна постоянно контролировать назначения в государственном и квазигосударственном секторах. Любые действия, направленные против интересов отдельных лиц, должны пресекаться. Агентству по делам государственной службы следует создавать благоприятные условия для привлечения на государственную службу квалифицированных специалистов из частного сектора. Если мы хотим развивать нашу страну, мы все должны объединить наши усилия, – подчеркнул Касым-Жомарт Токаев».

---

Глава государства провел расширенное заседание Правительства. 12 декабря 2022 года // Официальный сайт Президента Республики Казахстан. URL: <https://www.akorda.kz/ru/glava-gosudarstva-provel-rasshirennoe-zasedanie-pravitelstva-1211322> (13.12.2022).



**ҚҰҚЫҚ және МЕМЛЕКЕТ  
ПРАВО и ГОСУДАРСТВО  
LAW and STATE**  
№ 4 (97), 2022

В номере обсуждаются проблемы:

- Закон и рациональность;
- Природа обязанности соблюдения закона;
- Право на судебную защиту и административное судопроизводство;
- Банкроттық рәсімді құқықтық реттеу;
- Государственно-правовое регулирование градостроительной деятельности;
- Digitalization and behavioral economics: legal issues



**ХАЛЫҚАРАЛЫҚ РЕДАКЦИЯЛЫҚ КЕҢЕСІ:**

1. Сарсембаев М.А. (төраға) – з.ғ.д., Л.Н. Гумилев ат. Еуразия ұлттық университеті халықаралық құқық кафедрасының профессоры (Астана қ.);
2. Әбдіров Н.М. – з.ғ.д., профессор, Қазақстан Республикасы Орталық сайлау комиссиясының Төрағасы (Астана қ.);
3. Әбдірайым Б.Ж. – з.ғ.д., профессор, «Астана Медицина Университеті» АҚ Директорлар Кеңесінің төрағасы, Қазақстан Республикасы Ұлттық Ғылым Академиясының корреспондент-мүшесі (Астана қ.);
4. Авакьян С.А. – з.ғ.д., профессор, М.В. Ломоносов ат. ММУ конституциялық және муниципалдық құқық кафедрасының меңгерушісі (Мәскеу қ., РФ);
5. Асанов Ж.Қ. – з.ғ.д., Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының экс-Төрағасы (Астана қ.);
6. Ахпанов А.Н. – з.ғ.д., профессор, Л.Н. Гумилев ат. Еуразия ұлттық университетінің қылмыстық-құқықтық пәндер кафедрасының профессоры (Астана қ.);
7. Бельх В.С. – з.ғ.д., профессор, Еуразиялық салыстырмалы және халықаралық кәсіпкерлік құқық ғылыми-зерттеу орталығының директоры, В.Ф. Яковлев атындағы Орал мемлекеттік заң университеті кәсіпкерлік құқық кафедрасының меңгерушісі (Екатеринбург қ., РФ);
8. Борчашвили И.Ш. – з.ғ.д., профессор, «Заманауи құқық институты» ЖШС жетекшісі (Астана қ.);
9. Даулбаев А.К. – з.ғ.к., Қазақстан Республикасы Конституциялық Кеңесінің экс-мүшесі, Қазақстан Республикасының экс-Бас прокуроры (Астана қ.);
10. Дуленов М.М. – PhD, «Нархоз Университеті» КАҚ Президенті, Басқарма төрағасы (Алматы қ.);
11. Дулатбеков Н.О. – з.ғ.д., профессор, Е.А. Бөкетов ат. Қарағанды университетінің ректоры, Қазақстан Республикасы Ұлттық Ғылым Академиясының корреспондент-мүшесі (Қарағанды қ.);
12. Зиемблицкий, Бартош – PhD, Вроцлав экономикалық университеті (Вроцлав қ., Польша);
13. Козловски, Артур – доктор хабиль, профессор, Вроцлав университеті (Вроцлав қ., Польша);
14. Малько А.В. – з.ғ.д., профессор, Ресей Ғылым Академиясы Мемлекет және құқық институты Саратов филиалының директоры (Саратов қ., РФ);
15. Мелкевич, Бьярн – з.ғ.д., құқық профессоры (тепиге), Лаваль Университеті профессоры (Квебек қ., Канада);
16. Мороз С.П. – з.ғ.д., профессор, Каспий Университеті «Әділет» Жоғары құқық мектебінің деканы (Алматы қ.);
17. Нурмагамбетов А.М. – з.ғ.д., Л.Н. Гумилев ат. Еуразия ұлттық университеті конституциялық және азаматтық құқық кафедрасының профессоры (Астана қ.);
18. Понкин И.В. – з.ғ.д., Ресей Федерациясы Президенті жанындағы Ресей халық шаруашылығы және мемлекеттік қызмет академиясы, мемлекеттік және муниципалдық басқару кафедрасының профессоры (Мәскеу қ., РФ);
19. Рогов И.И. – з.ғ.д., профессор, Қазақстан Республикасы Тұңғыш Президенті Қорының Атқарушы директорының орынбасары, Қазақстан Республикасынан Құқық арқылы демократия үшін Еуропалық Комиссияның (Венеция комиссиясы) мүшесі, Қазақстан Республикасы Конституциялық Кеңесінің экс-Төрағасы (Астана қ.);
20. Россинская Е.Р. – з.ғ.д., профессор, Сот сараптамалары институтының директоры, О.Е. Кутафин ат. Мәскеу мемлекеттік заң университеті сот сараптамалары кафедрасының меңгерушісі (Мәскеу қ., РФ);
21. Саидов А.Х. – з.ғ.д., профессор, Өзбекстан Республикасы Адам құқықтары жөніндегі ұлттық орталықтың директоры, Өзбекстан Олий Мажлисі Заң шығару палатасының (Парламентінің) Демократиялық институттар, мемлекеттік емес ұйымдар және азаматтардың өзін-өзі басқару органдары комиссиясінің төрағасы, Өзбекстан Республикасы Ұлттық Ғылым Академиясының академигі (Ташкент қ., Өзбекстан);
22. Стоилов Я.Б. – Болгарияның Конституциялық Сотының судьясы, құқық докторы, Әлиие Климент Охридский ат. София университетінің профессоры (София қ., Болгария);
23. Тоғжанов Е.Л. – саясат.ғ.д., з.ғ.к. Ақтөбе облысының әкімі, Қазақстан Республикасы Премьер-Министрінің экс-орынбасары (Ақтөбе қ.);
24. Шакиров А.О. – з.ғ.к., Қазақстан Республикасы Парламенті Сенаты Төрағасының орынбасары (Астана қ.);
25. Шалтала Н.К. – з.ғ.д., Украина Ұлттық ішкі істер академиясы конституциялық құқық кафедрасының профессоры, Украина Жоғары білім академиясының академигі, Украина Конституциялық Сотының экс-Төрағасы (Киев қ., Украина).

**РЕДАКЦИЯЛЫҚ АЛҚА МҮШЕЛЕРІ:**

1. Ударцев С.Ф. (кон редактор) – з.ғ.д., профессор, М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университетінің Құқықтық саясат, конституциялық заңнама және мемлекеттік басқару мәселелері жөніндегі ғылыми-зерттеу жобаларының жетекшісі (Астана қ.);
2. Абдрашова Г.Э. – з.ғ.к., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Жеке құқық департаментінің Teaching professor (Астана қ.);
3. Аубакирова И.У. – з.ғ.д., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Жария құқық департаментінің Assistant professor (Астана қ.);
4. Ахмади М.А. – PhD, М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университетінің ғылыми қызмет және зерттеулер жөніндегі Вице-Провосты, Assistant professor (Астана қ.);
5. Бектибаева О.С. – PhD, М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Құқық жоғары мектебінің директоры (деканы) (Астана қ.);
6. Биебаева А.Ә. – з.ғ.к., доцент, ҚР Жоғарғы Сотының жанындағы Сот төрелігі академиясы Қылмыстық-құқықтық пәндер ғылыми-білім беру орталығының директоры (Астана қ.);
7. Бусурманов Ж.Д. – з.ғ.д., Каспий Университетінің профессоры (Алматы қ.);
8. Вязняк О.А. – з.ғ.к., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Қылмыстық сот төрелігі департаментінің Teaching professor (Астана қ.);
9. Джекеебаев Ч.У. – з.ғ.к., Жеке сот орындаушыларының республикалық палатасы жанындағы Оқу орталығы директорының орынбасары (Астана қ.);
10. Дидикин А.Б. – фил.ғ.д., з.ғ.к., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Жария құқық департаментінің Associate professor (Астана қ.);
11. Естеміров М.А. – PhD, М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Жеке құқық департаментінің Teaching professor (Астана қ.);
12. Еш尼亚зов Н.С. – PhD, М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Халықаралық құқық департаментінің Assistant professor (Астана қ.);
13. Жұмағұлов М.И. – з.ғ.д., профессор, Қазақстан Республикасы Жоғары Сот Кеңесінің мүшесі (Астана қ.);
14. Жүсіпов А.Д. – з.ғ.д., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университетінің Жария құқық департаментінің Teaching professor (Астана қ.);
15. Идрышева С.К. – з.ғ.д., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университетінің Жеке құқық департаментінің Professor Emeritus (Астана қ.);
16. Калишева Ж.Г. – з.ғ.к., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Жария құқық департаментінің Professor Emeritus, Заңгерлерді бағалау және сертификаттау бюросының басшысы (Астана қ.);
17. Қаудыров Т.Е. – з.ғ.д., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университетінің Жеке құқық департаментінің Teaching professor (Астана қ.);
18. Ким К.В. – з.ғ.к., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университетінің Қылмыстық сот төрелігі департаментінің Professor Emeritus (Астана қ.);
19. Қоғамов М.Ш. – з.ғ.д., профессор, М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университетінің қылмыстық сот төрелігі және ғылыми сарапнама саласындағы ғылыми жобалардың жетекшісі (Астана қ.);
20. Лозова О.В. – PhD, М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Халықаралық құқық департаментінің Teaching professor, Құқық жоғары мектебі директорының (деканының) ғылым, жоғары оқу орнынан кейінгі білім және даму жөніндегі орынбасары (Астана қ.);
21. Малиновский В.А. – з.ғ.д., профессор, Қазақстан Республикасы Конституциялық Кеңесінің экс-мүшесі (Астана қ.);
22. Мельник Р.С. – з.ғ.д., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Жария құқық департаментінің Associate professor, Неміс құқық мектебінің жетекшісі (Астана қ.);
23. Нарикбаев Т.М. – М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университетінің Басқарма Төрағасы (Астана қ.);
24. Ногайбай З.М. – құқық докторы, кеңесші, White & Case Kazakhstan (Астана қ.);
25. Нуртаев Р.Т. – з.ғ.д., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Қылмыстық сот төрелігі департаментінің Professor Emeritus (Астана қ.);
26. Оразбаева Ә.А. – з.ғ.к., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Жария құқық департаментінің Teaching professor (Астана қ.);
27. Пен С.Г. – з.ғ.к., М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университетінің Провосты (Ректоры) (Астана қ.);
28. Подопригора Р.А. – з.ғ.д., Каспий Университетінің профессоры (Алматы қ.);
29. Сейтлин С.В. – құқық докторы, КИМЭП Университетінің Құқық мектебі қауымдастырылған деканы, қауымдастырылған профессор (Алматы қ.);
30. Саянгов Қ.Қ. – з.ғ.д., профессор, Қазақстан Республикасының Бас прокуратурасы жанындағы Құқық қорғау органдары академиясының бірінші проректоры (Астана қ.);
31. Темірбеков Ж.Р. – PhD, М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Жария құқық департаментінің Teaching professor (Астана қ.);
32. Тлепина Ш.В. – з.ғ.д., профессор, Л.Н. Гумилев ат. Еуразия ұлттық университеті халықаралық құқық кафедрасының меңгерушісі (Астана қ.);
33. Хасенов М.Х. – PhD, М.С. Нарикбаев ат. КАЗҒПУ Университеті Жеке құқық департаментінің Assistant professor (Астана қ.);
34. Шапақ У.Ш. – з.ғ.д., Қазақстан Республикасы Конституциялық Кеңесінің экс-мүшесі (Астана қ.).



### МЕЖДУНАРОДНЫЙ РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:

1. Сарсембаев М.А. (председатель) — д.ю.н., профессор кафедры международного права Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева (г. Астана);
2. Абдиров Н.М. — д.ю.н., профессор, Председатель Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан (г. Астана);
3. Абдраимов Б.Ж. — д.ю.н., профессор, Председатель Совета директоров АО «Медицинский Университет Астана», член-корреспондент Национальной Академии Наук Республики Казахстан (г. Астана);
4. Авакьян С.А. — д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права МГУ им. М.В. Ломоносова (г. Москва, РФ);
5. Асанов Ж.К. — к.ю.н., Председатель Верховного Суда Республики Казахстан (г. Астана);
6. Ахпанов А.Н. — д.ю.н., профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева (г. Астана);
7. Бельх В.С. — д.ю.н., профессор, директор Евразийского научно-исследовательского центра сравнительного и международного предпринимательского права, зав. кафедрой предпринимательского права Уральского государственного юридического университета имени В.Ф. Яковлева (г. Екатеринбург, РФ);
8. Борчасавили И.Ш. — д.ю.н., профессор, руководитель ТОО «Институт современного права» (г. Астана);
9. Даулбаев А.К. — к.ю.н., экс-член Конституционного Совета Республики Казахстан, экс-Генеральный прокурор Республики Казахстан (г. Астана);
10. Дауленов М.М. — PhD, Президент, Председатель правления НАО «Университет Нархоз» (г. Алматы);
11. Дулатбеков Н.О. — д.ю.н., профессор, Ректор Карагандинского университета им. Е.А. Букетова, член-корреспондент Национальной Академии Наук Республики Казахстан (г. Караганда);
12. Зиемблицкий, Бартош — PhD, Экономический университет во Вроцлаве (г. Вроцлав, Польша);
13. Козловски, Артур — доктор хабилье, профессор, Вроцлавский Университет (г. Вроцлав, Польша);
14. Малько А.В. — д.ю.н., профессор, директор Саратовского филиала Института государства и права Российской Академии Наук (г. Саратов, РФ);
15. Мелкевич, Бьярн — д.ю.н., профессор (tenure) права, профессор Университета Лавалля (г. Квебек, Канада);
16. Мороз С.П. — д.ю.н., профессор, декан Высшей школы права «Фдлет» Каспийского Университета (г. Алматы);
17. Нурмагамбетов А.М. — д.ю.н., профессор кафедры конституционного и гражданского права Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева (г. Астана);
18. Понкин И.В. — д.ю.н., профессор кафедры государственного и муниципального управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (г. Москва, РФ);
19. Рогов И.И. — д.ю.н., профессор, заместитель Исполнительного директора Фонда Первого Президента Республики Казахстан, член Европейской комиссии за демократию через право (Венецианская комиссия) от Республики Казахстан, экс-Председатель Конституционного Совета Республики Казахстан (г. Астана);
20. Россинская Е.Р. — д.ю.н., профессор, директор Института судебных экспертиз, заведующая кафедрой судебных экспертиз Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) (г. Москва, РФ);
21. Саидов А.Х. — д.ю.н., профессор, директор Национального центра Республики Узбекистан по правам человека, председатель Комитета по демократическим институтам, негосударственным организациям и органам самоуправления граждан Законодательной палаты Олий Мажлиса (Парламента) Узбекистана, академик Национальной Академии Наук Республики Узбекистан (г. Ташкент, Узбекистан);
22. Стоилов Я.Б. — судья Конституционного Суда Болгарии, доктор права, профессор Софийского университета им. Святого Климента Охридского (г. София, Болгария);
23. Тугжанов Е.Л. — д.политн., к.ю.н., аким Актюбинской области, экс-заместитель Премьер-Министра Республики Казахстан (г. Актюбе);
24. Шакиров А.О. — к.ю.н., заместитель Председателя Сената Парламента Республики Казахстан (г. Астана);
25. Шалпала Н.К. — д.ю.н., профессор кафедры конституционного права Национальной академии внутренних дел Украины, академик Академии высшего образования Украины, экс-Председатель Конституционного Суда Украины (г. Киев, Украина).

### РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ:

1. Ударцев С.Ф. (главный редактор) — д.ю.н., профессор, руководитель научно-исследовательских проектов по вопросам правовой политики, конституционного законодательства и государственного управления Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
2. Абдрастолова Э.Э. — к.ю.н., Teaching professor Департамента частного права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
3. Аубакирова И.У. — д.ю.н., Assistant professor Департамента публичного права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
4. Ахмеди М.А. — PhD, Assistant professor, Вице-Провост по научной деятельности и исследованиям Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
5. Бектибаева О.С. — PhD, директор (декан) Высшей школы права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
6. Бибаева А.А. — к.ю.н., доцент, директор Научно-образовательного центра уголовно-правовых дисциплин Академии правосудия при Верховном Суде РК (г. Астана);
7. Бусурманов Ж.Д. — д.ю.н., профессор Каспийского Университета (г. Алматы);
8. Возняк О.А. — к.ю.н., Teaching professor Департамента уголовного правосудия Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
9. Джекебаев Ч.У. — к.ю.н., заместитель директора Учебного центра при Республиканской палате частных судебных исполнителей (г. Астана);
10. Дидикин А.Б. — д.филн., к.ю.н., Associate professor Департамента публичного права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
11. Естемиров М.А. — PhD, Teaching professor Департамента частного права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
12. Ешниязов Н.С. — PhD, Assistant professor Департамента международного права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
13. Жумагулов М.И. — д.ю.н., профессор, член Высшего Судебного Совета РК (г. Астана);
14. Жусупов А.Д. — д.ю.н., Teaching professor Департамента публичного права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
15. Идрышева С.К. — д.ю.н., Professor Emeritus Департамента частного права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
16. Калишева Ж.Г. — к.ю.н., Professor Emeritus Департамента публичного права, руководитель Бюро по оценке и сертификации юристов Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
17. Каудыров Т.Е. — д.ю.н., Teaching professor Департамента частного права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
18. Ким К.В. — к.ю.н., Professor Emeritus Департамента уголовного правосудия Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
19. Когамов М.Ч. — д.ю.н., профессор, руководитель научно-исследовательских проектов по вопросам уголовного правосудия и научной экспертизы Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
20. Лозова О.В. — PhD, Teaching professor Департамента международного права, заместитель директора (декана) по науке, послевузовскому обучению и развитию Высшей школы права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
21. Малиновский В.А. — д.ю.н., профессор, экс-член Конституционного Совета Республики Казахстан (г. Астана);
22. Мельник Р.С. — д.ю.н., Associate professor, руководитель Школы немецкого права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
23. Нарикбаев Т.М. — Председатель Правления Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
24. Нойгайбай З.М. — доктор права, советник, White & Case Kazakhstan (г. Астана);
25. Нуртаев Р.Т. — д.ю.н., Professor Emeritus Департамента уголовного правосудия Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
26. Оразбаева А.А. — к.ю.н., Teaching professor Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
27. Пен С.Г. — к.ю.н., Провост (Ректор) Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
28. Подопригора Р.А. — д.ю.н., профессор Каспийского Университета (г. Алматы);
29. Саплин С.В. — доктор права, ассоциированный профессор, ассоциированный декан Школы права Университета КИМЭП (г. Алматы);
30. Сейтенов К.К. — д.ю.н., профессор, первый проректор Академии правоохранительных органов при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан (г. Астана);
31. Темирбеков Ж.Р. — PhD, Teaching professor Департамента публичного права Высшей школы права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
32. Тлепина Ш.В. — д.ю.н., профессор, зав. кафедрой международного права Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева (г. Астана);
33. Хасенов М.Х. — PhD, Assistant professor Департамента частного права Университета КАЗГЮУ им. М.С. Нарикбаева (г. Астана);
34. Шапақ УШ. — д.ю.н., профессор, экс-член Конституционного Совета Республики Казахстан (г. Астана).

**INTERNATIONAL EDITORIAL COUNCIL:**

1. Sarsembayev M.A. (chairman) – Doctor of Juridical Science, Professor of the Department of International Law at L.N. Gumilyov Eurasian National University (Astana);
2. Abdirov M.N. – Doctor of Juridical Science, Professor, Chairman of the Central Election Commission of the Republic of Kazakhstan (Astana);
3. Abdraimov B.Zh. – Doctor of Juridical Science, Professor, Chairman of the Board of Directors of Astana Medical University, Member of the National Academy of Science of the Republic of Kazakhstan (Astana);
4. Avakyan S.A. – Doctor of Juridical Science, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law at Lomonosov Moscow State University (Moscow, the Russian Federation);
5. Asanov Zh.K. – Candidate of Legal Sciences, Chairman of the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan (Astana);
6. Akhpanov A.N. – Doctor of Juridical Science, Professor of the Department of Criminal Law disciplines at L.N. Gumilyov Eurasian National University (Astana);
7. Belykh V.S. – Doctor of Juridical Science, Professor, Head of the Eurasian research center for comparative and international commercial law, Head of the Department of Commercial Law at V.F. Yakovlev Ural State Law University (Yekaterinburg, the Russian Federation);
8. Borchashvili I.Sh. – Doctor of Juridical Science, Professor, Head of the Institute for Contemporary Law LLP (Astana);
9. Daulbayev A.K. – Candidate of Legal Sciences, former Member of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan, former Prosecutor General of the Republic of Kazakhstan (Astana);
10. Daulenov M.M. – Ph.D., President, Chairman of the Board of NJSC «Narxoz University» (Almaty);
11. Dulatbekov N.O. – Doctor of Juridical Science, Professor, Rector of Academician E.A. Buketov Karaganda University, Member of the National Academy of Sciences of the Republic of Kazakhstan (Karaganda);
12. Ziemblicki, Bartosz – Ph.D., Wrocław University of Economics and Business (Wrocław, Poland);
13. Kozłowski, Artur – Dr. Hab., Professor, University of Wrocław (Wrocław, Poland);
14. Malko A.V. – Doctor of Juridical Science, Professor, Director of the Saratov branch of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences (Saratov, the Russian Federation);
15. Melkevik, Bjørne – Doctor in Law, Professor (tenure) of Laval University (Quebec, Canada);
16. Moroz S.P. – Doctor of Juridical Science, Professor, Dean of the “Adilet” Higher School of Law at Caspian University (Almaty);
17. Nurmagambetov A.M. – Doctor of Juridical Science, Professor of the Department of Constitutional and Civil Law at L.N. Gumilyov Eurasian National University (Astana);
18. Ponkin I.V. – Doctor of Juridical Science, Professor of the Department of Public and Municipal Administration of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (Moscow, the Russian Federation);
19. Rogov I.I. – Doctor of Juridical Science, Professor, Deputy Executive Director of the Foundation of the First President of the Republic of Kazakhstan, member of the European Commission for Democracy through Law (the Venice Commission) of the Council of Europe representing Kazakhstan, former Chairman of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan (Astana);
20. Rossinskaya Ye.R. – Doctor of Juridical Science, Professor, Director of the Institute of Judicial Expertise, Head of the Forensic Expertise Department at Kutafin Moscow State Law University (Moscow, the Russian Federation);
21. Saidov A.Kh. – Doctor of Juridical Science, Professor, Director of the National Center of the Republic of Uzbekistan for Human Rights, Chairman of the Committee for democracy institutes, non-governmental bodies and civil self-government bodies of Legislative Chamber of Uzbekistan, Academician of the National Academy of Sciences of the Republic of Uzbekistan (Tashkent, Uzbekistan);
22. Stoilov, Yanaki – judge of the Constitutional Court of Bulgaria, Doctor of Law, Professor of St. Kliment Ohridski Sofia University (Sofia, Bulgaria);
23. Tugzhanov Ye.L. – Doctor of Political Sciences, Candidate of Legal Sciences, akim (mayor) of Aktobe region, former Vice-Prime Minister of the Republic of Kazakhstan (Aktobe);
24. Shakirov A.O. – Candidate of Legal Sciences, Deputy Chairman of the Senate of the Parliament of the Republic of Kazakhstan (Astana);
25. Shaptala N.K. – Doctor of Juridical Science, Professor of the Department of Constitutional Law of the National Academy of Internal Affairs of Ukraine, Academic of the Academy for Higher Education of Ukraine, former Chairman of the Constitutional Court of Ukraine (Kiev, Ukraine).

**EDITORIAL BOARD:**

1. Udartsev S.F. (Chief Editor) – Doctor of Juridical Science, Professor, Head of the research projects on the issues of legal politics, constitutional legislation and public administration of M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
2. Abdrasulova G.E. – Candidate of Legal Sciences, Teaching professor of the Department of Private Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
3. Aubakirova I.U. – Doctor of Juridical Science, Assistant professor of the Department of Public Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
4. Akhmedi A.M. – Ph.D., Assistant professor, Vice-Provost for Research of M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
5. Bektiyayeva O.S. – Ph.D., Head (Dean) of KAZGUU Law School of M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
6. Biyebayeva A.A. – Candidate of Legal Sciences, Associate professor, Director of the Research and Educational Center of Criminal Law Disciplines of Academy of Justice under the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan (Astana);
7. Busurmanov Zh.D. – Doctor of Juridical Science, Professor of Caspian University (Astana);
8. Vozyak O.A. – Candidate of Legal Sciences, Teaching professor of the Department of Criminal Justice at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
9. Dzhekebayev Ch.U. – Candidate of Legal Sciences, Deputy Head of Educational center under the Republican Chamber of Private Bailiffs (Astana);
10. Didikin A.B. – Doctor of Philosophy Science, Candidate of Legal Sciences, Associate professor of the Department of Public Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
11. Yestemirov M.A. – Ph.D., Teaching professor of the Department of Private Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
12. Yeshniyazov N.S. – Ph.D., Assistant professor of the Department of International Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
13. Zhumagulov M.I. – Doctor of Juridical Science, Professor, member of the Supreme Judicial Council of the Republic of Kazakhstan (Astana);
14. Zhusupov A.D. – Doctor of Juridical Science, Teaching professor of the Department of Public Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
15. Idrisheva S.K. – Doctor of Juridical Science, Professor Emeritus of the Department of Private Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
16. Kalisheva Zh.G. – Candidate of Legal Sciences, Professor Emeritus of the Department of Public Law, Head of the Legal Assessment and Certificate Bureau at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
17. Kaudyrov T.Ye. – Doctor of Juridical Science, Teaching professor of the Department of Private Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
18. Kim K.V. – Candidate of Legal Sciences, Professor Emeritus of the Department of Criminal Justice at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
19. Kogamov M.Ch. – Doctor of Juridical Science, Professor, Head of the research projects in the field of criminal justice and scientific expertise of M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
20. Lozovaya O.V. – Ph.D., Deputy Head (Dean) for research, postgraduate studies and development of KAZGUU Law School at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
21. Malinovsky V.A. – Doctor of Juridical Science, Professor, former Member of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan (Astana);
22. Melnyk R.S. – Doctor of Juridical Science, Associate professor of the Department of Public Law, Head of the German Law School at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
23. Narikbayev T.M. – Chairman of the Board of M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
24. Nogaibai Z.M. – Dr. iur., counsel, White & Case Kazakhstan (Astana);
25. Nurtayev R.T. – Doctor of Juridical Science, Professor Emeritus of the Department of Criminal Justice at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
26. Orazbayeva A.A. – Candidate of Legal Sciences, Teaching professor of the Department of Public Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
27. Pen S.G. – Candidate of Legal Sciences, Provost (Rector) of M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
28. Podoprigora R.A. – Doctor of Juridical Science, Professor of Caspian University (Almaty);
29. Sayapin S.V. – Dr. iur., Associate Professor, Associate Dean School of Law at KIMEP University (Almaty);
30. Seitenov K.K. – Doctor of Juridical Science, first Vice Rector of the Academy of Law Enforcement Agencies under the Prosecutor General’s Office of the Republic of Kazakhstan (Astana);
31. Temirbekov Zh.R. – Ph.D., Teaching professor of the Department of Public Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
32. Tlepina Sh.V. – Doctor of Juridical Science, Professor, Head of the Department of International Law at L.N. Gumilyov Eurasian National University (Astana);
33. Khassenov M.Kh. – Ph.D., Assistant professor of the Department of Private Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana);
34. Shapak U.Sh. – Doctor of Juridical Science, Professor, former Member of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan (Astana).

**ФИЛОСОФИЯ ПРАВА**

<i>Мелкевик Б. (Квебек, Канада)</i> Спасибо за вашу катастрофу: закон и рациональность .....	6
<i>Дидикин А.Б. (Астана)</i> О природе обязанности соблюдения закона: аргументы эксклюзивного правового позитивизма Джозефа Раза .....	19

**АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО**

<i>Мельник Р.С. (Астана)</i> Право на судебную защиту и административное судопроизводство: взгляд сквозь призму Конституции Республики Казахстан и европейских правовых стандартов .....	36
--	----

**ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО**

<i>Естемиров М.А. (Астана)</i> Банкроттық рәсімді құқықтық реттеудің жекелеген қырлары .....	54
<i>Дәуиембаев Р.К., Салкебаев Т.С., Абишева М.С. (Жарағанда)</i> Некоторые вопросы государственно-правового регулирования градостроительной деятельности в Республике Казахстан .....	69

**ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО**

<i>Alferova A.A. (Astana)</i> Digitalization and behavioral economics: legal issues .....	84
---	----

МАЗМҰНЫ .....	102
---------------	-----

CONTENTS .....	102
----------------	-----

ИНФОРМАЦИЯ ДЛЯ АВТОРОВ .....	103
------------------------------	-----



## СПАСИБО ЗА ВАШУ КАТАСТРОФУ: ЗАКОН И РАЦИОНАЛЬНОСТЬ<sup>1</sup>



**Б. МЕЛКЕВИК,**  
доктор права, профессор,  
Университет Париж-2,  
Университет Лавала  
(г. Квебек, Канада),  
email: bjarme.melkevich@fd.ulaval.ca

В статье исследована парадигма «катастрофы» (бедствия), все чаще используемая в этике, экологической этике, а также экологическом праве. В этих областях к парадигме «катастрофы» прибегают, как правило, для легитимации «чрезвычайных» и «исключительных» политических действий. Автор критически оценивает целесообразность такого подхода. В статье сделан акцент на «человеческой природе», чтобы продемонстрировать ее важность и роль, которую играет человек в понимании самой катастрофы и ее масштаба. Автор последовательно рассматривает практическую перспективу для юриста и практическую рациональность судебной подготовки для изучения различных аспектов катастрофы. В первую очередь, в связи с человеческим разумом, психикой, затем в связи с разумным пониманием, затем в связи с тем, как переживается бедствие и, наконец, в аспекте человеческой рациональности. Автор приходит к выводу, что к любой катастрофе, антропологической или природной, необходимо подходить в рамках рациональности.

*Ключевые слова: теория катастроф, экология и экологизм, этика и экологическая этика, поведение человека, психология и право, философия права, правовая теория, философия, Ганс Йонас (1903-1993).*

### Постановка проблемы

Теоретическая популярность парадигмы «катастрофы» (бедствия) в последние годы возросла. Сегодня эта парадигма рассматривается как комплексная область исследований, способных оказать влияние на политику и имеющих основополагающее значение для глобального (или местного) уменьшения опасности бедствий, устойчивого развития, изменения климата и гуманитарных соглашений.

© Бьярн Мелкевик, 2022

© Коваленко И.И., перевод с франц., 2022

<sup>1</sup>Настоящий оригинальный перевод статьи сделан Коваленко Инной Игоревной (г. Харьков, Украина) с издания работы на французском языке: Bjarne Melkevich. «Merci pour votre catastrophe: Droit et rationalité», in Boris Cyrulnik (eds.), Smart City: Le catastrophisme. Penser le pire et agir pour le meilleur, Nice (France), Éditions Ovidia, Coll. Philosophie et Éthique de la Smart City, 2021. Перевод представлен в редакцию журнала «Право и государство» автором статьи – профессором Бьярном Мелкевиком. Публикуется впервые.

Кроме того, парадигма катастроф и накопленный теоретический опыт весьма важны в аспекте борьбы со стихийными бедствиями. Но является ли событийная ориентация (фокусировка объекта) адекватной? Или даже полезной? Автор данного исследования придерживается строго антропоцентрического взгляда и использует в качестве практической установки для анализа модель действующего защитника (*avocat*). С практической стороны автор утверждает, что главным элементом катастрофы является «человеческая природа», наше понимание того, что происходит вокруг нас (и с нами), а также наша способность справляться с такими событиями. Соответственно, в статье предложен ряд тематических направлений для понимания «человеческой природы» применительно к текущей, объявленной или уже достигнутой катастрофе. Автор настаивает на роли человеческого разума как «начального потенциала» (посредством индивидуализации и социализации) в противостоянии катастрофе, с целью улучшить жизнь в условиях неопределенности, а также в преодолении тревоги.

**Целью статьи** является содействие глубокому пониманию парадигмы катастрофы с акцентом на важность учета интересов людей в контексте катастроф, а также обоснование необходимости рационального действия в таких условиях.

**Анализ последних исследований и публикаций:** Исследование осуществляется на теоретико-философском уровне. Отправной точкой анализа является философский шедевр Дэвида Юма (1711-1776) – «Трактат о человеческой природе» (1739). Прежде всего, речь идет не о «человеческой природе» как таковой, а о том, как она проявляется в нашем поведении и в том, как мы обходимся с окружающей средой. Человеческое поведение – это способ, благодаря которому человеческая природа становится социальной. Автор также основывает исследование на своей предыдущей публикации философско-правового характера.

### **Изложение основного содержания**

Когда кто-то напуган, отчаялся из-за катастрофы, а тем более пребывает в ней, опытный юрист остается хладнокровным и видит перспективу хорошо оплачиваемой работы, равно как и будущую прибыль! Ничего удивительного. Любой хорошо образованный юрист-профессионал, изобразив любезность и сочувствие, умеет ловко делать расчеты в контексте происходящих/грядущих бедствий независимо от их масштаба: огромного и даже гигантского, тяжкого или горестного, большого или малого. Для него катастрофа – благословенный хлеб, смысл существования в мире, и он горд тем, что люди, желая справиться с возникшими вопросами, не обойдутся без него и его профессиональных навыков. Однако его (или ее) ждет быстрое разочарование, когда выяснится, что все зависит от характера бедствия, затронутых интересов и что в силу своего разнообразия и сложности не все бедствия попадают под действие правовых норм.

Именно это мы и предлагаем осмыслить, отдавая предпочтение взвешенному анализу, в отличие от аргументации, продиктованной чувственностью.

### **Слово и психика**

Начнем с самого слова «катастрофа». Упомянутую выше позицию юриста легко понять, исходя из того, как выражается о катастрофе обычный оратор: в ней он усматривает событие, влекущее за собой серьезные материальные или физические потрясения; событие, вызывающее у людей смерть или серьезные увечья; это событие существенно и для лица, страдающего от последствий (равно как и для любой

третьей стороны, затронутой этими же последствиями). Сюда могут относиться и стихийные бедствия, вызванные штормом, наводнением, землетрясением, оползнями (почвы, прибрежной зоны и пр.), извержением вулкана, лавиной и т.д. Необходимо также принять во внимание разъяснения, равно как и предположения, связанные с климатическими изменениями или человеческой глупостью. Катастрофа может быть медицинской, санитарной, эпидемической, пандемической, вызванной, как мы знаем, новым вирусом, против которого человечество не смогло развить иммунную устойчивость. Добавьте к этому гуманитарные, военные, политические и другие катастрофы! Наконец, давайте вспомним, что на родном языке «тоска», если она действительно серьезна и деструктивна, может приравниваться к «катастрофе»!

Переходя к сути, отметим, что наличие одного или нескольких бедствий не является в итоге чем-то экстраординарным. Это просто, банально, даже тривиально! Бедствия сопровождали человечество с незапамятных времен, и так будет всегда. История учит нас. Мы подобны Вольтеру во время лиссабонского землетрясения 1 ноября 1755 года – безоружны перед лицом катастрофы, которую считаем «бессмысленной»!

Но в этом портрете обычных катастроф есть, однако, фальшивый штрих, изъян, и это – человеческая психика или «человеческая природа».

Действительно, если фактически любая катастрофа (и порожденные ею несчастья) является привычной, то страх, мука, беспокойство, *тревога* (в экзистенциальном, Кьеркегоровском смысле) ничего общего с обыденностью не имеют. Первая отстраняет от реальности, вторые ввергают человека в бездну, где совесть и психика блуждают беспорядочно.

Отчетливее и нагляднее это проявляется в случае бедствия, которое еще не произошло, когда мы сталкиваемся с «надвигающейся катастрофой» или «объявленным бедствием», не говоря уже о мифах: «рагнарёк», «апокалипсис», «армагеддон». Просто вспомним, что это битвы, где на карту поставлено человеческое будущее. В таких обстоятельствах психика существенно ослабевает, истощается, пребывает в одиночестве и пустоте, наедине с собой. Теперь она сама по себе «катастрофа»!

Нехватка предыдущего и достаточного душевного опыта не позволяет нам гармонично интегрировать его в нашу психику, чтобы суметь противостоять неизвестному событию как «катастрофическому». Подобная психологическая неспособность объясняется следующим образом: когда психика (эмоциональность) сталкивается с неизвестным, она ничем не ограничена, она становится своей собственной рамкой и отсылает к себе же самой. Таким образом, она обнаруживает только собственную слабость.

В том катастрофическом неизвестном, заявляющем о наших убытках, наших утратах, наших разрушениях, нашем глубоком несчастье, безусловно нет ничего конкретного и осязаемого. Если смерть и катастрофа могут быть преодолены в силу их фактичности и свойства нашей психики постоянно приспосабливаться к происходящему, то в случае с мукой, страхом умереть, страданиями, боязнью «кануть» в неизвестность и пустоту это происходит по-другому. В этот момент наша психика мгновенно реагирует ужасом, дрожью и паникой, потому что мы не знаем, с чем имеем дело, и не осознаем реальности того, что с нами происходит. Как действовать, приспосабливаться, как себя вести, когда мы очутились наедине со своими страданиями, со своим страхом? В психологических депривациях пустота нашей психики встречается только с бездной нашей души! Или, если менее прозаично, это момент, когда психика сталкивается со своей тишиной в неопределенном простран-



стве, безотносительно, без осознания самой себя! Это страх и боль: наша психика цепенеет перед лицом грядущей, но не основанной ни на чем конкретном катастрофы.

Во время бедствия никто не нуждается в профессиональном юристе. В душевном смысле предпочтительны психолог или священник. Реальная катастрофа вызвала бы у нашего юриста-профессионала те же потребности, разве что, если верить формуле Лютера «*Юристы – злые христиане*», вне игры оказался бы священник! Коллективный и незамедлительный приоритет во время бедствия и после него состоит в том, чтобы спасти жизни и делать это рационально, компетентно и профессионально. Каждый должен действовать в соответствии со своими навыками и мастерством: пожарные, врачи, инженеры и т.д. Профессиональные юристы появляются одновременно с гробовщиками. Слишком поздно!

### Суждение и рациональность

Двусмысленность и эмоции, вызываемые словом «катастрофа», побуждают нас подчеркнуть, что любая «катастрофа» связана прежде всего с притяжательным местоимением: катастрофа, ты *чья*? Таким образом, это слово сопряжено с тем, что отдельные лица полагают или считают «катастрофой» для себя, своего отца, своего соседа, общины и других аналогичных обстоятельств. Это индивидуальные обозначение и суждение, отсылающие к «для меня»! Или «для тебя» или «для них»! Закономерно возникает вопрос: «Что же делать?» Что делать с понесенными «убытками»? Именно тут обычно подключаются юристы, и они знают, что нужно сделать, чтобы восполнить «ущерб». И все же «убытков» в юридическом смысле не существует, и никто не несет ответственности ни в плане оценки ущерба, ни в плане причинно-следственной связи.

Это происходит прежде всего в тех случаях, когда потери не поддаются измерению, количественной оценке и, следовательно, не являются предусмотренными. Действительно, существует разрыв между тем, как человек ощущает потерю, и тем, что правовой порядок готов классифицировать как потерю. С точки зрения профессионального юриста, убытки непременно оцениваются на основе реестра денежной компенсации и в связи с этим необходимы адекватные меры. Это первое разочарование для жертвы бедствия, поскольку цена утраченного не эквивалентна какой-либо денежной мере. Утраченное понимается жертвой по-своему, это результат индивидуального оценивания – эмоционального, экзистенциального, сентиментального, морального, семейного; зачастую это вопрос памяти, связанной с неким местом или домом, местом жизни и биографией, наполненной фотографиями, артефактами, воспоминаниями. И тут мы весьма быстро обнаруживаем, что то, что действительно значимо для столь многих людей, не поддается количественной оценке и измерению, а тесно связано с их жизнью и пребыванием на земле. Жизнь, а тем более воспоминания о жизни, не могут быть возмещены ни экзистенциально, ни психологически.

То же самое часто относится и к ответственности. Вопрос ответственности здесь не имеет значения. Во-первых, потому что каждый человек отвечает за то, что может с ним случиться, и, во-вторых, потому что обычно в «стихийном» бедствии некого винить!

Закон зиждется на индивидуалистической парадигме, которая возлагает на каждого человека исключительную ответственность за все, что может случиться с его жизнью, равно как и его активами. Каждый человек должен быть предусмотрительным, определенным образом оберегать себя, в некоторых случаях путем заклю-

чения соответствующего договора страхования. Это заставляет каждого человека заботиться о себе, быть логичным и рациональным, и, прежде всего, быть осторожным. Кто позаботится о человеке и его интересах лучше, чем он сам? Исключение составляют дети, особенно младшего возраста. Идея ясна: ни при каких обстоятельствах человек не может снять с себя ответственность, возложив ее на кого-либо, будь то отдельное лицо или община.

Конечно, трудно, чрезвычайно трудно застраховать свою собственную ответственность (или же оформить соответствующую страховку, как правило, очень дорогую). Но в случае «природной» катастрофы человек ни в коем случае не чувствует себя «ответственным», а затем вы слышите знакомое выражение: «Мне не в чем себя упрекнуть», «В том, что со мной происходит, я не виноват». Человек здесь чувствует себя жертвой, что заставляет его поверить, что кто-то должен возместить ему ущерб.

Опять же, обвинять кого-то в шторме, наводнении, землетрясении, извержении вулкана, лавине не имеет смысла. Нет вины, если есть только причины! Если системы предупреждения иногда очень эффективны, как в случае с предупреждением о вулканической активности (землетрясении, тектонической деятельности и т.д.), то бесполезны упреки в том, что они не смогли предусмотреть всего!

В законе все это относится к парадигме «форс-мажор» или к теории «Божьего промысла» (языческого божества, идола), то есть случая, богини Фортуны, всего, что неподвластно человеческому контролю. В общем праве (*common law*) выражение *act of God* (или: *акт провидения, форс-мажор, иррациональная сила, непреодолимая сверхчеловеческая сила, высшая сила, vis divina* и дюжина подобных выражений) обычно используется в контрактах для обозначения чрезвычайных обстоятельств, не поддающихся контролю со стороны человека. «Форс-мажор» не влечет за собой ответственности.

Парадигма *форс-мажорных* обстоятельств выражает человеческий опыт: то, что ускользает от воли человека, не предполагает его ответственности, и, следовательно, ускользает от власти закона. Что же касается юридического значения слова *форс-мажор*, то оно, заметим вскользь, более чем проблематично в отношении «бунта», «восстания», «мятежа», «революции» и других аналогичных событий. У участников это мероприятие, как правило, вызывает полное наслаждение; для тех же, кто страдает от него, это действительно бедствие, воплощающееся в разрушениях, огне и пепле, невозможном ущербе.

В катастрофе многое неподвластно человеческой воле: это неудобно сформулированные вопросы (вопрос о «чистой причине», вопрос о несчастье), вопросы, которые не имеют «хорошего ответа» или имеют лишь временные и неудовлетворительные ответы. Подумаем о молодых родителях, которые видят, как их новорожденный ребенок умирает внезапной смертью. Подумаем о влюбленном, который видит женщину своей жизни беременной кем-то другим. Подумаем обо всех тех, кто потерял зрение или слух, и для которых все в миг обесценилось! Подумаем о том, как разваливается на кусочки все пережитое, прочувствованное и ценное. Это всё катастрофы! В итоге, человеческое существование – это лишь паломничество в долине слез, где цепь катастроф разрушает самое дорогое? Разве не учила нас древняя мудрость никогда не обозначать то, что мы любим, дабы этим его не погубить?

Быть ответственным как за свое счастье, так и несчастье, не иметь спасательного круга, страхования жизни – такой была участь человека с первых его шагов на земле! Это называется – неизвестность. Сегодня мы хотим забыть о том, что сти-

хийные бедствия, на протяжении тысячелетий подрывавшие и разрушающие Европу, неоднократно сопровождались голодом, что приводило к ужасающей гибели людей.

### **Жизненные бедствия и право**

Жизнь в обществе, социализированная жизнь также приносит свою долю бедствий. Существует диалектика между бедствием, пережитым в индивидуальном порядке, независимо от его важности, и правовым вопросом ответственности и возмещения. С одной стороны – разбитая мечта, разрушенная жизнь, крах устремлений, с другой – вопрошание к ответственности. Приведем несколько примеров.

Первым на ум приходит бедствие, обрывающее мечту жизни. Представьте себе девочку (мальчика), которая мечтает стать балериной, работать в престижном месте. Она жертвует «всем» ради своей мечты, бесконечно тренируется, никогда не жалуется на жесткую диету, никогда не говорит о лишениях, неиспользованном отдыхе, не состоявшихся путешествиях, отчуждении друзей. Однажды она случайно падает с лестницы почтового отделения и ломает ногу. Мечта оборвалась или воспринимается как оборвавшаяся. Полная и непоправимая катастрофа.

Теперь рассмотрим случай с молодым мужчиной (женщиной), участвующим в марафоне. Так же решительно он или она жертвует «всем», чтобы быть в форме, выступать, подготовиться и победить! Он или она обязуется представлять свою страну на зарубежных спортивных соревнованиях. Он или она мечтает быть олимпийцем на Олимпийские игры, нести флаг своей страны и стоять на пьедестале победителей. Но однажды у дороги трусливый и продажный террорист взрывает бомбу и парализует его! Больше никакой мечты! Больше «ничего»! Ничего, кроме страданий! Катастрофа!

По этим довольно редким случаям вывод одинаковый: юридический вопрос четко сводится к вопросу о том, «кого привлекать к ответственности» и «какое возмещение ущерба» требовать? В первом примере адвокат девушки быстро возьмет невнимательность в кавычки и нацелится на почтовое отделение (или владельца здания). Опасна ли лестница? Плохо приспособлена? Не поддерживается в хорошем состоянии? Не охраняется? И так далее. Он может разыгрывать вопрос о *виновности*, равно как и вопрос подразумеваемого «страхового» соглашения. Во втором примере адвокат молодого человека сделает то же самое, апеллируя как к «частной» (для организаторов марафона, страховых компаний), так и «государственной» (муниципалитет, полиция, государство) ответственности. Эти два примера совпадают: признание «ущерба» и вопрос «кто должен платить?» Тот, у кого есть деньги?

В случае с «чрезвычайными» катастрофами, такими как, например, падение самолета или затопление парома, все сводится к множественным юридическим искам. К транспортной компании, к агентству по сертификации и поверке, к ремонтно-эксплуатационной компании, к аэропорту, к агентству по навигации, к страховой компании, к страховому пулу. Все зависит от амбиций или дерзости юридической фирмы, которая смогла полностью или частично заполучить дело в свои руки. Чем сильнее «чрезвычайность» катастрофы, тем больше денег можно заработать, особенно для упомянутой фирмы, которая сначала получает львиную долю, а затем претендует на свою справедливую долю пирога! «Чрезвычайные» бедствия – это бизнес для профессионалов от права. Для них катастрофы материализуются в виде репараций, компенсаций, выплат, погашений, возмещения ущерба и т.д. Для всех остальных, столкнувшихся с катастрофой, это страдание, слезы и печаль.



Что касается правовой доктрины, то она построена на следующем разделении: «ущерб» и «возмещение ущерба». Лишение того, чем обладаешь, конкретизируется в виде «возмещения ущерба»; то же самое касается «моральной неприкосновенности», «утраты родителя» (в отношении несовершеннолетних детей), потери содержания (в отношении бывшего супруга) и т.д. Как только ценность «утрачивается», право (или *common law*) вступает в действие и предусматривает в рамках публичного порядка возможность «возбуждения дела» (в традиционном смысле) или судебного иска. Там, где имеет место «ущерб», предполагается его возмещение. Возникшая отрицательная величина должна быть погашена, исправлена, сбалансирована путем передачи положительной стоимости, которая уладит вопрос. Это называется «правосудие» из Афин и «право» из Рима.

### Страховые возможности и общество

Как отмечалось вначале, мы ответственны за все, что с нами происходит. До недавнего времени это было общепринятым, но можно представить вещи и по-другому, а именно: человек вовсе не должен «нести ответственность» за себя, свои интересы или свои потери, если он является «жертвой». Остается только представить, что вся ответственность ложится на «общество», что государство онтологически является «страховщиком» и что «все» должны платить как все бедствия, так и за всех жертв.

Вообще-то, такая идея далеко не нова. Она основана на вере в то, что мы принадлежим государству и что государство, в своей признательности и великолепии, берет или должно брать на себя заботу о нас. Идея укрепилась в наше время, когда государство перебрало на себя бывшие функции церкви: теперь именно оно помогает нам родиться, дает нам имя, обучает нас и в итоге (число таких стран растет) снабжает таблеткой, помогающей нам перейти в мир иной. Поэтому весьма уместно полагать, что государство должно платить за бедствия, переживаемые нами.

Мы уже упоминали реакцию Вольтера на смертоносное землетрясение в Лиссабоне 1 ноября 1755 года. Он никого не винил, кроме теистического Бога, особенно, в теодицее Лейбница. Вольтер патетичен в своей «Поэме о гибели Лиссабона» (1756):

*О вы, чей разум лжет: «Все благо в жизни сей»,  
Спешите созерцать ужасные руины,  
Обломки, горький прах, виденья злой кончины,  
Истерзанных детей и женщин без числа,  
Разбитым мрамором сраженные тела.*

Должен быть кто-то ответственный, кто-то, кого можно обвинить, обличить, осудить! Пафос Вольтера не учитывает случайность, природные факторы, геологический разлом, цунами; есть только слепая убежденность, что мир иррационален (равно как и устройство общества) и что теории, которые, по его мнению, отвергают такую очевидность, ответственны за иррациональность всего, что происходит в этом мире. Быстро усвоенный (алогичный) урок состоит в том, что мы должны организовать мир, общество и «индивидуума» рационально-государственным образом! Согласно такой мысли, государство – Левиафан или Чудовище – знает, как все организовать должным образом. Отсюда следует настоятельная необходимость в том, чтобы люди навсегда отдали свои полномочия государству, наделив его властью, необходимой для всеобщего спасения. К этому следует добавить страховой и актуарный аспект такого «спасения».

Сегодня самую помпезную радикальную форму страховой мысли (и сопровождающую ее эпистократическую идеологию) мы находим в книге Рональда Дворкина «Суверенная добродетель» (2007). Он рассматривает общество как актуарную сумму, а индивида – как владельца обычного страхового полиса в этом обществе. Современный индивид, по мнению Р. Дворкина, разгуливает со страховым полисом в кармане и может в любой момент вычислить, смог ли «кто-то получить «больше, чем он». Он также может претендовать на бесплатное получение того, чего другие добились упорным трудом, используя волшебное слово «равенство»! Таким образом, эта обычная форма страхования может рассматриваться в качестве необходимого элемента рыночного общества; это дает владельцу полную свободу пользоваться обществом свободной торговли и, прежде всего, работать над улучшением, насколько это возможно, его собственного положения. Сегодня самая несправедливая и неравная ситуация состоит в том, чтобы быть жертвой. Одновременно это и самая выгодная позиция!

Напомним, что концептуализация общества как актуарной суммы предполагает, по Дворкину, «гарантированное равенство для всех». Это равенство, когда каждый имеет право на равную долю в актуарной сумме, для получения которой он ничего не сделал и которую система, общество щедро ему предоставляют. С другой стороны, мы признаем, что политика ориентирована на рациональное управление обществом. Пока речь идет о соблюдении актуарной логики равенства, Дворкин убежден, что она никогда не будет принесена в жертву человеку. Он также считает, что если эта посылка верна в теории, то она должна действовать и на практике, и закрывает глаза на реальность, переживаемую индивидуумами.

Если принять идею – на первый взгляд абсурдную – о том, что общество создается как актуарная сумма, то любой человек может, согласно Р. Дворкину, претендовать на свою долю во имя равенства: «Почему у него это есть, а у меня нет?». Каждый человек должен произвести свой актуарный расчет, с тем чтобы этот расчет мог быть подтвержден, в случае необходимости, компетентным судебным органом. В актуарном обществе человек несет ответственность только в том случае, если он желает сверх своей доли, а не меньше.

Есть только одна проблема, с которой сталкивается Гулливер после путешествия в страховую страну: Дворкин считает, что не может быть конфликта между понятиями «свобода» и «равенство», или даже что нет реальных социальных конфликтов, ибо сама уникальность этого «гипотетического рынка» исключает конфликт в пользу «понимания». Таким образом, общество, понимаемое как «актуарная сумма», является, по мнению Дворкина, «упорядоченным» обществом с «совершенной политикой», которую необходимо принять и соблюдать. Наконец, достаточно верить, что компетентная служба однажды позаботится о нашем деле!

Идея о том, что общество онтологически сродни актуарной сумме, согласуется с тезисом о «конце ответственности». Эта идея вовсе не нуждается в такой сложной концепции, как «правовая» концепция ответственности. Зачем искать виновного в катастрофе, если так легко найти жертву? Отсюда простое решение: мы заменяем индивидуальную «ответственность» бесплатным страхованием для всех. Почему государство не может быть нашим страховщиком от несчастий и катастроф в этом мире?

Первый аргумент состоит в том, что заключение частного договора страхования, покрывающего «Божий промысел», обходится слишком дорого! Есть компании, которые специализируются на таких контрактах, и некоторые даже заключают их по требованию, но это дорого, очень дорого. Это тяжкое и дорогостоящее бремя. В

итоге почти никто не заключает такие договоры, что побуждает государство, представляющее «общество», занять место частных компаний и оплатить наши убытки в качестве группового страховщика.

Второй аргумент заключается в том, чтобы подчеркнуть: будет справедливо выплатить компенсацию жертвам и возместить ущерб, который они понесли в результате бедствия. Это прежде всего вопрос народного правосудия, глубокого сострадания к несчастьям, обрушившимся на других. Мы сочувствуем и реагируем на эмоции. Что же касается политиков, обеспокоенных своей славой, своей «популярностью» и, прежде всего, переизбранием, то они лишь гордятся перераспределением денег, которые им не принадлежат! Это благотворительность, но она работает! С учетом этого существенного недостатка мы никогда не можем быть уверены в действительности того полиса, который мы имеем, и в том, что государство будет его учитывать. Возможно, это и не так! Не так катастрофически! Или не так сенсационно!

Такое рассеивание личности, однако, свидетельствует о подчинении в духе Этьена де ла Боэси: мы его хотим, мы его желаем, мы его требуем! Как только мы отказываемся от наших собственных мер по ликвидации последствий стихийных бедствий, превосходящих нас по масштабам и необходимости принятия исключительных мер по введению нового «перераспределения», мы теряем контроль во второй раз! Конечно, актуарное общество может быть мягче, если есть деньги, но станет жестче и суровее в отсутствие денег! Многие люди не понимают, что после катастрофы может быть еще хуже!

### **Стихийные бедствия и человеческая рациональность**

Безразличие, отчужденность и невозмутимость юристов-профессионалов по отношению к бедствиям вполне обоснованы и понятны. Дело не в их желании заработать на бедствиях, обрушившихся на головы бедных людей, а скорее в том, что паника и сумятица пагубны и что иррациональность только усугубит ситуацию. Мы заинтересованы в разумном подходе к бедствиям, и закон – один из способов достижения результата. Кто-то всегда должен сохранять хладнокровие!

За примером обратимся к шотландскому философу Дэвиду Юму. Он справедливо напоминает нам, что:

*«Нет противоречия здравому смыслу в том, чтобы предпочесть уничтожение всего мира царапине на моем пальце. (...) Так же мало противоречия в том, чтобы предпочесть наименьшее благо наибольшему» (Юм, 1739).*

Быстрое и довольно примитивное понимание такого утверждения предполагает, что разум не властен над нашими страстями, особенно над эгоизмом, эгоцентризмом, нарциссизмом, и что мы должны найти способ ограничить страсти, эмоции и желания разумом. На этом фоне возникает идея, что, если страсть не заперта в клетке, она нас может привести прямо к хаосу. Это «Кант против Юма»: мы верим Канту в том, что разум должен в обязательном порядке обуздать страсти, эмоции и чувства. Усиление разума возможно, по Канту, только если он станет «чистым» – чистым практическим разумом, чистым теоретическим разумом, чистым разумом эстетического суждения! Благодаря этому чистый разум пробуждается на марсовом поле, в борьбе и увенчивается необходимой победой над врагом, Адамовым проклятием и нашими адамическими наклонностями. Это борьба, в которой «чистота разума» не может иметь изъянов, не может идти на уступки, даже малейшая уступка должна быть решительно отвергнута, потому что победитель может быть только один.

Мы категорически не согласны с таким толкованием Юма, хотя оно стало доминирующим в области философии права. В девятнадцатом и двадцатом веках приложены гигантские усилия, чтобы обосновать «чистое право», избавить правовую область от мерзости и унижения, предположительно присущих людям, вооружённым единственной обычной причиной и, что еще хуже, человеческим благоразумием и предусмотрительностью. Это вытекает из скандинавского реализма Алекса Хогерстрёма, желавшего очистить право от примесей мифологии и суеверия, а также из теории чистого права Ганса Кельзена, призванной снизить роль практики и правосудную функцию судебного решения.

Несмотря на прославленные имена, *sed contra*<sup>2</sup>, такая интерпретационная традиция ошибочна. Она побуждает нас, в лучшем случае, догматизировать разум там, где, по мнению Юма, разум должен быть гуманизирован и понят из человеческой природы. Для бытия в мире разум нуждается в индивидуальности, человеческой природе. Вне индивидуума нет никакого разума. А там, где есть индивидуумы, есть также страсти, эмоции, любовь и, конечно, ненависть, непристойности – в итоге, все, что делает индивида человеком. Разум не может доминировать в теории, которая отрицала бы индивидуума – она ничего бы не объяснила или, что еще хуже, была бы заменена теорией, описывающей живую реальность индивидуумов во плоти и крови. Такое наше человеческое качество, как воля, нельзя считать исключительным инструментом разума. Поскольку разум никоим образом нас не мотивирует, он также не в состоянии в одиночку влиять на наш выбор. Вовсе не стоит верить, вопреки голосу разума, в то, что позиция или суждение относительно «добра» или «зла», справедливого или несправедливого, непременно зиждется на здравом смысле, ибо, когда «разум» подменяет индивида (или свергает, покоряет его, как считали Спиноза, Кант, Фихте, Гегель и др.), мораль, рассматриваемая во внешнем ее проявлении, рискует потерять весь свой смысл. А когда свой смысл теряет разум, человек теряет компас.

Со всей очевидностью подчеркнем, что цитата из Юма не утверждает превосходство эмоций над разумом, она утверждает, что они вместе должны быть отнесены к империи «человеческой природы»! Суждения индивида о себе, а также об эмоциях и разуме должны соответствовать человеческой природе, тому, что делает нас индивидами, имеющими природу с соответствующими ресурсами (эмоциями, разумом, эмпатией, логикой и пр.), способными управлять всем этим – судить, принимать решение, отбирать, делать выбор и так далее. Одна из загадок философии Юма в том, что она не дает нам анализа этой человеческой природы, она упоминает об этом, не более того. Понятие человеческой природы соотносится с тем, чем является индивид на каждом этапе его нравственного и экзистенциального развития. Отсюда любое философствование по этому поводу, особенно современная тенденция к концептуализации, малозначимы перед лицом человеческого бытия. Если понимание человеческой природы современным философом рискует уподобиться платоновскому двуногому без перьев, то юмовский человек ходит по улице, он думает и живет, действует и видит!

Однако Юм утверждает, что глубочайшей мотивацией всех наших действий является желание достичь удовольствия и удовлетворения, а также желание избежать боли или дискомфорта. Без этой мотивации мы можем утратить интерес к этому миру, никакая предпосылка не была бы предпочтительной, и даже лучшее знание

<sup>2</sup>*sed contra* – с другой стороны (лат.)



жизни и бытия не заставило бы нас пошевелить пальцем. К счастью, мы достаточно любим себя, чтобы не хотеть уничтожить мир, иначе мы могли бы уничтожить нашу планету и человечество давным-давно.

Прежде всего, мы так или иначе ничего не делаем, если нет воли. Без воли индивид просто не действует. Мы наблюдаем это ежедневно. А чтобы мобилизовать волю, человек должен быть мотивирован. Ему чаще всего нужны разнообразные «мотивы», одного мотива часто бывает недостаточно (за исключением романтических отношений!). Удобное нас мотивирует лучше, чем неудобное, радостное – лучше, чем недовольство; то, что служит нашим конкретным интересам, мотивирует нас лучше, чем идеалистические абстракции.

Понимание наших стихийных бедствий, экологических катастроф в духе страха и упования на будущее ни к чему нас не обязывает, не мотивирует, в итоге ведет к бездействию. Призывы к покорности и повиновению – не более чем пустые слова. Манипуляция сознанием и, прежде всего, лживая приманка! Об этом гностическая концепция природы немецкого философа Ганса Йонаса и его книга «Принцип ответственности» (1979). Мы узнаем, что экологическое мышление должно наводить страх, запугивать, а нам надлежит использовать слова, выражающие страх и ужас, чтобы нарисовать картину надвигающейся катастрофы, которая скоро нас всех поглотит. Создается впечатление, что нужно действовать быстро во избежание экологического кризиса, всеобщего спасения и получения доступа к гностическому раю. Но прежде всего мы должны знать, что наше существование уже является катастрофой, катастрофой, которая может только усугубиться, и поэтому нам навязывается идея, что ни разум, ни наука не могут нам помочь. Ганс Йонас слепо следует своему учителю Мартину Хайдеггеру и вере, что наука и рациональность, слишком замаранные технологией, не принесут нам никакой пользы. Света и разума следует избегать.

Однако недостаточно верить и бояться, ужасаться перед надвигающейся катастрофой! Это ни к чему нас не побуждает. Это замораживает дух. Это замораживает стремление к науке и здравому смыслу. Это превращает в катастрофу сам наш дух. Лучше развивать науку и здравый смысл, чтобы противостоять жизненным вызовам на земле. Только наука и разум помогут нам в этом.

### **Panta rhei**

«Все течет», «все преходяще», все меняется и становится чем-то другим! Бедствия приходят и уходят. Сегодняшняя катастрофа – это завтрашняя катастрофа! Вчерашняя катастрофа – это сегодняшняя катастрофа! Все тонет, рушится и в конце концов разрушится! Нет необходимости противостоять надвигающейся на нас гибели, ничто не стабильно и не должно быть таковым! На скале можно возвести веру, но не наше существование и жизнь. Построивший дом на песке должен знать, что дом рухнет!

В итоге, все, что у нас есть, это наша человечность, наша знаменитая «человеческая природа» и то, на что мы способны вместе с ней и благодаря ей. Она не нашептывает нам ни о какой цели, не говоря уже о судьбе, она сообщает нам, что, по сути, все зависит от нас, от нашей способности использовать, мобилизовать наш разум! У нас больше ничего нет! Человеческая природа постоянно нам нашептывает, что катастрофа сродни несчастью и что она всегда неожиданная.

**Выводы.** Автор настаивает на принятии народной точки зрения относительно «теории катастроф». Мы должны представлять «катастрофу» и анализировать ее последствия в сугубо практическом человеческом контексте.

**Б. Мелкевик, құқық докторы, профессор, Париж-2 университеті, Лаваль университеті (Квебек, Канада): Апатыңызға рахмет: заң және рационалдық.**

Мақалада этика, экологиялық этика және экологиялық құқықта жиі қолданылатын «апаттар» парадигмасы зерттелді. Бұл салаларда «апаттар» парадигмасы, әдетте, «төтенше» және «ерекше» саяси әрекеттерді заңдастыру үшін қолданылады. Автор бұл тәсілдің орындылығын сыни тұрғыдан бағалайды. Мақалада оның маңыздылығы мен апаттың өзін және оның ауқымын түсінудегі адамның рөлін көрсету үшін «адам табиғатына» баса назар аударылады. Автор заңгер үшін практикалық перспективаны және апаттың әртүрлі аспектілерін зерттеу үшін сот дайындығының практикалық рационалдығын дәйекті түрде қарастырады.

Ең алдымен, адамның ақыл-ойына, психикасына, содан кейін ақылға қонымды түсінікке, содан кейін апаттың қалай өтетініне және, сайып келгенде, адамның рационалдығына байланысты қарастырады. Автор кез-келген апатқа антропологиялық

*Түйін сөздер: апаттар теориясы, экология және экологизм, этика және экологиялық этика, адамның мінез-құлқы, психология және құқық, құқық философиясы, құқықтық теория, философия, Ганс Йонас (1903-1993).*

**B. Melkevick, Doctor Juris Habil, University of Paris 2, Professor (tenure), Law Faculty, Laval University (Quebec, Canada): Thank you for your disaster: law and rationality.**

The article explores the «catastrophe» (disaster) paradigm increasingly used in ethics, in environmental ethics, as well as in environmental law. The «catastrophe» paradigm is frequently used in these areas to legitimize «emergency» and «exceptional» political actions. The author takes a critical look at the relevance of this point of view. He put emphasis on «human nature» to demonstrate the importance and the role that the individual plays in understanding what a catastrophe is and can be. He introduces the practical perspective of a lawyer and the practical rationality of judicial training, to examine the different aspects of a catastrophe. First as to the human mind, *psyche*, then as to rational understanding, after as to how experiencing a disaster, and finally in terms of human rationality. The author concludes that any catastrophe, human or natural, must be approached within the limits of rationality.

*Keywords: catastrophe theory; ecology and ecologism; ethics; environmental ethics; human behaviour; psychology and law; philosophy of law; legal theory; philosophy; Hans Jonas (1903-1993).*

**Список литературы:**

1. Мелкевик Б. Право. Філософія. Сучасність / Переклад С. Максимова, Н. Сатохіної, О. Уварової та ін.; Під наук. ред. С. Максимова, О. Уварової. Харків: Право, 2017.
2. Cyrulnik B. Smart City: le Catastrophisme, penser le pire et agir pour le meilleur. Nice: Ovadia, 2020.
3. Dworkin R.M. Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
4. Hume D. A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects. London: John Noon, 1739.
5. Jonas H. The Imperative of Responsibility – In Search of an Ethics for the Technological Age. Chicago: Chicago University Press, 1984 (Translated from German: Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1979).

6. Melkevik B. Philosophie du droit [Philosophy of Law]. Volume 1 (2010), volume 2 (2014). Québec: Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010.

### References (transliterated):

1. Melkevik B. Pravo. Filosofiya. Suchasnist' / Pereklad S. Maksimova, N. Satohinoi, O. Uvarovoi ta in.; Pid nauk. red. S. Maksimova, O. Uvarovoi. Harkiv: Pravo, 2017.

2. Cyrulnik B. Smart City: le Catastrophisme, penser le pire et agir pour le meilleur. Nice: Ovadia, 2020.

3. Dworkin R.M. Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

4. Hume D. A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects. London: John Noon, 1739.

5. Jonas H. The Imperative of Responsibility – In Search of an Ethics for the Technological Age. Chicago: Chicago University Press, 1984 (Translated from German: Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1979).

6. Melkevik B. Philosophie du droit [Philosophy of Law]. Volume 1 (2010), volume 2 (2014). Québec: Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010.

Для цитирования и библиографии: Мелкевик Б. Спасибо за вашу катастрофу: закон и рациональность // Право и государство. 2022. № 4(97). – С. 6-18. DOI: 10.51634/2307-5201\_2022\_4\_6

Материал поступил в редакцию 29.11.2022.



### НОВЫЕ КНИГИ

**Современное китайское государство** / гл. ред. А.В. Виноградов; Ин-т Дальнего Востока РАН. М.: РАН, 2022. ISBN 978-5-907366-55-8

**Т. 1: Основные институты государственной власти и управления** / редколл. А.В. Виноградов (гл. ред.) и др.; Ин-т Дальнего Востока РАН, Ин-т востоковедения РАН. М.: РАН, 2022. – 903 с. ISBN 978-5-907366-57-2 (в пер.); DOI: 10.48647/IFES/2022.22.76.029

В монографии рассматриваются основные институты государственной власти и управления в современном Китае – история, структура, полномочия и функции органов законодательной, исполнительной, судебной и недавно сформированной контрольной власти, их связи и взаимодействие; проанализированы система государственной службы, подбора и аттестации государственных чиновников, деятельность органов местного самоуправления и органов власти в национальных автономиях различного уровня, органов образования и культуры, управления религиозными общинами и спортом, эволюция административно-территориального деления и развитие демографической ситуации в КНР.

Книга предназначена для китаеведов, востоковедов, студентов, изучающих современный Китай и политические системы зарубежных государств, специалистов по сравнительной политологии и праву. Монография знакомит с опытом государственного строительства в Китае периода реформ и может представлять интерес для работников государственных органов.

## О ПРИРОДЕ ОБЯЗАННОСТИ СОБЛЮДЕНИЯ ЗАКОНА: АРГУМЕНТЫ ЭКСКЛЮЗИВНОГО ПРАВОВОГО ПОЗИТИВИЗМА ДЖОЗЕФА РАЗА<sup>1</sup>



**А.Б. ДИДИКИН,**  
д.ф.н., к.ю.н., Associate Professor  
Высшей школы права  
Университета КАЗГЮУ  
имени М.С. Нарикбаева  
(г. Астана, Казахстан),  
член Аристотелевского  
общества (Великобритания),  
член Канадской философской  
ассоциации,  
email: a\_didikin@kazguu.kz

*Актуальность* темы настоящей статьи обусловлена недостаточной изученностью проблематики эксклюзивного правового позитивизма в современной юриспруденции и философии права. Разделение теории юридического позитивизма на эксклюзивный и инклюзивный на протяжении второй половины XX столетия является заметной тенденцией и основой переосмысления классических представлений о позитивном праве и перспективах его оценки с позиции морально-этических концепций. Рассматриваемая в статье проблема обоснования природы обязанности соблюдения закона американского теоретика права Джозефа Раза позволяет новаторски проанализировать структуру нормативных суждений и аргументов в отношении интерпретации базовых юридических понятий. *Предмет исследования* заключается в анализе способов употребления моральной аргументации и ее границ при обосновании обязанности законопослушного поведения субъектов права. *Цель работы* состоит в теоретическом рассмотрении характера обоснования Джозефом Разом и его оппонентами природы обязанности соблюдения закона. *Новизна темы* обусловлена отсутствием в учебной и научной литературе исследований о специфике аргументации эксклюзивного правового позитивизма, изначально изложенной

в научных трудах Джозефа Раза, необходимостью переосмысления традиционных представлений о теории правового позитивизма. В качестве *методов исследования* применялись методы, характерные для аналитической юриспруденции, в том числе связанные с применением методов логического и лингвистического анализа, а также специальные юридические методы (формально-юридический метод толкования нормативных предписаний). *Основные выводы* статьи заключаются в раскрытии ключевых аргументов концепции эксклюзивного правового позитивизма Джозефа Раза, применительно к проблеме обоснования обязанности соблюдения закона. Обосновано, что с точки зрения данной концепции право играет важную роль в обеспечении социальной кооперации между людьми, в том числе путем формирования эффективных правовых институтов, но при этом моральные основания в конечном счете не являются источником возникновения правовых обязанностей.

© А.Б. Дидикин, 2022

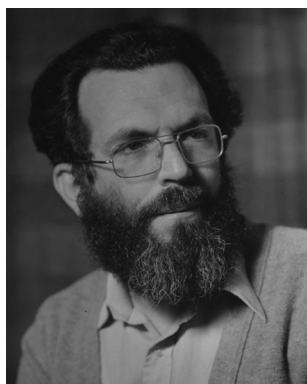
<sup>1</sup>Статья подготовлена в рамках реализации фундаментального научного проекта «Readability of Law» в Высшей школе права Университета КАЗГЮУ имени М.С. Нарикбаева.



Именно поэтому для совершенствования правоприменительной практики следует совершенствовать нормативные правовые предписания, а не их интерпретацию с позиции этических моделей поведения.

*Ключевые слова: правовой позитивизм; нормативные предписания; обязанность соблюдения закона; мораль; моральные обязательства; социальная практика; Дж. Раз.*

### Введение



Джозеф Раз

Научное наследие американского теоретика права Джозефа Раза оказывает большое влияние на развитие теоретической юриспруденции и философии права, стимулируя новые дискуссии о природе источников права, происхождения правовых обязательств, функционирования институтов правовой системы.

Джозеф Раз (1939-2022) – американский философ права израильского происхождения, ведущий представитель современного правового позитивизма. В 1963 г. окончил Еврейский университет в Иерусалиме с получением степени магистра права. В 1967 г. в Оксфордском университете под руководством всемирно известного британского правоведа Герберта Харта защитил диссертацию с получением степени доктора философии. Текст диссертации

стал основой для его первой книги «Понятие правовой системы», изданной в 1970 г. В 1985-2006 гг. Дж. Раз работал профессором философии права в Оксфордском университете и Королевском колледже Лондона, а также в период с 2002 по 2019 гг. профессором Школы права Колумбийского университета. С 1972 г. на протяжении многих лет преподавал философию права в Оксфордском университете, входил в состав редколлегии известных зарубежных журналов в области юриспруденции – *Law and Philosophy*; *Current Legal Theory*; *Ratio Juris*; *American Journal of Jurisprudence*; *Legal Theory*; *International Journal of Constitutional Law* и др.

Дж. Раз в своих научных трудах исследовал вопросы, связанные с источниками права, обоснованием тезиса о разделении права и морали, нормативности права: «Практический разум и нормы» (1975), «Авторитет права» (1979), «Мораль свободы» (1986), «Практика ценностей» (2003), «Между авторитетом и интерпретацией» (2009), «От нормативности к ответственности» (2011), «Пути нормативности» (2022).<sup>2</sup> На русском языке в переводах есть лишь небольшое количество научных трудов Дж. Раза: книга «Авторитет права. Эссе о праве и морали», а также переводы статей, опубликованных в «Российском ежегоднике теории права».<sup>3</sup>

<sup>2</sup>См.: Raz J. *The Concept of a Legal System*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1980; Raz J. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979; Raz J. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999; Raz J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986; Raz J. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

<sup>3</sup>См.: Раз Дж. Мысля с помощью правил // Российский ежегодник теории права. №1. СПб, 2009. – С. 457-473; Раз Дж. Возможна ли теория права? // Российский ежегодник теории права. № 2. СПб, 2009. – С. 158-185; Раз Дж. Авторитет права. Эссе о праве и морали. М.: Издательство Института Гайдара, 2021.

Джозеф Раз по своим идейным взглядам является всемирно известным ученым, работавшим в области теории юридического позитивизма. Существует достаточно богатая традиция формирования и развития позитивистского правопонимания, начиная с XIX в., в европейских странах, связанной с именами И. Бентама, Дж. Остина, Дж. Сэлмонда, а впоследствии получившей свое продолжение в научных трудах Г. Харта, существенно обновившего идейную и методологическую основу правового позитивизма. Между тем природа аргументации в правовом позитивизме до сих пор вызывает большую полемику в русскоязычной юриспруденции, в значительной степени не опирающейся на первоисточники.<sup>4</sup> Работа над переводом и публикацией первоисточников, составляющих историографию правового позитивизма, активно ведется в последние годы, но в целом пока не привела к изменению сложившихся представлений о природе правового позитивизма.

Тем не менее, именно в научных трудах Дж. Раза эта проблематика была глубоко изучена, поскольку он выделяет три ключевых тезиса, раскрывающих сущность позитивистской аргументации: социальный тезис, моральный тезис и семантический тезис.<sup>5</sup> Суть социального тезиса сводится к тому, что определение права зависит от социальных фактов, а это значит, что закон устанавливается и утверждается в качестве юридически значимого регулятора деятельностью людей, при этом закон необязательно имеет моральную сущность.<sup>6</sup> По этому поводу известный критик правового позитивизма Р. Алекси замечает следующее: «Юридический позитивизм предполагает, что понятию права должно быть дано определение, не включающее в себя моральных элементов. Разделительный тезис предполагает отсутствие терминологически необходимой связи между правом и моралью, между тем, что право предписывает, и тем, что требует справедливость, или, иными словами, между правом как оно есть и тем, каким оно должно быть...Юридический позитивизм пред-

---

<sup>4</sup>Так, например, Э.Д. Хафизов в своей статье выделяет три основных вида правового позитивизма: этатистский (легизм), психологический и социологический. В этатистский позитивизм он в свою очередь включает в себя позитивизм И. Бентама, Дж. Остина, Дж. Ст. Милля, аналитическую юриспруденцию Г. Харта, «законнический» позитивизм и «чистую теорию» Г. Кельзена. См. подробнее: Хафизов Э.Д. К вопросу о генезисе правового позитивизма // Правовое государство: теория и практика. 2010. № 4 (22). С. 27. Очевидно, что при внимательном прочтении первоисточников такая классификация совершенно неверна и не соответствует реальным тенденциям генезиса правового позитивизма, в чем можно убедиться при прочтении трудов Дж. Раза, П. Хакера, Н. Маккормика, а в части истории правового позитивизма – трудов Дж. Постемы. См. подробнее об альтернативных позициях: Postema G. J. Bentham and the Common Law Tradition. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2019; Колосов И.В. История правового консеквенциализма. Результативность права. Монография. М., Юрлитинформ, 2023; Михайлов А.М., Корженяк А.М. Ранний юридический позитивизм в Англии, Германии и России (вторая половина XIX – начало XX в.). Очерки. Монография. М.: Юрлитинформ, 2021; Трикоз Е.Н., Швец А.А. Кодификация и системность права в проблематике раннего английского юспозитивизма // Общество и право. 2022. № 1 (79). – С. 126-132; Дидикин А.Б. Логика «чистого познания» и нормативизм (от Г. Когена к Г. Кельзену) // Научные труды Российской академии юридических наук. М.: ИГ Юрист, 2022. – С. 27-31; Дидикин А.Б. Правовой позитивизм и эмпирические основания юриспруденции: концепции Дж. Остина и Г. Харта // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2015. Т. 11. № 3. – С. 16-22.

<sup>5</sup>Раз Дж. Авторитет права. С. 78.

<sup>6</sup>Там же. С. 79.

полагает, что то, что есть право, зависит исключительно от того, что соответствующим образом установлено и/или является действенным. При этом правильность содержания не играет роли».<sup>7</sup>

В то же время разделительный тезис, часто именуемый моральным тезисом, предполагает отсутствие логической или необходимой связи между правом и моралью как регуляторами социального поведения. Как отмечает Е.В. Булыгин, юридический позитивизм исходит из двух тезисов – тезиса социальных источников права, согласно которому право является человеческим творением, имеющим свой исток в социальных фактах, и разделительного тезиса о том, что не существует необходимой (то есть понятийной или логической) связи между правом и моралью.<sup>8</sup>

С точки зрения семантического тезиса Дж. Раз отмечает, что «единственный семантический тезис, который можно назвать общим для большинства позитивистских теорий, – отрицательный, а именно: такие термины, как «права» и «обязанности», нельзя использовать в одинаковом значении в юридическом и моральном контекстах».<sup>9</sup> Тем самым концептуально все три указанных тезиса образуют контуры теории позитивного права, когда-то заложенной в правовом учении Дж. Остина. Так, Дж. Остин отмечал, что «положительное право (или право, называемое так простым и строгим образом) часто смешивают с объектами, с которыми оно находится в отношениях *сходства*, и с объектами, с которыми оно соотносится путем *аналогии*: с объектами, которые также обозначены, *надлежащим и ненадлежащим образом*, с помощью широкого и расплывчатого выражения «право» [«law»].<sup>10</sup> Однако в своих рассуждениях Дж. Раз движется значительно глубже, утверждая, что моральные ценности не требуется включать именно для объяснения *действенности* закона. В этих целях он раскрывает так называемый «сильный социальный тезис» следующими аргументами:

- теория права является приемлемой лишь в том случае, если ее критерии для определения содержания права и его существования обусловлены исключительно фактами человеческого поведения, которое можно описать ценностно-нейтральным языком, и применять, не обращаясь к моральному аргументу;
- любая полноценная теория права включает критерии идентификации содержания и определения существования права;
- социальный тезис предполагает существование достаточно большого набора ценностно-нейтральных понятий, что, однако, не означает, будто из данного критерия не вытекают никакие ценностные или деонтические моральные суждения;
- социальный тезис не требует игнорировать намерения, мотивации и моральные взгляды людей;
- ценностная нейтральность не связана напрямую с идеями бихевиоризма.<sup>11</sup>

<sup>7</sup>Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). Пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М., Берлин: Инфотропик Медиа, 2011. С. 3-4.

<sup>8</sup>См.: Булыгин Е.В. К проблеме объективности права // Проблемы філософії права. 2005. Том III. № 1-2. С. 7.

<sup>9</sup>Раз Дж. Авторитет права. С. 78.

<sup>10</sup>Остин Дж. Определение области юриспруденции. Курс лекций по юриспруденции «Философия позитивного права». Ч. 1. СПб: Алетейя, 2022. С. 83.

<sup>11</sup>Раз Дж. Авторитет права. С. 81-83.

Отсюда следует, что сам по себе социальный тезис подчеркивает природу права как социального явления в контексте деятельности социальных институтов, что заметно отличает идейную позицию Дж. Раза от идей ранних позитивистов XIX в. и теории права Г. Харта. Кроме того, социальный тезис позволяет рассматривать в отдельности правовые явления и оценочные суждения о праве (реальное право от права, данного нам в мышлении). Собственно, двигаясь в сторону логически корректного обоснования своих взглядов, Дж. Раз формулирует ряд критериев существования правовой системы в конкретном обществе:

1. *Действенность*.<sup>12</sup> Для того, чтобы право было действующим («law in force»), необходимо, чтобы правовую систему понимали и усваивали группы населения, образующие сообщества. Данный критерий по своей сути является наименее противоречивым, но при этом не разграничивает правовые и неправовые социальные системы, а потому не раскрывает и право как социальный институт. Так, определенные моральные нормы могут быть крепко усвоены и поняты определенной совокупностью индивидов, что автоматически, само по себе, не придает им статус правовых норм.

2. *Институциональный характер*.<sup>13</sup> Дж. Раз указывает, что согласно данному критерию право имеет свои границы, то есть правовые системы содержат лишь те стандарты, которые тем или иным образом связаны с работой судебных институтов. Также он упоминает о том, что нормативная система является правовой, только если она претендует на право признавать законными или объявлять вне закона все прочие социальные институты.

Здесь Дж. Раз поддерживает взгляды представителей институциональной теории права, разработанной Н. МакКормиком и О. Вайнбергером. В основе институциональной теории права лежит понятие институционального факта. Институциональные факты предполагают существование человеческих институтов, то есть конститутивных правил. Истинность суждений об институциональных фактах, таким образом, зависит от применения к ним правил.<sup>14</sup> Нормативный порядок с необходимостью предполагает оценку человеческих действий на предмет соответствия или несоответствия предписаниям правовых норм. Эта оценка может быть внутренней или внешней. Она институционализируется, когда устанавливает правило для разрешения споров, определяющее судьбу и правило окончательного решения. Тем самым правопорядок – институциональный порядок, поддерживаемый силой принуждения.<sup>15</sup> Необходимо отметить, что принудительность права здесь понимается как связь с институтом, способным осуществлять эффективное принуждение. То есть, согласно этой концепции, поведение людей, живущих в среде социальных институтов, оценивается сторонним судьей, который может влиять на деятельность социальных институтов, принятых определенной группой населения.

Отсюда следует, что для разграничения правовых и неправовых социальных институтов необходимо зафиксировать лишь официально-властное признание фактических социальных институтов. А это значит, что с помощью институционального подхода мы не можем разграничить правовые публично-властные институты от

<sup>12</sup>Там же. С. 86.

<sup>13</sup>Там же. С. 87.

<sup>14</sup>McCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company. 1986. P. 51.

<sup>15</sup>Ibid. P. 160



неправовых, а сам по себе акцент Дж. Раза на судебных институтах подчеркивает характерные черты семьи общего права и не в полной мере соотносится с континентальной моделью, где в формировании права участвуют не только судебные институты, но и конкретные правовые нормы, источником которых не являются судебные решения.

3. *Источники права.*<sup>16</sup> Критерий источников права Дж. Раз раскрывает через ранее представленные аргументы социального тезиса, то есть вопрос регулируется правом, если источники, имеющие обязательную юридическую силу, предусматривают его решение.<sup>17</sup> Источники – это те факты, в силу которых закон является действительным с определенным содержанием. В понимании Дж. Раза понятие «источник права» более широкое, нежели характеристика только официальных источников или акта законодательной власти (например, нормы, формируемые актом парламента или несколькими судебными прецедентами). Это может быть и «источник толкования», то есть все возможные материалы, относящиеся к толкованию правовой нормы.

Критерий «источников права» позволяет определить главную функцию права: обеспечивать публично установленные стандарты, которые члены общества обязаны соблюдать и не могут считать необязательными, ссылаясь на необоснованность самого стандарта.<sup>18</sup> В качестве примера Дж. Раз приводит работу судьи при разрешении им дела. На практике возникают ситуации, когда источники права, имеющие обязательную юридическую силу, не предусматривают решения проблемы, то есть данная проблема не регулируется правом. В таком случае судья в пределах своей компетенции разрабатывает и формулирует новую норму права, так или иначе используя моральные, социальные и прочие неюридические аргументы.<sup>19</sup> Вместе с тем новая норма права порождается и становится действующей не благодаря морали как таковой (хотя моральный аспект при разрешении дел, безусловно, учитывается при вынесении судебного решения), а благодаря юридической компетенции судьи, выраженной в аргументации своей позиции на основе имеющегося опыта и знаний в правовой сфере. Только судья решает, применить ли ему уже имеющуюся норму (даже путем аналогии) или же создать новую.

Таким образом, исходя из рассуждений Дж. Раза, можно сделать вывод, что все право основано на источниках, то есть его существование и содержание можно определить, ссылаясь только на социальные факты.

В дальнейшем не без участия Дж. Раза в теории права произошло разделение современного правового позитивизма на две ветви – *экссклюзивный* и *инклюзивный правовой позитивизм*, окончательно оформившееся в 70-е гг. XX в. с появлением ключевых трудов Дж. Раза, лишь на первый взгляд может показаться условным. Дело в том, что из первоначальных аргументов Г. Харта, когда-то изложенных в фундаментальном труде «Понятие права»,<sup>20</sup> следовало, что в структуре правовой системы существуют лишь два уровня правовых норм (первичные и вторичные пра-

<sup>16</sup>См.: Раз Дж. Авторитет права. С. 91.

<sup>17</sup>Там же. С. 97.

<sup>18</sup>Там же. С. 101.

<sup>19</sup>Там же. С. 97-98.

<sup>20</sup>См.: Харт Г.Л.А. Понятие права. Пер. с англ. С.В. Моисеева, Е.В. Афонасина, А.Б. Дидикина. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2007.

вила), позволяющие судам разрешать любые казусы и споры исключительно внутри самой системы правил. Таким образом, в правовой системе не могло быть определено место *правовых принципов*, которые по своей природе отличаются от правовых норм и правил, так как содержат оценочные критерии и чаще всего могут выражать закрепленные в позитивном праве *правовые ценности*. Последующие оговорки Г. Харта в полемике с Р. Дворкиным о том, что правовые принципы можно без особых трудностей «включить» в правовую систему наряду с правовыми нормами, не снимали вопрос о том, можно ли в содержании правовых принципов обнаружить моральные основания права или необходимость учета моральных аргументов при принятии судебных решений.<sup>21</sup>

Сторонники *эксклюзивного правового позитивизма* (Дж. Раз, А. Мarmor и С. Шапиро) полагали, что право не может включать в себя принципы помимо правовых норм, а если закон вдруг и отсылает к принципам, то судья фактически выступает в роли законодателя, который должен с помощью толкования данных принципов урегулировать возникший правовой спор.<sup>22</sup> В *эксклюзивном правовом позитивизме* не остается места для превращения моральных принципов в правовые, поскольку природа права проистекает из социальных фактов и особых видов источников права. Право и мораль являются разными регуляторами поведения людей, а потому исключена возможность даже частичного совпадения их границ. *Инклюзивный правовой позитивизм* (М. Крамер, Дж. Коулман, У. Валучов и К. Химма) возникает как теоретическая позиция, допускающая *концептуальную возможность* использования моральных критериев для определения действия и содержания права.<sup>23</sup> Такая возможность вполне реализуема на практике, если судьи или органы публичной власти прибегают к моральной аргументации при принятии правовых решений.

### Основные положения

В качестве примера различий позитивистской аргументации можно привести обсуждение Джозефом Разом вопроса о природе обязанности подчинения закону. Является ли эта обязанность исключительно правовой, или у нее имеются моральные основания? Существует ли вообще обоснование в пользу такой обязанности?

«Обязанность подчиняться закону создает причину делать то, что требует закон. Но обратное неверно»,<sup>24</sup> – так начинает свое рассуждение Джозеф Раз. Существует множество оснований соблюдать закон, которые никак не связаны с правом и которые не имеют ничего общего с обязанностью подчиняться ему. Однако сама по себе обязанность предполагает, что «причина делать то, что требует закон, кроется в самом факте, что он этого требует».<sup>25</sup> Более того, данная обязанность является общей, применимой ко всем субъектам права и ко всем законам во всех случаях, на которые они распространяются.

<sup>21</sup>См. подробнее: Дидикин А.Б. Аналитическая философия права: истоки, генезис и структура. Монография. Томск: Изд-во ТГУ, 2016.

<sup>22</sup>См.: Marmor A. Exclusive Legal Positivism // Positive Law and Objective Values. New York, 2001. – P. 49-70.

<sup>23</sup>См.: Himma K.E. Positivism and Interpreting Legal Content: Does Law Call for a Moral Semantics? // Ratio Juris. 2009. Vol. 22. № 1. – P. 24-43.

<sup>24</sup>Раз Дж. Авторитет права. С. 388.

<sup>25</sup>Там же.

Дж. Раз пытается разделить философские представления о том, что в самом общем смысле существует обязанность на первый взгляд следовать предписаниям законодательства, и существующие в обществе притязания права на подчинение. Например, в случае совершения кражи лекарства, необходимого для лечения больного, которое невозможно приобрести законным путем, очевидно, что данное правонарушение не является нарушением обязанности подчиняться закону, поскольку существовали веские моральные причины для его совершения. Однако если понимать обязанность подчиняться закону в «строгом смысле», то такое действие является нарушением обязанности подчиняться закону и в целом любое действие, нарушающее закон, также будет являться нарушением обязанности подчиняться ему.<sup>26</sup>

В данном случае он делает важное замечание, что именно «закон присваивает себе право определять, при каких условиях правовые требования уступают место другим соображениям».<sup>27</sup> Тем самым если мы трактуем обязанность подчиняться закону в «строгом» смысле, то отсюда следует основание подчиняться закону во всех случаях, кроме тех, которые в законе освобождают от такой обязанности.<sup>28</sup> Кроме того, у судов не возникает особых моральных оснований сомневаться в качестве закона, а значит «право претендует на то, что его нормы и правила являются авторитетными».<sup>29</sup> Таким образом, «строгий» смысл обоснования природы обязанности подчиняться закону в эксклюзивном правовом позитивизме, по мнению Дж. Раза, означает «установить, что его притязания оправданны, что право действительно обладает законным авторитетом, на который претендует».<sup>30</sup>

А что же будет происходить, если для обоснования природы обязанности быть законопослушным приводятся моральные аргументы? Предположим, что окружающие люди подадут друг другу пример несоблюдения закона, как явно, так и скрытым образом. По этому поводу Дж. Раз отмечает, что «общая атмосфера уважения к закону опирается на кумулятивный эффект индивидуального поведения».<sup>31</sup> Каждый человек потенциально создает пример для других с точки зрения правомерного или неправомерного поведения. Однако он не согласен с тем, что данного факта достаточно для обоснования общей обязанности быть законопослушным. В первую очередь, аргументирует Дж. Раз, «в лучшем случае это обеспечивает причину *prima facie*, чтобы подчиняться, а не исключительную причину, равнозначную обязанности, признанию авторитета права».<sup>32</sup> Во вторую очередь, «хотя во многих случаях этот аргумент применяется, но во многих других он не действует».<sup>33</sup> Ключевой пример в данном случае – наличие бесчисленных правонарушений (например, нарушения правил дорожного движения), о которых никто не знает и о которых никогда не узнают. Такие нарушения не подадут никакого примера, соответственно, рассматриваемый аргумент не создает даже «нестрогой» общей обязанности подчиняться закону.

<sup>26</sup>Там же. С. 390-391.

<sup>27</sup>Там же. С. 391.

<sup>28</sup>Там же. С. 392.

<sup>29</sup>Там же. С. 393

<sup>30</sup>Там же.

<sup>31</sup>Там же. С. 394-395.

<sup>32</sup>Там же. С. 395.

<sup>33</sup>Там же.

Следующим суждением, необедительность которого очевидна по мнению Дж. Раза, является попытка обосновать обязанность подчинения закону посредством *обещаний и прочими обязательствами*.<sup>34</sup> Например, в случае с присягой, во время которой человек дает обещание соблюдать закон и верно служить ему с точки зрения замещаемой им должности. Он указывает на два вида обстоятельств: если такое обещание было озвучено под принуждением или давлением, то оно лишается всякой моральной действительности. Напротив, без давления и принуждения такая присяга налагает моральное обязательство подчиняться, но «большинство людей не связывают себя обязательствами подобным образом».<sup>35</sup> Для действительности обещания или обязательства необходимо выразить добровольное желание их выполнять, однако обычная жизнь граждан не содержит ничего подобного.

Еще один вид рассуждений, не позволяющих обеспечить всеобщую законопослушность, это институт эстоппель и различные формы квази-эстоппеля: «если своим поведением человек сознательно побуждает другого положиться на него, то он не должен, при прочих равных условиях, обмануть ожидания этого другого человека, если это отрицательно на него повлияет».<sup>36</sup> Здесь Дж. Раз приводит несколько аргументов против данного рассуждения. В первую очередь, оно может действовать только тогда, когда при нарушении закона мы отрицательно влияем на какого-то человека, который на нас полагался. Соответственно, вред может принимать разные формы, вплоть до огорчения или разочарования. Однако «нарушение кем-либо закона не всегда на кого-то влияет, минимально или косвенно».<sup>37</sup> Более того, Дж. Раз отмечает, что «в основном мы не побуждаем других полагаться на нас, и уж конечно не делаем этого осознанно».<sup>38</sup> И даже если мы побуждаем кого-то другого подчиняться закону, «это явно не то, о чем люди обычно осведомлены».<sup>39</sup> Причина кроется в том, что люди не верят, что другие подчиняются закону только потому, что они ожидают от них этого. И хотя многие мотивированы соблюдать закон в надежде, что другие будут поступать также, по мнению Дж. Раза, это равносильно тому, чтобы оставаться жить в каком-то городе в надежде, что другие также будут в нем жить, несмотря на существующие факты о множестве людей, покинувших этот город.

### Материалы и методы

В статье использованы труды выдающегося американского теоретика права Джозефа Раза, а также иная научная литература по проблемам теории и философии права. В статье использованы *методы исследования*, характерные для аналитической юриспруденции, в том числе связанные с применением методов логического и лингвистического анализа, а также специальные юридические методы (формально-юридический метод толкования нормативных предписаний).

---

<sup>34</sup>Там же. С. 396.

<sup>35</sup>Там же.

<sup>36</sup>Там же. С. 397.

<sup>37</sup>Там же.

<sup>38</sup>Там же. С. 398.

<sup>39</sup>Там же.



### Результаты исследования

Другие попытки Дж. Раза высказаться против моральных оснований законопослушного поведения оказываются недостаточно обоснованными и противоречивыми. Так, он утверждает, что если право добродетельно в некотором отношении (то есть обладает внутренней моральной ценностью), то из этого не выводится обязанность подчиняться ему: «Если аспекты права, которые делают его ценным с моральной точки зрения, являются преобладающими, системными свойствами, то есть оно – право – представляет собой способ обеспечить правопорядок... то оно влияет на причины человека лишь постольку, поскольку его действия могут подрывать право».<sup>40</sup> Но каким в данном случае может быть поведение человека, как не противоречащим нормам морали? Могут ли такие действия оцениваться только с формально-юридической точки зрения?

Далее Дж. Раз утверждает, что полезные аспекты права могут выражаться в определенных законах или институтах. В качестве примера он приводит наличие во всех системах права законов, которые защищают ценность жизни. Причина подчиняться таким законам присутствует и выводится из их морального содержания, однако подчиняться другим законам основания нет, только если это не создает для других негативного примера. По аналогичным причинам обязанности поддерживать и защищать справедливые институты недостаточно для установления обязанности подчиняться праву.<sup>41</sup> Ясно, что в данном случае аргументы ученого оказываются логически противоречивыми. Ведь если в отношении одного законодательного акта есть моральные основания подчиняться, то почему такие моральные основания будут отсутствовать в отношении других законов? По существу, Дж. Раз соглашается с таким рассуждением, когда говорит о том, что нет универсального аргумента, который может доказать отсутствие моральной обязанности подчиняться закону и все, что можно сделать в данном случае, – это показывать, с какими сложностями сталкивается данная аргументация.<sup>42</sup>

Следует отметить, что аргументация Дж. Раза регулярно вызывала интерес среди зарубежных ученых, исследующих природу моральных и правовых обязательств. Так, Дж. Кристи формулирует позицию Дж. Раза таким образом: если акт неповиновения закону не причиняет вреда другим и не подрывает социальную стабильность, подавая другим людям плохой пример, тогда этот акт не является морально неправильным только потому, что он нарушает закон.<sup>43</sup> Например, если человек знает, что за ним никто не наблюдает и что его поведение не причинит вреда другим, то он может не соблюдать знаки остановки в пустыне, не нарушая при этом никаких моральных обязанностей. В данном случае аргумент Дж. Раза, что большинство нарушений закона остаются безнаказанными и даже незамеченными, по мнению Дж. Кристи, конечно, не означает, что с самого начала можно быть уверенным в том, что деятельность лица останется незамеченной. Это может быть логично в ситуации, когда человек поздно ночью проезжает на красный свет светофора или мчится по пустынному шоссе. Если бы было правдой, что человек может часто быть

<sup>40</sup>Раз Дж. Авторитет права. С. 399.

<sup>41</sup>Там же. С. 400.

<sup>42</sup>Там же. С. 402.

<sup>43</sup>Christie G.C. On the Moral Obligation to Obey the Law // Duke Law Journal. 1990. Vol. 1990. № 6. P. 1328.

уверенным в том, что его нарушения закона останутся незамеченными, то каким был бы мир, если бы общее понимание заключалось в том, что каждому человеку разрешено нарушать закон, если есть разумная уверенность в том, что никто не пострадает от этого плохого примера?<sup>44</sup>

Таким образом, из рассуждения Дж. Раза следует, что нарушение обещания или нечестность *не противоречит моральному обязательству*, когда действие *не причиняет вреда кому-либо или каким-либо образом подает плохой пример третьим лицам*, а значит не всегда существует моральное обязательство выполнять обещания или говорить правду. На это можно ответить, что у человека всегда есть моральное обязательство вести себя морально, например, выполнять свои обещания и не лгать, независимо от отсутствия неблагоприятных последствий для других. В этом состоит суть морали, ограничивающей формальные притязания правовых норм на оправдание заведомо аморального поведения. Нарушение чьих-либо моральных обязательств всегда будет неправильным само по себе.<sup>45</sup>

Ключевой тезис Джорджа Кристи, оппонировавшего Джозефу Разу, состоит в следующем: нельзя сделать вывод о том, что морального обязательства не существует на том основании, что обязательство является тривиальным, а последствия нарушения этого обязательства не имеют практического значения.<sup>46</sup> Однако критики морального обязательства подчиняться закону часто основывают свои аргументы на тривиальности многих юридических обязательств.

Тем не менее, чтобы подчеркнуть сложность обоснования моральных основ законопослушного поведения, Дж. Раз приводит пример парадокса, когда обязанность соблюдать закон не существует даже в обществе с хорошей и справедливой правовой системой. Он выделяет два источника возникновения данного парадокса. Во-первых, люди считают, что нравственный и приличный человек – тот, который подчиняется законам справедливой правовой системы, а во-вторых, люди считают надлежащей ту правовую систему, законам которой следует подчиняться.<sup>47</sup> В связи с этим Дж. Раз ставит следующий вопрос: *можно ли считать правовую систему хорошей, не признавая обязанности подчиняться ее законам?*

Он отмечает, что у человека чаще существуют моральные основания действовать в соответствии с законами хорошей правовой системы, нежели плохой. Это объясняется тем, что если правовая система хорошая и нравственно совершенная, то такими же являются и ее законы, и они, соответственно, часто предписывают обязательное с моральной точки зрения поведение (без указания на его законопослушность). Более того, если правовая система в целом правильная и справедливая, то у граждан существует немало оснований доверять ее правотворческим и судебным институтам.<sup>48</sup> Таким образом, Дж. Раз утверждает, что «общее моральное качество системы стимулирует соблюдение закона, являясь причиной верить и доверять моральной ценности каждого отдельного закона. Снова и речи нет об особой обязанности подчиняться закону».<sup>49</sup>

<sup>44</sup>Ibid. P. 1329.

<sup>45</sup>Ibid. P. 1330.

<sup>46</sup>Ibid. P. 1331.

<sup>47</sup>Раз Дж. Авторитет права. С. 406.

<sup>48</sup>Там же. С. 407.

<sup>49</sup>Там же.

Чтобы развеять видимость описанного выше парадокса, Дж. Раз анализирует роль права как регулятора поведения в обществе. Существует ли у права механизм обеспечения собственного надлежащего функционирования? Он выделяет два подобных механизма – установление санкций за нарушение закона, создающих поводы для людей задуматься о том, стоит ли нарушать правовые нормы, а также определение стандартов для общественного поведения, формально определенных в законодательстве для разных социальных групп. В этом случае роль права состоит в четком обеспечении тех стандартов, с которыми связана мотивация к правомерному поведению.<sup>50</sup> При этом «одна из ролей права состоит в запрещении и наказании деяний, которые не должны совершаться по независимым причинам, не зависящим от существования права и не касающимся сохранения иных форм социальной практики».<sup>51</sup>

Другая же сторона правового регулирования состоит в обеспечении социальной кооперации. В частности, людьми могут совершаться действия, которые полезны тем, что большинство граждан ведут себя аналогично, но не несут пользы, если другие люди их не совершают.<sup>52</sup> В качестве примера Дж. Раз приводит загрязнение рек. Если многие люди будут сохранять чистоту рек, у человека будет явное моральное основание способствовать этому. Если же другие загрязняют реки, то у человека фактически не будет оснований не загрязнять их. Второй способ поведения предполагает, что «определенная форма существующей схемы кооперации конкретизирует общую обязанность, придавая ей определенные очертания».<sup>53</sup> Например, если люди соглашаются, что каждый человек морально обязан способствовать благополучию остальных граждан, то при наличии системы социального обеспечения каждый обязан, например, перечислять взносы в бюджет государства. В этом случае он теряет право делать это так, как ему нравится. Вместо этого он реализует данную обязанность социально приемлемым способом.

### Заключение

Таким образом, в концепции эксклюзивного правового позитивизма Джозеф Раз обосновывает следующий ключевой аргумент. Он отмечает, что право играет важную роль в обеспечении социальной кооперации между людьми, в том числе путем формирования эффективных правовых институтов. При этом важно то, «что моральные причины, влияющие на подобные случаи, целиком проистекают из фактического наличия социальной практики кооперации, а совсем не из того, что право способствует ее зарождению или сохранению».<sup>54</sup> Для подтверждения данного тезиса Дж. Раз вновь использует пример с загрязнением рек. Неважно, санкционирована ли практика поддержания чистоты рек законом или возникла спонтанно, важно, что в этом случае нет повода действовать именно так с моральной точки зрения. Если законом будет установлено, что загрязнять реки запрещено, но при этом никто не будет его соблюдать, а значит реки будут загрязнять полностью, то у человека фактически нет моральных оснований не участвовать в формировании такой модели

<sup>50</sup>Там же. С. 409-410.

<sup>51</sup>Там же. С. 410.

<sup>52</sup>Там же. С. 411.

<sup>53</sup>Там же.

<sup>54</sup>Там же. С. 412-413.

поведения.<sup>55</sup> Однако роль морали как регулятора поведения в эксклюзивном правовом позитивизме заметно принижается по сравнению с другими теоретико-правовыми концепциями, в частности с инклюзивным правовым позитивизмом<sup>56</sup> и теорией естественного права.

**А.Б. Дидикин, фил.ғ.д., з.ғ.к., М.С. Нәрікбаев атындағы КАЗГЮУ Университеті Құқық жоғары мектебінің Associate Professor (Астана, Қазақстан), Аристотель қоғамының мүшесі (Ұлыбритания), Канада философиялық қауымдастығының мүшесі: Заңға бағыну міндетінің табиғаты туралы: Джозеф Раздың эксклюзивті құқықтық позитивизмі аргументтері.**

Осы мақала тақырыбының өзектілігі қазіргі құқықтану мен құқық философиясында эксклюзивті құқықтық позитивизм мәселелерінің жеткіліксіз зерттелуімен байланысты. ХХ ғасырдың екінші жартысында құқықтық позитивизм теориясының эксклюзивті және инклюзивті болып бөлінуі – позитивті құқық туралы классикалық идеяларды және оларды моральдық-этикалық тұжырымдамалар тұрғысынан бағалау перспективаларын қайта қарауға негіз болады және анық байқалатын үрдіс. Мақалада қарастырылған американдық құқық теоретигі Джозеф Раздың заңға бағыну міндетінің табиғатын негіздеу проблемасы базалық құқықтық түсініктерді түсіндіруге қатысты нормативтік пайымдаулар мен дәлелдер құрылымын жаңаша талдауға мүмкіндік береді. *Зерттеу пәні* – құқық субъектілерінің заңға бағынатын жүріс-тұрысы міндетін негіздеуде моральдық пайымдау мен оның шектерін пайдалану жолдарын талдау. *Жұмыстың мақсаты* – Джозеф Раз бен оның қарсыластарының заңға бағыну міндетінің табиғатын негіздеу сипатын теориялық тұрғыдан қарастыру. *Тақырыптың жаңалығы* оқу және ғылыми әдебиеттерде бастапқыда Джозеф Раздың ғылыми еңбектерінде баяндалған эксклюзивті құқықтық позитивизмді дәлелдеудің ерекшелігі туралы зерттеулердің болмауына, құқықтық позитивизм теориясы туралы дәстүрлі идеяларды қайта қарау қажеттілігіне байланысты. Зерттеу әдістері ретінде аналитикалық заңтануға тән әдістер, оның ішінде логикалық және лингвистикалық талдау әдістерін қолданумен байланысты әдістер, сондай-ақ, арнайы құқықтық әдістер (нормативтік нұсқамаларды түсіндірудің ресми құқықтық әдісі) қолданылды. *Мақаланың негізгі қорытындылары* – заңға бағыну міндетін негіздеу мәселесіне қатысты Джозеф Раздың эксклюзивті құқықтық позитивизм тұжырымдамасының негізгі дәлелдерін ашу. Осы тұжырымдама тұрғысынан қарағанда, тиімді құқықтық институттарды қалыптастыру арқылы құқық адамдар арасындағы әлеуметтік ынтымақтастықты қамтамасыз етуде маңызды рөл атқаратыны дәлелденген, бірақ түптеп келгенде, моральдық негіздер құқықтық мін-

<sup>55</sup> Существуют и другие аргументы по данному поводу. Так, Уильям Бордман полагает, что представления Дж. Раза о правовой системе и роли морали в ней сильно упрощены, поскольку его правовая картина мира учитывает только те случаи, когда социально однородные граждане разделяют свои социальные стандарты поведения. Если же вспомнить о том, что разные социальные подгруппы часто следуют разным моральным кодексам, можно легко заметить, как ошибочно думать о правонарушениях как таковых, независимо от законов или других существующих социальных институтов. См.: Boardman W.S. Coordination and the Moral Obligation to Obey the Law // *Ethics*. 1987. Vol. 97. № 3. P. 547-548.

<sup>56</sup>См.: Waluchow W. J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994; Himma K. E. *The Logic of Showing Possibility Claims: A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law* // *Revus—Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2014. Vol. 23. P. 78-79.

деттердің қайнар көзі емес. Міне, сондықтан құқық қолдану практикасын жетілдіру үшін назар жүріс-тұрыстың этикалық үлгілері тұрғысынан түсіндіруге аударылмау керек, керісінше, нормативтік құқықтық ережелерді жетілдіру қажет.

*Түйін сөздер: құқықтық позитивизм, нормативтік талаптар, заңнамаға бағыну міндеті, мораль, моральдық міндеттер, әлеуметтік тәжірибе, Дж. Раз.*

**A.B. Didikin, Doctor of Sciences in Philosophy, PhD in Law, Associate Professor of Higher School of Law at M. Narikbayev KAZGUU University (Astana, Kazakhstan), member of Aristotelian Society (United Kingdom), member of Canadian Philosophical Association: On the Nature of the Obligation to Obey the Law: Joseph Raz's Exclusive Legal Positivism Arguments.**

The *relevance of the topic* of this paper is due to the insufficient study of the problems of exclusive legal positivism in modern jurisprudence and philosophy of law. The division of the theory of legal positivism into exclusive and inclusive during the second half of the 20th century is a noticeable trend and the basis for rethinking the classical ideas about positive law and the prospects for its evaluation from the standpoint of moral and ethical concepts. The problem of substantiating the nature of the duty to obey the law of the American legal theorist Joseph Raz, considered in the paper, allows us to innovatively analyze the structure of normative judgments and arguments regarding the interpretation of basic legal concepts. The *subject of the study* is to analyze the ways of using moral argumentation and its boundaries in justifying the duty of law-abiding behavior of legal entities. The *purpose of the work* is to theoretically examine the nature of Joseph Raz and his opponents' justification of the nature of the duty to obey the law. The *novelty* of the topic is due to the lack of studies in the educational and scientific literature on the specifics of the argumentation of exclusive legal positivism, originally set out in the scientific works of Joseph Raz, the need to rethink traditional ideas about the theory of legal positivism. The *research methods* used were methods characteristic of analytical jurisprudence, including those related to the use of methods of logical and linguistic analysis, as well as special legal methods (formal legal method of interpretation of regulatory prescriptions). The main *conclusions* of the paper are to reveal the key arguments of the concept of exclusive legal positivism by Joseph Raz, in relation to the problem of substantiating the obligation to obey the law. It is proved that from the point of view of this concept, law plays an important role in ensuring social cooperation between people, including through the formation of effective legal institutions, but at the same time moral grounds are ultimately not the source of legal obligations. That is why, in order to improve law enforcement practice, regulatory legal prescriptions should be improved, and not their interpretation from the standpoint of ethical behavior models.

*Keywords: legal positivism; regulatory prescriptions; duty to comply with the law; morality; moral obligations; social practice; J. Raz.*

### Список литературы:

1. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). Пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М., Берлин: Инфотропик Медиа, 2011. – 173 с.
2. Булыгин Е.В. К проблеме объективности права // Проблемы философии права. 2005. Том III. № 1-2. – С. 7-13.
3. Дидикин А.Б. Аналитическая философия права: истоки, генезис и структура. Томск: Изд-во ТГУ, 2016. – 244 с.



4. Дидикин А.Б. Логика «чистого познания» и нормативизм (от Г. Когена к Г. Кельзену) // Научные труды Российской академии юридических наук. М.: ИГ Юрист, 2022. – С. 27-31.
5. Дидикин А.Б. Правовой позитивизм и эмпирические основания юриспруденции: концепции Дж. Остина и Г. Харта // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2015. Т. 11. № 3. – С. 16-22.
6. Колосов И.В. История правового консеквенциализма. Результативность права. М.: Юрлитинформ, 2023. – 224 с.
7. Михайлов А.М., Корженяк А.М. Ранний юридический позитивизм в Англии, Германии и России (вторая половина XIX – начало XX в.). Очерки. М.: Юрлитинформ, 2021. – 244 с.
8. Остин Дж. Определение области юриспруденции. Курс лекций по юриспруденции «Философия позитивного права». Ч. 1. СПб.: Алетейя, 2022. – 472 с.
9. Раз Дж. Авторитет права. Эссе о праве и морали. М.: Издательство Института Гайдара, 2021. – 552 с.
10. Раз Дж. Возможна ли теория права? // Российский ежегодник теории права. № 2. СПб., 2009. – С. 158-185.
11. Раз Дж. Мысля с помощью правил // Российский ежегодник теории права. № 1. СПб., 2009. – С. 457-473.
12. Трикоз Е.Н., Швец А.А. Кодификация и системность права в проблематике раннего английского юспозитивизма // Общество и право. 2022. № 1 (79). – С. 126-132.
13. Харт Г.Л.А. Понятие права. Пер. с англ. С.В. Моисеева, Е.В. Афонасина, А.Б. Дидикина. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2007. – 302 с.
14. Хафизов Э.Д. К вопросу о генезисе правового позитивизма // Правовое государство: теория и практика. 2010. № 4 (22). – С. 24-29.
15. Boardman W.S. Coordination and the Moral Obligation to Obey the Law // Ethics. 1987. Vol. 97. № 3. – P. 546-557.
16. Christie G.C. On the Moral Obligation to Obey the Law // Duke Law Journal. 1990. Vol. 1990. № 6. – P. 1311-1336.
17. Himma K.E. The Logic of Showing Possibility Claims: A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law // *Revus—Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2014. Vol. 23. – P. 77-104.
18. Himma K.E. Positivism and Interpreting Legal Content: Does Law Call for a Moral Semantics? // *Ratio Juris*. 2009. Vol. 22. № 1. – P. 24-43.
19. Marmor A. Exclusive Legal Positivism // *Positive Law and Objective Values*. New York, 2001. – P. 49-70.
20. McCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986. – 229 p.
21. Postema G.J. Bentham and the Common Law Tradition. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2019. – 490 p.
22. Raz J. The Concept of a Legal System. 2nd edn. Oxford: Clarendon Press, 1980. – 176 p.
23. Raz J. The Authority of Law. Oxford: Clarendon Press, 1979. – 292 p.
24. Raz J. Practical Reason and Norms. Oxford: Oxford University Press, 1999. – 220 p.
25. Raz J. The Morality of Freedom. Oxford: Clarendon Press, 1986. – 434 p.
26. Raz J. Between Authority and Interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2009. – 432 p.
27. Waluchow W.J. Inclusive Legal Positivism. Oxford: Clarendon Press, 1994. – 304 p.

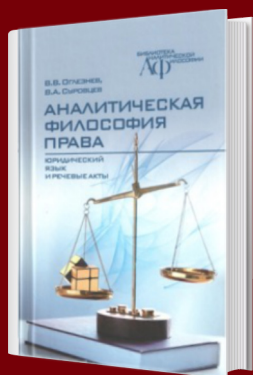
**References (transliterated):**

1. Aleksi R. Ponyatie i deystvitel'nost' prava (otvet yuridicheskomu pozitivizmu) [Concept and Being of the Law (the answer to the legal positivism)]. Per. s nem. A. N. Lapteva, F. Kal'shoyera. M., Berlin: Infotropik Media, 2011. – 173 s.
2. Bulygin E.V. K probleme ob'ektivnosti prava [On the Problem of the Objectivity of Law] // Problemi filosofii prava. 2005. Tom III. № 1-2. – S. 7-13.
3. Didikin A.B. Analiticheskaya filosofiya prava: istoki, genezis i struktura [Analytical Legal Philosophy: the origin, genesis and structure]. Tomsk: Izd-vo TGU, 2016. – 244 s.
4. Didikin A.B. Logika «chistogo poznaniya» i normativizm (ot G. Kogena k G. Kel'zenu) [Logic of the Pure Cognition (from G. Kogen to H. Kelsen)] // Nauchnye trudy Rossiyskoy akademii yuridicheskikh nauk. M.: IG Yurist, 2022. – S. 27-31.
5. Didikin A.B. Pravovoy pozitivizm i empiricheskie osnovaniya yurisprudentsii: kontseptsii Dzh. Ostina i G. Harta [Legal Positivism and Empirical Grounds of Jurisprudence: J. Austin's and H. Hart's Conceptions] // Vestnik Novosibirskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo. 2015. T. 11. № 3. – S. 16-22.
6. Kolosov I.V. Istoriya pravovogo konsekventsializma. Rezul'tativnost' prava prava [History of Legal Consequentialism. Resultivity of Law]. M.: Yurlitinform, 2023. – 224 s.
7. Mihaylov A.M., Korzhenyak A.M. Ranniy yuridicheskiy pozitivizm v Anglii, Germanii i Rossii (vtoraya polovina XIX – nachalo XX v.) [Early Legal Positivism in England, Germany and Russia (second half of the 19th – beginning of the 20th century)]. Ocherki. M.: Yurlitinform, 2021. – 244 s.
8. Ostin Dzh. Opredelenie oblasti yurisprudentsii. Kurs lektsiy po yurisprudentsii «Filosofiya pozitivnogo prava» [Definition of the Field of Jurisprudence. The Course of Lectures on the Jurisprudence “Philosophy of the Positive Law”]. Ch. 1. SPb.: Aleteyya, 2022. – 472 s.
9. Raz Dzh. Avtoritet prava. Esse o prave i morali [The Authority of Law. Essays on Law and Morality]. M.: Izdatel'stvo Instituta Gaydara, 2021. – 552 s.
10. Raz Dzh. Vozmozhna li teoriya prava? [Can There Be a Theory of Law?] // Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava. № 2. SPb., 2009. – S. 158-185.
11. Raz Dzh. Myslya s pomosch'yu pravil [Thinking through the Rules] // Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava. № 1. SPb., 2009. – S. 457-473.
12. Trikoz E.N., Shvets A.A. Kodifikatsiya i sistemnost' prava v problematike rannego angliyskogo yuspozitivizma [Codification and System of Law in the Problems of the Early English Legal Positivism] // Obschestvo i pravo. 2022. № 1 (79). – S. 126-132.
13. Hart G.L.A. Ponyatie prava [The Concept of Law]. Per. s angl. S.V. Moiseeva, E.V. Afonasina, A.B. Didikina. SPb.: Izd-vo SPbGU, 2007. – 302 c.
14. Hafizov E.D. K voprosu o genezise pravovogo pozitivizma [On the Question of the Genesis of the Legal Positivism] // Pravovoe gosudarstvo: teoriya i praktika. 2010. № 4 (22). – S. 24-29.
15. Boardman W.S. Coordination and the Moral Obligation to Obey the Law // Ethics. 1987. Vol. 97. №. 3. – P. 546-557.
16. Christie G.C. On the Moral Obligation to Obey the Law // Duke Law Journal. 1990. Vol. 1990. № 6. – P. 1311-1336.
17. Himma K.E. The Logic of Showing Possibility Claims: A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law // Revus–Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law. 2014. Vol. 23. – P. 77-104.
18. Himma K.E. Positivism and Interpreting Legal Content: Does Law Call for a Moral Semantics? // Ratio Juris. 2009. Vol. 22. № 1. – P. 24-43.

19. Marmor A. Exclusive Legal Positivism // Positive Law and Objective Values. New York, 2001. – P. 49-70.
20. McCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986. – 229 p.
21. Postema G.J. Bentham and the Common Law Tradition. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2019. – 490 p.
22. Raz J. The Concept of a Legal System. 2nd edn. Oxford: Clarendon Press, 1980. – 176 p.
23. Raz J. The Authority of Law. Oxford: Clarendon Press, 1979. – 292 p.
24. Raz J. Practical Reason and Norms. Oxford: Oxford University Press, 1999. – 220 p.
25. Raz J. The Morality of Freedom. Oxford: Clarendon Press, 1986. – 434 p.
26. Raz J. Between Authority and Interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2009. – 432 p.
27. Waluchow W. J. Inclusive Legal Positivism. Oxford: Clarendon Press, 1994. – 304 p.

Для цитирования и библиографии: Дидикин А.Б. О природе обязанности соблюдения закона: аргументы эксклюзивного правового позитивизма Джозефа Раза // Право и государство. 2022. № 4(96). – С. 19-35. DOI: 10.51634/2307-5201\_2022\_4\_19

Материал поступил в редакцию 15.12.2022.



## НОВЫЕ КНИГИ

**Оglesnev В.В., Суровцев В.А. Аналитическая философия права: юридический язык и речевые акты / Сер. Библиотека аналитической философии. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. – 320 с.**

ISBN 978-5-88373-749-6

Аналитическая философия права представляет собой сравнительно новое направление в исследованиях традиционных проблем юридической теории. В монографии ставится задача исследования сути концептуальных изменений, которые явились следствием воздействия на философию права англоязычной аналитической философии. Основные рассматриваемые вопросы: Какое новое содержание в традиционную философию права привнесли аналитические методы исследования юридического языка? Как соотносится аналитическая философия права с традиционными подходами к юридической теории? Насколько эффективно новые методы применимы к традиционным вопросам философии права?

В приложении приведены переводы некоторых ключевых текстов представителей аналитической философии права.

Для философов, юристов, лингвистов и всех интересующихся проблемами современной философии языка.

## ПРАВО НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО: ВЗГЛЯД СКВОЗЬ ПРИЗМУ КОНСТИТУЦИИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И ЕВРОПЕЙСКИХ ПРАВОВЫХ СТАНДАРТОВ



**Р.С. МЕЛЬНИК,**

д.ю.н., профессор,  
директор Научной школы ад-  
министративного и немецкого  
права Университета КАЗГЮУ  
имени М.С. Нарикбаева  
(г. Астана, Казахстан),  
e-mail: r\_melnik@kazguu.kz,  
r.melnik@ukr.net

В практике судопроизводства имеют место тенденции, связанные со злоупотреблением правом на судебную защиту, что приводит к снижению эффективности деятельности судов. В связи с этим в государстве должны существовать различные материальные и процессуальные «фильтры», позволяющие блокировать подобные негативные тенденции. **Целью** статьи является анализ международного и национального права, а также юридической доктрины в части определения легитимных ограничений права на судебную защиту в сфере административного судопроизводства. **Научная новизна** статьи заключается в том, что до сегодняшнего дня в национальной юридической науке вопрос о допустимости ограничения права на доступ к административному судопроизводству еще не поднимался и системно не исследовался. При написании статьи использованы общенаучные и частно-научные **методы исследования** норм права и доктринальных положений, касающихся права на судебную защиту. **Объектом исследования** выступают общественные отношения, складывающиеся в сфере реализации конституционного права частных лиц на судебную защиту. **Предметом** исследования выступают

нормы и положения, международного, конституционного, административного и административно-процессуального права, направленные на обеспечение и реализацию названного конституционного права в сфере административного судопроизводства. **Краткие выводы:** 1) право на судебную защиту прав, свобод и законных интересов не является абсолютным; 2) данное право может поддаваться легитимным ограничениям со стороны государства; 3) существуют различные виды ограничений права на судебную защиту, среди которых допустимо выделять материально-правовые ограничения; 4) частное лицо может претендовать на судебную защиту: если существует объективная необходимость правовой защиты; при условии избрания надлежащего способа правовой защиты; наличия нарушения субъективного публичного права; 5) недопустимым предметом обжалования в порядке административного судопроизводства следует считать политическое решения.

**Ключевые слова:** право на судебную защиту, Конституция, основные (конституционные) права, административное судопроизводство, субъективное публичное право, политическое решение.

## **Введение**

В последние годы Казахстан демонстрирует весьма значительные достижения в различных сферах государственной жизни, сопровождающиеся принятием как новых нормативных правовых актов, так и началом функционирования новых институтов. В этой части особенного внимания заслуживает Административный процедурно-процессуальный кодекс Республики Казахстан и основанная на нем активная деятельность административных судов. Первые результаты функционирования административной юстиции впечатляют и вдохновляют, однако это не исключает существования сложных, нерешенных в этой сфере вопросов и проблем, о некоторых из которых мы хотели бы поговорить в рамках данной статьи.

## **Основные положения**

Конституция Республики Казахстан гарантирует частным лицам достаточно большой перечень прав и свобод. Часть из этих прав известны, скажем так, достаточно давно. При этом отдельные права – «молоды». Они получили свое полное закрепление и содержательное наполнение лишь после приобретения Республикой независимости и выбора в качестве вектора своего дальнейшего развития демократической и правовой государственности. Одним из таких прав выступает право на судебную защиту своих прав и свобод (пункт 2 статьи 13).

При всей, казалось бы, простоте понимания содержания данного права становится очевидным, что оно (право) требует более детального и глубокого изучения, в частности, в аспекте потенциальных возможностей его ограничения государством в сфере административной юстиции. Данной проблематике и будет посвящена эта статья.

## **Материалы и методы**

В статье анализируется современное международное (европейское), украинское и казахстанское право, а также судебная практика судов различных уровней и юрисдикций в части оценки допустимости и условий ограничения права на судебную защиту в сфере административного судопроизводства. Исследование проведено на основе анализа соответствующей юридической литературы, решений органов судебной власти с использованием широкого набора методов исследований.

## **Результаты исследования**

### **1. Преамбула Конституции и ее значение для правоприменения**

Базовым и при этом определяющим нормативным правовым актом в государстве, как известно, выступает Конституция. При этом, однако, часто упускается из виду, что и в самой Конституции можно найти отдельные нормы (положения), которые определенным образом доминируют по отношению к иным ее предписаниям. В данном случае речь идет о тех из них, которые получили свое закрепление на уровне Преамбулы.

Преамбула Конституции, несмотря на существование достаточно противоречивых позиций по вопросу о ее правовом значении и нормативном/ненормативном характере,<sup>1</sup> содержит в себе, как минимум, политико-правовые ориентиры для го-

---

<sup>1</sup>Мишин А.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Учебник. М: Белые альфы, 1996. – 400 с.; Государственное право Германии: сокращенный перевод немецкого семитомного издания. М: Институт государства и права РАН, 1994. Т. 1. С. 312.



сударственного устройства, взаимоотношений личности и власти, а также стратегических векторов развития общества и государства. Кроме того, на наш взгляд, который согласовывается, например, с практикой Федерального конституционного суда Германии,<sup>2</sup> Преамбула может иметь принципиальное значение для толкования норм Конституции. В данном случае допустимо говорить о «преамбуло-конформном» толковании Основного закона, т.е. таком, при котором поиск содержания нормы Конституции будет осуществляться сквозь призму положения Преамбулы.

Переходя к анализу Преамбулы Конституции РК, хотелось бы обратить внимание на ту ее часть, где закреплено стремление Казахстана «занять достойное место в мировом сообществе», что, очевидно, может быть достигнуто лишь посредством ориентации на мировые стандарты, прежде всего, в части признания и гарантирования основных прав человека. Именно этот аспект выступает определяющим и центральным для любого правового государства. Это позволяет говорить об универсальности основных прав человека как о правовой категории, которая означает, что данные права одинаковы для конституционного строя любого государства; каждый человек является их носителем и каждому они принадлежат в равной мере.<sup>3</sup>

## 2. Основные (конституционные) права как ограничиваемая ценность

Основные (конституционные) права – безусловная правовая ценность; выступают непосредственно действующим правом;<sup>4</sup> связывают все ветви власти и закладывают основные векторы их функционирования. По этому поводу ФКС Германии пишет: «Они (права) действуют не только в отдельных областях при исполнении определенных вариантов осуществления государственной власти, но связывают государственную власть широко и всецело».<sup>5</sup> Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.

Вместе с этим, на фоне такого всеобъемлющего значения основных прав, которое признано как на уровне международных организаций самого высокого уровня (ООН, ОБСЕ, Совет Европы и т.д.), так и на уровне международных судов, сформировалась четкая и однозначная позиция, связанная с тем, что *не существует абсолютных прав человека* (за исключением права человеческого достоинства. Человеческое достоинство – неотчуждаемая, объективная и универсальная ценность.

<sup>2</sup>См.: Швабе Ю., Гайслер Т. Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. М.: Инфотропик-медиа, 2018. – 907 с.

<sup>3</sup>Основні права людини: німецько-український правовий вимір: монографія / за ред. Мельника Р.С. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2022. С. 13, 15-16.

<sup>4</sup>Michael L., Morlok M. Grundrechte. 7. Auflage. Nomos, 2019. S. 242.

<sup>5</sup>См.: Швабе Ю., Гайслер Т. Указ. соч. С. 30.

Эта ценность ценностей выступает источником всех прав человека – личных, социальных, коллективных.<sup>6</sup> Это право абсолютно<sup>7</sup>), т.е. такое, которое не может быть ограничено государством.<sup>8</sup>

Таким образом, практика ограничения (не путать с нарушением) основных прав, в целом, допустима и, в известной мере, распространена на практике. При этом важным является безусловное соблюдение необходимых условий их ограничения, которые представляют собой важнейшую гарантию для человека и гражданина; они блокируют возможность нивелирования сути основных прав и превращение их в правовую фикцию.

Сформулированные позиции в равной мере применимы и в отношении *права на судебную защиту*, гарантированного пунктом 2 статьи 13 Конституции РК. В этой части еще раз подчеркнем, что данное право не является абсолютным<sup>9</sup> и может быть ограничено государством при соблюдении необходимых (обязательных) требований.<sup>10</sup> Остановимся на данном вопросе более детально.

### **3. Позиция Европейского суда по правам человека в части допустимости ограничения права на судебную защиту**

Частью 1 статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод<sup>11</sup> каждому гарантировано право на справедливое судебное разбирательство, которое включает в себя право доступа к суду (право на судебную защиту или право на суд), которое, как уже было сказано выше, ограничивается (может ограничиваться) государством. Подобное обстоятельство обусловило существование достаточно большого количества дел<sup>12</sup>, в которых ЕСПЧ давал оценку введенным государствами ограничениям в части границ пользования данным правом.

В этой части Судом было сформулировано положение, что в отдельных случаях государство может ограничить право лиц на доступ к суду (право на судебную защиту), поскольку это право требует государственного регулирования, которое может зависеть от обстоятельств времени, места, потребностей и ресурсов общества, а также от-

<sup>6</sup>Людська гідність: що ми розуміємо під «гідністю», «людиною» та «людською гідністю» // Матеріали міжнародного науково-практичного семінару «Людська гідність у праві Німеччини, Польщі та України», за фінансової підтримки міністерства закордонних справ Федеративної республіки Німеччина; Центр німецького права Київського національного університету імені Тараса Шевченка; ГО «Українсько-німецький правознавчий діалог» (Київ, 10 - 11 жовтня 2016) / відпов. ред. Б. Шлоер. Харків: В деле, 2017. С. 114.

<sup>7</sup>Там же. С. 18, 50, 100.

<sup>8</sup>Основні права людини: німецько-український правовий вимір: монографія / за ред. Мельника Р.С. Одеса: Видавничий дім «Гельветика». 2022. С. 229-230, 240.

<sup>9</sup>Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини в адміністративному судочинстві: Науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр., допов. К., 2015. С. 36.

<sup>10</sup>Цувіна Т. Право на доступи до суду: підхід ЄСПЛ // Підприємництво, господарство і право. № 4, 2020. С. 61.

<sup>11</sup>Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года (измененная и дополненная Протоколами № 11 и № 14, вступившими в силу 01.06.2010) // URL: <https://www.coe.int/tu/web/compass/the-european-convention-on-human-rights-and-its-protocols> (09.11.2022).

<sup>12</sup>Stubbings and Others v. the United Kingdom, 22 October 1996, § 51-52, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV; Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom, 13 July 1995, § 62-67, Series A no. 316-B.

дельных лиц.<sup>13</sup> Подобной позиции касательно законодательного регулирования реализации данного права придерживается и Конституционный Совет РК.<sup>14</sup> Получается, что данное право не только не абсолютно, но и не стабильно в своих содержательных границах. При подобном подходе к правовому регулированию, с учетом достаточно высокого уровня его «подвижности», должен быть предусмотрен некий предупредительный механизм, при помощи которого частные лица могут быть защищены от потенциальных злоупотреблений со стороны государства. С этой целью ЕСПЧ разработана теория легитимности ограничений, которая сводится к следующему.

Для оценки легитимности ограничений данного права ЕСПЧ на первом этапе выясняет, было ли такое **ограничение предусмотрено законом**, то есть проверяет ограничения на соответствие принципу правовой определенности. Для дальнейшего анализа легитимности ограничений, установленных в законе, используется тест на пропорциональность, состоящий из следующих этапов:

1) установление цели ограничения права на доступ к суду и определение того, была ли она легитимной;

2) выяснение, какие средства были использованы для соответствующего ограничения права на доступ к суду, а также были ли они минимально обременительными и необходимыми в демократическом обществе;

3) определение того, существовало ли разумное и пропорциональное соотношение между принятыми мерами и поставленной целью;

4) выяснение того, не противоречит ли рассматриваемое ограничение самой сущности права, которое гарантируется, ведь лицо не может быть вообще лишено права на судебную защиту вследствие ограничения, вместо этого всегда должны оставаться альтернативные способы защиты нарушенных, непризнанных или обжалуемых прав, свобод и интересов, если рассмотрение определенных дел исключено из юрисдикции судебных органов.<sup>15</sup>

Таким образом, все ограничения права на судебную защиту могут быть разделены на **легитимные**, то есть те, которые соответствуют изложенным выше требованиям/условиям (например, установление обязательного досудебного обжалования административного акта, соблюдение требований юрисдикции и подсудности, введение сроков исковой давности, обязанность оплатить судебный сбор и т.п.), и **нелегитимные**, – представляющие собой недопустимые, с точки зрения конвенционных правил, действия (решения) государства (например, запрет обращения в суд для представителей отдельных этнических групп, неоправданно высокий размер судебного сбора, запрет доступа общественности в зал судебных заседаний, установление чрезмерных и бесосновательных требований по процессуальным вопросам, непринятие судом окончательного процессуального решения по делу<sup>16</sup> и т.п.).

<sup>13</sup>Ashingdane v. the United Kingdom, 28 May 1985, § 57, Series A № 93.

<sup>14</sup>См.: Об официальном толковании пункта 2 статьи 13, пункта 1 статьи 14, пункта 2 статьи 76 Конституции Республики Казахстан: Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 29 марта 1999 года № 7/2 // URL: [https://adilet.zan.kz/rus/docs/S990000007\\_#z0](https://adilet.zan.kz/rus/docs/S990000007_#z0) (09.11.2022).

<sup>15</sup>Цувіна Т. Указ. соч. С. 61.

<sup>16</sup>«Балацкий против Украины» (Balatskyu v. Ukraine), заявление № 34786/03, Решение от 25.10.2007 г.

#### 4. Отдельные легитимные случаи / сферы ограничения права на судебную защиту в сфере административного судопроизводства

Легитимные ограничения права на судебную защиту, по мнению отдельных авторов, могут быть обусловлены различными обстоятельствами / причинами, что позволяет говорить об их следующих видах: субъективных, юрисдикционных, темпоральных, процедурных и финансовых.<sup>17</sup> Однако, на наш взгляд, дополнительно возможно говорить и о *материально-правовых ограничениях* права на судебную защиту, т.е. тех, которые обусловлены (определены) в нормах материального права. Остановимся на таких ограничениях более подробно.

#### 5. Система материально-правовых ограничений права на судебную защиту

Согласно части 2 статьи 5 АППК РК, задачей административного судопроизводства является справедливое, беспристрастное и своевременное разрешение административных дел с целью 1) *эффективной защиты и восстановления 2) нарушенных или оспариваемых прав*, свобод и законных интересов физических лиц, прав и законных интересов юридических лиц в 3) *публично-правовых отношениях*.<sup>18</sup> Выделенные и пронумерованные нами словосочетания представляют собой ориентир не только для понимания назначения АППК РК, но и для определения границ осуществления административного судопроизводства. За рамками задач АППК не может осуществляться данный вид правоприменительной деятельности.

##### 5.1. Необходимость правовой защиты как предпосылка эффективной защиты и восстановления нарушенных или оспариваемых прав

Базовой (первой) задачей административного судопроизводства, согласно части 2 статьи 5 АППК, называется *эффективная защита и восстановление* нарушенных или оспариваемых прав, что может иметь место изначально только в том случае, если носитель того или иного права действительно нуждается в такой (судебной) защите и/или его восстановлении. Невозможно эффективно защитить и восстановить право, если в этом, в принципе, нет необходимости. Открытый при таких обстоятельствах процесс никогда не достигнет названной задачи, а значит он и не должен быть начат. Иными словами, нелогично и затратно как для суда (и судебной системы в целом), так и для потенциального истца, а также ответчика, начинать процесс защиты права, если в этом нет реальной необходимости. Очевидно, что подача таких «непригодных» исков может привести к огромному количеству негативных последствий, а именно чрезмерной и неоправданной загруженности административных судов и блокированию функционирования административных органов, поскольку, по общему правилу, подача иска приостанавливает реализацию принятого решения.

На подобной позиции пребывают, в частности, зарубежные юристы, в том числе, и судьи. Немецкие коллеги пишут, что необходимость (потребность) в правовой защите отсутствует в тех случаях, когда истец может достигнуть поставленной перед собой цели иными способами, причем быстрее, лучше и дешевле.

<sup>17</sup>Цувіна Т. Указ. соч. С. 62.

<sup>18</sup>Административный процедурно-процессуальный кодекс Республики Казахстан // Ведомости Парламента РК. № 13, 2020 г. Ст. 66.

«Никто не должен иметь возможность, злоупотребляя своими процессуальными правами, подавать иск с неприемлемыми целями или исключительно для выяснения теоретических спорных вопросов». <sup>19</sup> Иными словами, здесь речь идет о блокировании подачи беспредметных исков, которые направляются на «защиту» права, которое заведомо не нуждается в правовой охране при участии суда.

К слову, запрет злоупотребления процессуальными правами содержится и в АППК (ч. 3 ст. 127), и в ГПК РК<sup>20</sup> (ч. 1 ст. 46), что позволяет национальным судам таким же образом реагировать на подобные ситуации, а особенно те, в рамках которых становится очевидным, что истец совершает явно умышленные действия, направленные на затягивание/блокирование соответствующих процедур (действий, решений) или поднимает вопросы, не имеющие юридического значения.

Аналогичная точка зрения достаточно четко закрепились и в практике украинских административных судов. Так, Я. Берзанюк, судья Кассационного административного суда в составе Верховного Суда, пишет, что не подлежат судебному рассмотрению иски, в которых истец избрал неэффективный (преждевременный) способ защиты при наличии альтернативного эффективного способа защиты.<sup>21</sup> На наш взгляд, эффективность альтернативного способа защиты подразумевает то, что он выступает более простым (менее формализованным) в сравнении с судебной защитой; более оперативен; в меньшей степени обременяет как иных лиц (ответчика), так и суд; позволяет подвергнуть проверке более широкий круг вопросов в сравнении с судебной проверкой.

При этом, однако, необходимо помнить о том, что более быстрое и дешевое средство правовой защиты устраняет законную заинтересованность в возбуждении иска только в том случае, если оно может, по крайней мере, обеспечить достижение всех необходимых целей правовой защиты с сопоставимой (в сравнении с судебным процессом) достоверностью или эффективностью.<sup>22</sup>

Высказанные соображения имеют принципиальное значение для корректировки ситуации, которая сложилась в сфере обжалования действий и / или решений частных судебных исполнителей. Как показывает статистика, иски к частным судебным исполнителям составляют абсолютное большинство среди дел иных категорий, рассматриваемых по правилам административного судопроизводства.<sup>23</sup> В первую очередь должники предпринимают процессуальные попытки обжаловать в административных судах любые, даже самые незначительные процедурные дей-

<sup>19</sup>Адміністративний процес: загальна частина (Федеративна Республіка Німеччина, Україна): Навчально-практичний посібник / Манн Томас, Мельник Роман, Бевзенко Володимир, Комзюк Анатолій; пер. та адапт. з нім. Мельника Романа; за заг. ред. Бевзенка Володимира. К.: Алерта, 2013. С. 43.

<sup>20</sup>Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан: Кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 года № 377-V ЗРК // Ведомости Парламента РК 2015 г., № 20-VI, ст. 114 (с изменениями и дополнениями).

<sup>21</sup>Берзанюк Я. Про позови, які не підлягають судовому розгляду, 2019 // URL: <http://kdkako.com.ua/pro-pozovi-yaki-ne-pidlyagayut-sudovomu-rozglyadu/> (08.11.2022).

<sup>22</sup>Rechtsschutzbedürfnis // URL: <https://www.ipwiki.de/verfahrensrecht:rechtsschutzbeduerfnis> (10.11.2022).

<sup>23</sup>Так, согласно информации, полученной в СМАС г. Астаны за 10 месяцев 2022 г. иски, связанные с обжалованием решений (действий) судебных исполнителей, составили 34,6% в общей массе административных исков.



ствия судебных исполнителей, что приводит к большому количеству негативных последствий, и, в том числе, к затягиванию исполнения решений судов, вступивших в законную силу.

По данному вопросу ведутся достаточно активные дискуссии как на уровне Верховного Суда РК, так и органов исполнительной власти, а также Республиканской палаты частных судебных исполнителей. В качестве одного из способов решения сложившейся проблемы предлагается закрепить в нормативном порядке виды решений (действий) судебных исполнителей, подлежащих и неподлежащих судебному обжалованию. Такой подход, на наш взгляд, является непродуктивным. В случае его реализации необходимо будет готовиться к тому, чтобы по всем нормативным правовым актом, положенным в основу административно-правовых отношений, составлять подобные «списки». С чем, конечно же, невозможно согласиться и очень проблематично реализовать.

Возвращаясь к ситуации с обжалованием решений (действий) частных судебных исполнителей и воспользовавшись сформулированными выше положениями, следует обратить внимание на тот факт, что у участников исполнительного производства, согласно Закону РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей»<sup>24</sup> (далее – Закон), *есть несколько альтернативных и эффективных способов* восстановления нарушенного или оспариваемого права, а именно, обратиться с жалобой на решение (действие) судебного исполнителя в:

- прокуратуру, согласно ст. ст. 25, ч. 4 ст. 54, ч. 2 ст. 101 Закона;
- экспертный совет, согласно ч. 3 ст. 68 Закона;
- в уполномоченный орган и его территориальные органы, согласно ст. 133 Закона;
- Республиканскую и региональные палаты частных судебных исполнителей, согласно ч. 2 ст. 155, 162, 163-1 Закона.

Исходя из этого, можно сделать вывод, что суды (судьи) могут/должны давать оценку тому, есть ли у истцов по таким делам возможность альтернативного (вне-судебного) решения спора, даже в ситуации, когда законодательство не требует обязательного досудебного обжалования решения (действия) судебного исполнителя. «Отработка» такой возможности может быть осуществлена судом, в частности, и в рамках предварительного слушания по делу.

Для усиления реальности и обоснованности сформулированного нами предложения хотелось бы обратить внимание на некоторые примеры из судебной практики казахстанских административных судов, которые находятся именно в такой плоскости. Так, в рамках предварительного слушания по административному делу, связанному с оспариванием приказа о включении в реестр недобросовестных участников государственных закупок в связи с неподписанием договора, суд разъяснил истцу право на обращение в согласительную комиссию, которым он воспользовался (обязательность досудебного обжалования по данной категории дел в законе не установлена). Решение комиссии его полностью удовлетворило, что сняло с повестки дня рассмотрение данного дела в рамках судебного процесса.<sup>25</sup>

<sup>24</sup>Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей: Закон Республики Казахстан от 2 апреля 2010 года № 261-IV // Ведомости Парламента РК, 2010 г., № 7 (2560), ст. 27 (с изменениями и дополнениями).

<sup>25</sup>Юсупова Г. Рассмотрение дел об оспаривании приказов о включении в реестр недобросовестных участников государственных закупок в связи с неподписанием договора // Zanger. № 8, 2022. С. 25-26.

В качестве промежуточного вывода отметим, что к соблюдению данного требования суды конечно же не должны предъявлять завышенные требования. В сложных и неоднозначных ситуациях, требующих проверки, необходимо презюмировать наличие у истца необходимости в правовой защите. Поэтому требуются особые причины, которые в исключительных случаях оправдывают отказ суда в такой защите. Но, при этом, суд (судьи) должны помнить, что такое право у них есть и они им в необходимых случаях могут/должны воспользоваться.

## **5.2. Надлежащий способ правовой защиты как предпосылка эффективности административного судопроизводства**

Защита и восстановление нарушенных или оспариваемых прав могут быть эффективными только в том случае, если истец избрал для этого надлежащий способ правовой защиты. Использование для этих целей неправовых и/или искусственных инструментов ни при каких условиях не позволит решить сформулированную задачу. Поступление в суд исков, в которых избраны такие способы защиты, должно приводить к вынесению определения об их возвращении. Особенностью таких дел, по мнению судей, выступает то, что их целью может быть открытие производства по делу для приостановления рассмотрения иного, основного спора<sup>26</sup> или достижения иных, неправовых (искаженных) материальных или процессуальных целей.

Подобные споры нашли достаточно большое распространение в Украине, что привело к необходимости формулирования Большой Палатой Верховного Суда обобщенной позиции по этому поводу. Так, в одном из своих решений Большая Палата сформулировала следующие выводы: «согласно предписаниям Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» и ГПК Украины, соблюдение требований процессуального закона входит в обязанности суда при осуществлении правосудия по конкретному делу; законы Украины не предусматривают возможности рассмотрения в суде исковых требований о признании незаконными действий/бездействия другого суда после получения последним искового заявления и определения состава суда для его рассмотрения, поскольку такие действия/бездействие связаны с рассмотрением судебного дела даже после его завершения; разрешение в суде спора по такому исковому требованию будет вмешательством в осуществление правосудия другим судом; совершение (несовершение) судьей (судом) процессуальных действий при рассмотрении конкретного дела, а также принятые в нем решения могут быть обжалованы в суд высшей инстанции в порядке, предусмотренном процессуальным законом для того дела, при рассмотрении которого они были совершены (должны быть совершены) или приняты; обжалование совершения (несовершения) судом (судьей) в соответствующем деле процессуальных действий и принятых в нем решений не может происходить путем инициирования нового судебного процесса против суда (судьи)».<sup>27</sup>

Ненадлежащим способом правовой защиты в рамках административного судопроизводства, на мой взгляд, стоит признать и подачу административного органа иска к иному административному органу с требованием установления наличия/отсутствия компетенции по тому или иному вопросу. Компетенционные споры не

<sup>26</sup>Берзанюк Я. Указ. соч.

<sup>27</sup> Там же.

предусмотрены в АППК и, таким образом, административные суды не могут принимать к своему производству подобные дела.

### 5.3. Наличие нарушения субъективного публичного права

Одной из предпосылок допустимости административного иска выступает наличие нарушения субъективного публичного права у истца. Это требование вытекает, в частности, из п. 9 ч. 1 ст. 4 АППК, где сформулировано определение административного иска; в нем подчеркнуто, что иск представляет собой требование, поданное в суд с целью защиты и восстановления **нарушенных** (выделено мной – Р.М.) или оспариваемых прав, свобод или законных интересов, вытекающих из публично-правовых отношений. Подобный акцент можно встретить также и в определении истца (п. 33 ч. 1 ст. 4 АППК), а также в рамках формулировки задач административного судопроизводства (ч. 2 ст. 5 АППК). И это неокончательный список тех норм, в которых подчеркивается данное положение.

Подобной позиции придерживаются и украинские судьи, которые считают, что обязательным условием предоставления правовой защиты судом следует считать наличие соответствующего нарушения субъектом властных полномочий прав, свобод или интересов лица на момент обращения в суд. Нарушение должно быть реальным, касаться индивидуально выраженных прав или интересов лица, утверждающего об их нарушении.<sup>28</sup>

Соответственно, перед открытием производства по административному делу судья должен убедиться, что при описанных истцом фактических обстоятельствах дела, могло произойти (или имело место) **ограничение** его прав. В данном случае следует особо подчеркнуть, что на этом этапе судебного процесса речь должна идти именно об установлении факта ограничения, а не нарушения права. Мы должны понимать, что ограниченное на основе закона и согласно закону право частного лица не может быть признано нарушенным; в этом случае необходимо будет говорить о допустимом (легальном) ограничении права. Вывод о допустимости/недопустимости ограничения права суд может сделать лишь по результатам рассмотрения дела. Поэтому на первоначальном этапе (при первичном изучении иска и поданных доказательств) суд может сформулировать позицию лишь в части наличия/отсутствия ограничения того или иного права, принадлежащего истцу. В этой части суд должен воздержаться от чрезмерной скрупулёзности в решении денного вопроса. Достаточно будет лишь обоснованного предположения о том, что при соответствующих фактических и юридических обстоятельствах ограничение субъективного публичного права могло произойти. «Небезосновательность» доводов истца о неправомерности вмешательства в реализацию его прав выступает условием реализации права на доступ к суду».<sup>29</sup>

Определение наличия/отсутствия потенциального ограничения субъективного публичного права, если речь идет об обжаловании обременяющего административного акта, не представляется особенно сложным, поскольку такой акт всегда несет за собой определенные обременения, которые в большинстве случаев видимы и понятны. В крайнем случае, всегда можно обратиться к Конституции РК, которая содержит достаточно большой набор прав частного лица, в частности, право

<sup>28</sup>См.: Постановление Верховного Суда Украины от 15 ноября 2016 г. по делу №800/301/16.

<sup>29</sup>Golder v. the United Kingdom, 21 February 1975, Series A no. 18.

на личную свободу (пункт 1 ст. 16), которое защищает лицо от всех потенциально ограничительных мер, принимаемых по отношению к нему государством. Иными словами, обременяющий административный акт всегда будет «вмешиваться» в личную свободу человека и, таким образом, можно говорить о необходимости судебной защиты данного права.

Сложнее обстоит ситуация в тех случаях, когда лицо требует принятия благоприятного административного акта, утверждая, что у него есть соответствующее субъективное публичное право. Для установления (потенциального) наличия/отсутствия у истца такого права целесообразно воспользоваться критериями, разработанными в немецкой юридической литературе.<sup>30</sup> Некоторым образом уточняя и развивая существующий подход, можно сделать вывод, что **субъективное публичное право** возникает (имеет место) при одновременном существовании **трех обязательных условий**:

1) норма, содержащаяся в законе или другом нормативном правовом акте, указывает на обязанность или право административного органа содействовать частному лицу в реализации его права;

2) такое право служит удовлетворению не только общих, но и индивидуальных интересов частного лица. Наступивший эффект не должен быть лишь юридическим рефлексом (т.е. наступать в следствии достижения иной цели); он должен представлять собой целенаправленный результат действия нормы;

3) носитель такого права должен быть абстрактно определимым.

После установления наличия у потенциального истца соответствующего субъективного публичного права суд должен дать оценку того, **имело ли место его ограничение** со стороны административного органа. В этой части, на наш взгляд, допустимо воспользоваться разработанной в немецкой доктрине конституционного права схемой проверки ограничения конституционного права. В этой части различается классическое ограничение и современное (расширенное) определение ограничения прав.

Классическое (императивное) ограничение представляет собой общую (нормативный акт) или индивидуальную меру (административный акт) регулирования, которая преимущественно несет обременение их адресатам. Типичной (мерой) можно назвать «основанное на правовых формах действие», а именно, «немедленный и намеренный (окончательный) приказ или запрет (императивное действие), сформулированный государством, который при необходимости может быть реализован при помощи принуждения и который направлен на сокращение объема (содержания) основного права».<sup>31</sup>

Необходимость введения в юридический оборот современного (расширенного) ограничения основных прав была обусловлена тем, что на сегодняшний день инструментарий деятельности административных органов значительно расширился, и не всегда ограничения прав, вызываемые его применением, подпадают под его «классическое» определение. Согласно этому определению, ограничение означает любое поведение государства (административного органа), полностью или частично препятствующее лицу действовать в сфере, защищенной основным правом, не-

<sup>30</sup>Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. München: Verlag C.H. Beck, 2004. S. 152.

<sup>31</sup>Основні права людини: німецько-український правовий вимір: монографія / за ред. Мельника Р.С. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2022. С. 234.

зависимо от того, является ли этот эффект намеренным или непреднамеренным, прямым или косвенным, юридическим или фактическим, с применением принуждения или без такового. Достигнутый эффект должен быть связан с мерами, которые реализованы административным органом.<sup>32</sup>

Проверка административным судом сквозь призму сформулированных определений фактических обстоятельств дела позволит ему сформулировать обоснованный вывод о наличии или отсутствии потенциально возможного нарушения административным органом субъективного публичного права истца.

#### **5.4. Политические решения как недопустимый предмет обжалования в порядке административного судопроизводства**

Особенность национального судопроизводства заключается в том, что суды призваны рассматривать и разрешать правовые споры, т.е. те, в основу которых положено применение/неприменение норм права. Наряду с этим отдельные общественные отношения, имеющие место в обществе и государстве, регулируются *политическими нормами*, которые, по общему мнению, не имеют никакой юридической силы, не применяются судами или другими государственными органами и служат лишь для описания путей осуществления политической власти.<sup>33</sup>

Подобную позицию разделяют и немецкие авторы, в свою очередь, подчеркивая, что многие действительно политические вопросы не регулируются правом и, за неимением правового регулирования, не подлежат судебному контролю. Кроме того, вопросы «высокой политики», если они в целом и подлежат правовому регулированию, обычно регулируются посредством объективного права, которое, однако, не предусматривает субъективных прав частных лиц. Таким образом, возможные нарушения такого объективного права в любом случае не могут рассматриваться судом по инициативе гражданина, и не существует опасений относительно того, что юстиция ограничит свободу действий политической власти. Для предотвращения неопределенности в этой сфере, ненужных колебаний судебной практики и, как следствие, отказа в судебной защите прав, законодатель может исчерпывающим образом перечислить суверенные (политические) акты, не подлежащие судебному пересмотру (контролю), закрепив их в определенном списке, как это, например, было сделано в Литве.<sup>34</sup> Подобные предложения высказывались на различных публичных площадках и юристами из других стран, которые, в частности, предлагали четко (на нормативном уровне) определиться с тем, какие из полномочий Президента являются суверенно-политическими, а какие – управленческими, т.е. подлежащими контролю со стороны административных судов. Возможно, об этом стоит подумать и казахстанским юристам.

Однако, наряду с изложенным, все-таки более правильным и практически релевантным следует считать подход, связанный с выработкой *критериев разграничения политических и управленческих аспектов* в деятельности органов и должностных лиц, которые могут одновременно заниматься обоими видами деятельности

<sup>32</sup>Там же. С. 235.

<sup>33</sup>Усманова Р.М. Политические традиции и политические нормы: их роль в публичном регулировании общественных отношений // Юридические исследования. № 2. 2012. С. 25-48.

<sup>34</sup>См.: Правова держава за допомогою адміністративного судочинства: Німеччина, Україна, Казахстан: збірник статей / за редакцією проф. Р. Мельника, проф. Г. Кюпера, д-ра А. Хіммельрайх. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 124.



и, как следствие, принимать как политические решения, так и административные акты. Ранее автором уже были сформулированы некоторые предложения в этой части,<sup>35</sup> которые, как минимум, могут заложить основу для поиска соответствующего решения.

Недопустимость обжалования в порядке административного судопроизводства политических решений поддерживается и ЕСПЧ<sup>36</sup>, который, однако, при этом обращает внимание на то, что подобный «иммунитет» должен касаться исключительно вопросов, связанных с политической деятельностью, а не всех без исключения дел, в которых участвует политик<sup>37</sup>.

Особым примером (результатом) политической деятельности следует признать подписание или неподписание Президентом Украины законов, принятых парламентом. В последнем случае речь идет о реализации Президентом Украины права вето. Важной в связи с изложенным представляется позиция Конституционного Суда Украины, который установил следующее: «Президент Украины осуществляет право вето в отношении принятого Верховной Радой Украины закона после получения его для подписания на соответствующей стадии законодательного процесса. Это конституционно-правовая форма участия Президента Украины в законодательном процессе. Подписание или возвращение закона на повторное рассмотрение Верховной Рады Украины – исключительное конституционное право Президента Украины. Конституция Украины не устанавливает оснований и мотивов, по которым Президент Украины может вернуть закон на повторное рассмотрение Верховной Рады Украины, а также требования содержания предложений главы государства к закону. Проверка содержания предложений Президента Украины к закону в случае его возвращения на повторное рассмотрение Верховной Рады Украины не отнесена к полномочиям Конституционного Суда Украины».<sup>38</sup> Таким образом, ни Конституционный Суд Украины, ни другие суды, в частности административные, не уполномочены осуществлять контроль за названной выше деятельностью Президента Украины, которая, как уже отмечалось выше, является политической, а не правовой.

При этом, однако, следует обратить внимание на тот факт, что политическая деятельность может порождать производные отношения административно-правовой природы, что подчеркнул Конституционный Суд Украины в одном из своих решений, указав следующее: «В частности, отставка Кабинета Министров Украины может быть следствием политической ответственности как результата принятия Верховной Радой Украины резолюции недоверия Кабинету Министров Украины, не имеющей признаков юридической ответственности... Вместе с тем, из факта прекращения полномочий указанных лиц могут возникать правоотношения, имеющие производный от политической ответственности характер. В случае возникновения

<sup>35</sup>100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособ. / под ред. Р.С. Мельника. Киев: Юринком Интер, 2017. С. 173-174.

<sup>36</sup>Юрисдикция ЕСПЧ на сегодняшний день не распространяется на Казахстан.

<sup>37</sup>Цувіна Т. Указ. соч. С. 63.

<sup>38</sup>Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 73 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) здійсненого Президентом України права вето стосовно прийнятого Верховною Радою України Закону України «Про внесення змін до статті 98 Конституції України» та пропозицій до нього (справа щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України) від 11 березня 2003 р. № 6-рп/2003 // Офіційний вісник України. № 16, 2003. Ст. 710.

спора о праве относительно них, названные лица не лишаются права на обжалование в суде отдельных положений указанных актов, в частности, изменения даты, формулировки оснований увольнения и т.д.».<sup>39</sup> Соответственно, такие производные отношения могут регулироваться нормами административного права и споры, вытекающие из них, могут относиться к юрисдикции административных судов.

### Обсуждение

Представленные размышления и существующие проблемы (сложности) в части определения объема права на судебную защиту должны решаться, прежде всего, не на уровне доктрины административного права и административного процесса, а на уровне теории конституционного права. К сожалению, на сегодняшний день, мы не имеем глубоко проработанной доктрины конституционных прав человека и гражданина. Для большого количества юристов и теоретиков права соответствующий раздел Конституции продолжает нести в себе скорее идеологический, нежели практический характер. Нормы конституции, и прежде всего те из них, которые закрепляют права человека и гражданина, все еще не рассматриваются как непосредственно действующее право. В этой части остается надеяться, что созданный в Республике Конституционный Суд «вдохнет» новую жизнь в Конституцию и будет способствовать ее превращению в реально действующий нормативный правовой акт.

В части изложенного, на мой взгляд, Конституционный Суд должен будет обратить внимание и на некоторые системные противоречия, заложенные в текст Конституции РК и касающиеся темы данной статьи. В данном случае речь идет о части 3 статьи 39 Конституции РК, где закреплено, что ни в каких случаях не подлежит ограничению право на судебную защиту. Выше нами было продемонстрировано, что названное конституционное право в действительности может быть ограничено и что такие ограничения являются необходимыми и допустимыми. Получается, что Конституция РК провозглашает идею (закрепляет положение), которое является практически нерелевантным. На мой взгляд, подобные противоречия оказывают негативное воздействие на восприятие Конституции участниками правоотношений, которые видят, что ее отдельные положения не соответствуют действительности. Эта ситуация должна быть изменена. Законодатель, вместе с Конституционным Судом, должен подумать об уточнении норм Конституции РК, касающихся условий и порядка ограничения конституционных прав и свобод человека и гражданина.

### Заключение

Проанализированные выше ограничения права на судебную защиту в полной мере соответствуют условиям их легитимности, которые были сформулированы как в рамках практики ЕСПЧ, так и в рамках судебной практики в отдельных странах. Поэтому сформулированные нами позиции и рекомендации не должны восприниматься в качестве угрозы для конституционного права на судебную защиту, гарантированного пунктом 2 ст. 13 Конституции РК. В этой части имеет место совершенно иная ситуация, связанная с тем, что «освобождение» административных

---

<sup>39</sup>Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частин другої, третьої статті 124 Конституції України (справа щодо підвідомчості актів про призначення або звільнення посадових осіб) від 7 травня 2002 р. № 8-рп/2002 // Офіційний вісник України. № 20, 2002. Ст. 993.

судов от необходимости рассмотрения дел, которые не должны по определению рассматриваться по правилам АППК, существенным образом снизило бы нагрузку на судей, и позволило бы им более основательно и без лишней спешки рассматривать те дела, которые в полной мере, а не только «по касательной» относятся к юрисдикции административных судов.

**Р.С. Мельник, з.ғ.д., профессор, М.С. Нәрікбаев атындағы КАЗГЮУ Университетінің Әкімшілік және неміс құқығы ғылыми мектебінің жетекшісі (Астана, Қазақстан): Сот арқылы қорғау құқығы және әкімшілік сот ісін жүргізу: Қазақстан Республикасының Конституциясы мен еуропа құқықтық стандарттары тұрғысынан көзқарас**

Сот ісін жүргізу тәжірибесінде сотпен қорғалу құқығының теріс пайдалану үрдісі орын алған. Бұл, өз алдына, соттар жұмысының тиімділігін төмендетеді. Осыған байланысты, мемлекетте аталған теріс үрдістерді бұғаттайтын әртүрлі материалдық және процестік «фильтрлер» болуы қажет. Мақаланың *мақсаты* – әкімшілік сот ісін жүргізу аясында сотпен қорғалу құқығын легитимді шектеулерін анықтау бойынша құқықтық доктриналар мен халықаралық және ұлттық заңнамаға анализ жасау. *Ғылыми жаңашылдығы*: осы күнге дейін ұлттық құқық ғылымында әкімшілік сот ісіне қатысу құқығын шектеу мүмкіндігі туралы мәселе көтерілмеген және жүйелі зерттелмеген. Мақаланы жазу барысында сотпен қорғалу құқығына қатысты құқықтың және доктриналық ережелердің жалпы ғылыми және жеке ғылыми *зерттеу әдістері* қолданылды. *Зерттеу объектісі* – жеке тұлғалар құқығының сотпен қорғалу конституциялық құқығын жүзеге асыру аясында қалыптасатын қоғамдық қатынастар. Зерттеу пәні – аталған әкімшілік сот ісі аясындағы конституциялық құқықты қаматасыз етуге және жүзеге асыруға бағытталған халықаралық, конституциялық, әкімшілік және әкімшілік процестік заңнаманың нормалары мен ережелері. *Қысқаша түйіндер*: 1) Құқықтардың, еркіндіктер мен заңды мүдделердің сотпен қорғалу құқығы абсолютті болып табылмайды; 2) Аталған құқықтың мемлекет тарапынан легитимді шектеулеріне жол берілуі керек; 3) Сотпен қорғалу құқығын шектеудің көп түрлері бар, солардың ішінде материалдық құқық шектеулерін атап өтуге болады; 4) Егер: құқықтық қорғалудың объективті қажеттілігі болса; құқықтық қорғаудың тиісті тәсілін таңдаған кезде; субъективті жария құқықтың бұзылған болса, жеке тұлға өз құқықтарының сотпен қорғалуына талаптана алады; 5) Саяси шешімдерге әкімшілік сот ісін жүргізу тәртібімен шағым түсіруге жол берілмейді.

*Тірек сөздер*: *сотпен қорғалу құқығы, Конституция, негізгі (конституциялық құқық), әкімшілік сот ісін жүргізу, субъективті жария құқық, саяси шешім.*

**R.S. Melnyk, Doctor in Jurisprudence, Professor, head of Scientific School of Administrative and German Law of M. Narikbayev KAZGUU University (Astana, Kazakhstan): Right to effective judicial protection and administrative proceedings: look through the prism of the Constitution of the Republic of Kazakhstan and European legal standards.**

The practice of legal proceedings has tendencies associated with the abuse of the right to effective judicial protection, which leads to a decrease in the courts efficiency. In this regard, the state should have various material and procedural «filters» that allow blocking such negative tendencies. *The purpose* of the article is to analyze international and national legislation, as well as legal doctrine in terms of determining legitimate restrictions on

the right to effective judicial protection in the field of administrative proceedings. *The scientific novelty* of the article is the fact that the issue of the admissibility of restricting the right to access to administrative proceedings has not been raised and systematically studied until the present day in the national legal science. The author while writing the article used general and special scientific *research methods* to study the norms of law and doctrinal provisions related to the right to effective judicial protection. *The object* of the research is social relations that are being formed in the sphere of the implementation of the constitutional right of individuals to effective judicial protection of their rights. The subject matter of the research is the norms and regulations of international, constitutional, administrative, administrative and procedural legislation aimed at ensuring and exercising the indicated constitutional right in the field of administrative proceedings. *Brief conclusions*: 1) the right to effective judicial protection of rights, freedoms and legitimate interests is not absolute; 2) this right may be subject to legitimate restrictions by the state; 3) there are various types of restrictions on the right to effective judicial protection, where it is admissible to single out substantive restrictions; 4) an individual may apply for judicial protection of his / her rights if there is an objective need for legal protection; if appropriate method of legal protection is selected; if there is violation of subjective public law; 5) political decision is inadmissible subject matter of appeal within administrative proceedings.

*Keywords*: the right to effective judicial protection, the Constitution, basic (constitutional) rights, administrative proceedings, subjective public law, political decision.

#### Список литературы:

1. Берзанюк Я. Про позови, які не підлягають судовому розгляду, 2019 // URL: <http://kdkako.com.ua/pro-pozovi-yaki-ne-pidlyagayut-sudovomu-rozglyadu/>.
2. «Балацкий против Украины» от 25.10.2007 р. (Balatskyu v. Ukraine), заявление № 34786/03.
3. Государственное право Германии: сокращенный перевод немецкого семитомного издания. М.: Институт государства и права РАН, 1994. Т. 1. – 312 с.
4. Людська гідність: що ми розуміємо під «гідністю», «людиною» та «людською гідністю» // Матеріали міжнародного науково-практичного семінару «Людська гідність у праві Німеччини, Польщі та України», за фінансової підтримки міністерства закордонних справ Федеративної республіки Німеччина; Центр німецького права Київського національного університету імені Тараса Шевченка; ГО «Українсько-німецький правознавчий діалог» (Київ, 10 – 11 жовтня 2016) / відпов. ред. Б. Шлоер. Харків: В деле, 2017.
5. Адміністративний процес: загальна частина (Федеративна Республіка Німеччина, Україна): Навчально-практичний посібник / Манн Томас, Мельник Роман, Бевзенко Володимир, Комзюк Анатолій; пер. та адапт. з нім. Мельника Романа; за заг. ред. Бевзенка Володимира. К.: Алерта, 2013. – 308 с.
6. Основні права людини: німецько-український правовий вимір: монографія / за ред. Мельника Р.С. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2022. – 404 с.
7. Мишин А.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Учебник. М.: Белые альвы, 1996. – 400 с.
8. Усманова Р.М. Политические традиции и политические нормы: их роль в публичном регулировании общественных отношений // Юридические исследования. № 2. 2012. – С. 25-48.

9. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини в адміністративному судочинстві: Науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр., допов. К.: 2015. – 36 с.
10. Цувіна Т. Право на доступі до суду: підхід ЄСПЛ // Підприємництво, господарство і право. № 4, 2020. – С. 61-63.
11. Швабе Ю., Гайслер Т. Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. М.: Инфотропик-медиа, 2018. – 1028 с.
12. Юсупова Г. Рассмотрение дел об оспаривании приказов о включении в реестр недобросовестных участников государственных закупок в связи с неподписанием договора // Zanger. № 8, 2022. – С. 25-26.
13. 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособ. / под ред. Р.С. Мельника. Киев: Юринком Интер, 2017.
14. Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. München: Verlag C.H. Beck, 2004.
15. Michael L., Morlok M. Grundrechte. 7. Auflage. Nomos, 2019.

### References (transliterated):

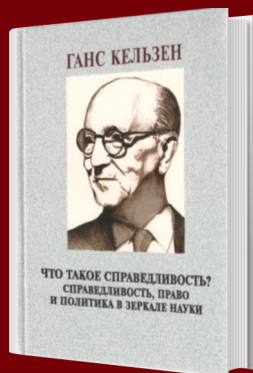
1. Berzanyuk Ya. Pro pozovi, yaki ne pidlyagayut' sudovomu rozglyadu, 2019 // URL: <http://kdkako.com.ua/pro-pozovi-yaki-ne-pidlyagayut-sudovomu-rozglyadu/>.
2. «Balackij protiv Ukrainy» ot 25.10. 2007 r. (Balatsky v. Ukraine), zayavlenie № 34786/03.
3. Gosudarstvennoe pravo Germanii: sokrashchennyj perevod nemeckogo semitomnogo izdaniya. M.: Institut gosudarstva i prava RAN, 1994. T. 1. – 312 s.
4. Grazhdanskij processual'nyj kodeks Respubliki Kazahstan: Kodeks Respubliki Kazahstan ot 31 oktyabrya 2015 goda № 377-V ZRK // Vedomosti Parlamenta RK 2015 g., № 20-VI, ct. 114 (s izmeneniyami i dopolneniyami).
5. Administratyvnyi protses: zahalna chastyna (Federatyvna Respublika Nimechchyna, Ukraina): Navchalno-praktychni posibnyk / Mann Tomas, Melnyk Roman, Bevzenko Volodymyr, Komziuk Anatolii; per. ta adapt. z nim. Melnyka Romana; za zah. red. Bevzenka Volodymyra. K.: Alerta, 2013. – 308 s.
6. Osnovni prava liudyny: nimetsko-ukrainskyi pravovyi vymir: monohrafiia / za red. Melnyka R.S. Odesa: Vydavnychiy dim «Helvetyka», 2022. – 404 s.
7. Mishin A.A. Konstitucionnoe (gosudarstvennoe) pravo zarubezhnyh stran: Uchebnik. M.: Belye al'vy, 1996. – 400 s.
8. Usmanova R.M. Politicheskie tradicii i politicheskie normy: ih rol' v publichnom regulirovanii obshchestvennyh otnoshenij // Yuridicheskie issledovaniya. № 2. 2012. – S. 25-48.
9. Fulei T.I. Zastosuvannia praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny v administratyvnomu sudochnystvi: Naukovo-metodychni posibnyk dlia suddiv. 2-he vyd. vypr., dopov. K.: 2015 – 36 s.
10. Tsvivina T. Pravo na dostupi do sudu: pidkhyd YeSPL // Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i pravo. № 4, 2020. – S. 61-63.
11. Shvabe Yu., Gajsler T. Izbrannye resheniya Federal'nogo konstitucionnogo suda Germanii. M.: Infotropik-media, 2018. – 1028 s.
12. Yusupova G. Rassmotrenie del ob osparivanii prikazov o vkluchenii v reestr nedobrosovestnyh uchastnikov gosudarstvennyh zakupok v svyazi s nepodpisaniem dogovora // Zanger. № 8, 2022. – S. 25-26.
13. 100 otvetov na 100 voprosov po Obshchemu administrativnomu pravu: ucheb. posob. / pod red. R.S. Mel'nika. Kiev: Yurinkom Inter, 2017.



14. Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. München: Verlag C.H. Beck, 2004.
15. Michael L., Morlok M. Grundrechte. 7. Auflage. Nomos, 2019.

Для цитирования и библиографии: Мельник Р.С. Право на судебную защиту и административное судопроизводство: взгляд сквозь призму Конституции Республики Казахстан и европейских правовых стандартов // Право и государство. 2022. № 4(97). – С. 36-53. DOI: 10.51634/2307-5201\_2022\_4\_36

Материал поступил в редакцию 09.12.2022.



### НОВЫЕ КНИГИ

**Ганс Кельзен. Что такое справедливость? Справедливость, право и политика в зеркале науки** / Пер. с англ. – М.В. Антонов, А.Б. Дидикин, А.А. Краевский. Под общ. ред. М.В. Антонова. СПб.: Алеф-Пресс, 2023. – 440 с.

**Hans Kelsen. What is justice? Justice, law, and politics in the mirror of science** / Translated by M.V. Antonov, A.B. Didikin, A.A. Kravevsky. Edited by M.V. Antonov. Saint Petersburg: Alef-Press, 2023. – 440 p.

ISBN 978-5-905966-88-0

В этой книге, вышедшей в свет в 1957 году, Ганс Кельзен раскрывает свое видение соотношения права и идеологии. Особое внимание играли представления о справедливости. Автор критически оценивает попытки наделить эти представления объективной значимостью. Он обосновывает тезис, согласно которому исследование справедливости, особенно в сфере права, должно основываться на допущении того, что научному познанию доступны и в его рамках верифицируемы только субъективные представления о ценностях. Книга будет полезна тем, кто интересуется вопросами теории государства и права, а также тем, кто изучает историю политических и правовых учений, методологические проблемы общей теории права и отраслевых юридических наук.

## БАНКРОТТЫҚ РӘСІМДІ ҚҰҚЫҚТЫҚ РЕТТЕУДІҢ ЖЕКЕЛЕГЕН ҚЫРЛАРЫ<sup>1</sup>



**М.А. ЕСТЕМИРОВ,**  
PhD, М.С. Нәрікбаев атындағы  
КАЗГЮУ Университеті  
Жеке құқық департаментінің  
Teaching professor  
(Астана, Қазақстан),  
email: m\_estemirov@kazguu.kz

Отандық банкроттық құқықтың жекелеген көкейкесті қырларын талдау осы мақаланың басты мақсаты болып табылады. Мақалада автор «Оңалту және банкроттық туралы» Қазақстан Республикасы заңының 12-бабының 8-тармағы 2)-тармақшасындағы ереженің Қазақстан Республикасы Конституциясының 24-бабы 1-тармағындағы ережеге сәйкестігі жайлы мәселе көтереді. Автордың пайымдауынша, «Оңалту және банкроттық туралы» қазіргі қолданыстағы заңды әзірлеу барысында жіберілген жүйелі қателіктер бұл жағдайдың шынайы себептері болып табылады. Мысалы, өзге көрші құқықтық жүйелерде (Ресей Федерациясы, Германия) банкроттық рәсімді жүргізуге қажетті қаражат болмаған не жеткіліксіз болған ретте банкроттық туралы істің басталуына рұқсат етілмейді немесе басталған іс тоқтатылады. Ал отандық заң шығарушы бұл сауалды мәжбүрлеу шарасы арқылы шешуге ұмтылған. Отандық құқықтық реттеудің осы тұсына автор сыни пікір білдіреді.

Банкроттық және оңалту рәсімдерін реттейтін барлық құқықтық ережелерді автор шартты түрде үш топқа жіктеп көрсетеді: 1) кодекс деңгейі: Азаматтық кодекс, Қылмыстық кодекс және т.б.; 2) заң деңгейі: «Оңалту және банкроттық туралы» және т.с.с.; 3) Жоғарғы Соттың нормативтік қаулысы, уәкілетті органның жекелеген актілері (ережелері, бұйрықтары) және отандық сот практикасы. Сот практикасын зерттеу қажеттілігін автор «Оңалту және банкроттық туралы» ҚР Заңының 50-бабы 1-тармағы 5)-тармақшасының мысалында көрсеткен. Атап айтқанда, мұнда оңалту немесе банкроттық туралы іс бойынша іс жүргізуді қозғау туралы ұйғарым шығарылған күннен бастап «борышкердің акцияларын, жарғылық капиталындағы үлестерін иеліктен шығаруға тыйым салына-тындығы» бекітілген. Заңның 50-бабы 1-тармағы 5)-тармақшасының сот практикасындағы қолданысына талдау жүргізу бұл сауалға қатысты уәкілетті орган мен соттың ұстанымдарының арасында қайшылықтың бар екендігін және отандық сот практикасының жалпылай алғанда, «борышкердің акцияларын, жарғылық капита-

© М.А. Естемиров, 2022

<sup>1</sup>Автор осы мақаланы әзірлеу барысында 2019 жылы Висмар Университетінде (Германия) өткізілген жазғы мектепке қатысу кезінде жинаған материалдарын қолданды. Автор сол жылғы жазғы мектеп жұмысына қатысуға қолдау көрсеткен халықаралық ынтымақтастық жөніндегі неміс қоғамына (GIZ) және осы ұйымның басшысы Йорг Пуделька мырзаға шынайы ілтипаты мен алғысын білдіреді.

лындағы үлестерін иеліктен шығаруға тыйым салу» бағытында өрбіп жатқанымен, жекелеген жағдайларда борышқор қатысушыларының құрамындағы өзгеріске рұқсат ететіндігін көрсетуде. Сондай-ақ автор банкроттық рәсімді жалғыз кредитордың бастау мүмкіндігіне де мақалада назар аударған. Жалғыз кредиторға банкроттық рәсімді бастауға салынған тыйымның Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының нормативтік қаулысында болғанына қарамастан, сот практикасында жалғыз кредиторға банкроттық рәсімді бастауға рұқсат еткен істер кездеседі және бұл ұстанымның орындылығы Жоғарғы Сот тарапынан қуатталған еді.

Жоғарыда сипатталғандардан тыс мақалада борышқор мәмілесін даулау мерзіміне қатысты сауал да көтерілген. Мысалы, «Оңалту және банкроттық туралы» Заңның 7-бабы 3-тармағында келесідей мазмұндағы ереже бекітілген: «Осы баптың 1 және 2-тармақтарында көрсетілген мән-жайлар кезінде жасалған мәмілелер анықталған кезде әкімші, оның ішінде мәмілені анықтаған кредитордың өтінішхаты бойынша, анықталған күннен бастап он жұмыс күні ішінде мұндай мәмілелерді жарамсыз деп тану туралы өтінішпен сотқа жүгінуге міндетті». Осы ережеде көрсетілген он күндік мерзімді өткізіп алудың құқықтық салдары қандай? Бұл сауалға отандық сот практикасында бір-біріне кереғар екі жауап берілген. Бұл мәселеге де мақалада көңіл бөлінген.

*Тірек сөздер: борышқор, банкрот, банкроттық рәсім, оңалту рәсімі, дәрменсіздік, төлем қабілетсіздік, жалғыз кредитор, коммерциялық емес ұйым, әкімші, уақытша және банкроттық басқарушы, уақытша әкімші және оңалтуды басқарушы, банкроттық рәсімнің салдары, мәмілені даулау мерзімі.*

### Кіріспе

Оңалту және банкроттық рәсімдер отандық зерттеушілер тарапынан жіті көңіл аударылмаған салалар санатына жатады. Ал, алысқа бармай өзімізбен көрші Ресейдің мысалына жүгінетін болсақ, онда бұл салада жұмыстардың толассыз жүріп жатқандығын көреміз. Мысалы, Мәскеу Мемлекеттік Университетінің құқық факультетінде магистратураның арнайы екі жылдық «Банкроттық құқық» бағдарламасы ашылып жұмыс істеуде. Осы университеттің кандидаттық, докторлық диссертациялар қорғау кеңесінде оңалту және банкроттық рәсімдерінің әралуан қырларына қатысты жылына кемінде бірнеше зерттеу еңбектері қорғалуда.<sup>2</sup> «Банкроттық құқық» бағыты бойынша екі жылдық магистратура бағдарламасы Санкт-Петербург Университетінде де іске қосылған. Нарықтық экономикада ертеден келе жатқан батыс елдерінің мысалына қарар болсақ, тіпті, қарыштап алға шығып кеткеніне көз жеткіземіз. Банкроттық құқық тармағы бойынша неміс зерттеушілерінің жетістіктері тіпті, алпауыт. Осы жайттарды ескерер болсақ, отандық зерттеушілерге де қамсыз қалу жарамайды. Осы мақаланы әзірлеу барысында отандық банкроттық құқыққа қатысты тұманды аз да болса сейілтуге, сонымен бірге патша көңілді оқырман назарына оңалту және банкроттық рәсімдерге қатысты өзімізді толғандырып жүрген бірқатар сауалдарды ұсынуды көздедік.<sup>3</sup>

<sup>2</sup>Қараңыз: URL: [https://istina.msu.ru/dissertation\\_councils/councils/30353040/](https://istina.msu.ru/dissertation_councils/councils/30353040/).

<sup>3</sup>Бұған дейін де бұл тақырыпты біз өз қаламымызға арқау еткен едік. Мысалы, «Кредиторлар талаптарының тізіліміне құрылтайшылардың (қатысушылардың) талаптарын енгізудің құқықтық реттелуі» тақырыбындағы мақаламыз осы журналдың № 3-4 (80-81) жарық көрген еді (<https://km.kazghu.kz/articles/articles/view/id/420>); бұдан тыс «Банкроттық құқық» пәні бойынша практикада әзірлеген болатынбыз ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4008340](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4008340)).

## Мақаланың негізгі ережелері

Мақалада отандық банкроттық құқық жайлы егжей-тегжейлі толыққанды түсінік қалыптастыру үшін заңнаманы, уәкілетті органның әралуан ережелерін талдаумен қатар сөзсіз, отандық сот практикасын қоса талдау қажеттігі жайлы байлам жасалды. Бұдан тыс банкрот-ұйымды бір жеке тұлға құрып, ол тұлға қайтыс болған ретте банкроттық туралы заңның 40-бабының ережелерін орындаудың қиындығына, коммерциялық емес ұйымдарды банкрот деп тану мүмкіндігіне қатысты отандық және көрші елдер заң шығарушыларының арасында ұстаным ерекшеліктеріне, жалғыз кредитордың банкроттық рәсімді бастау мүмкіндігіне назар аударылды. Сонымен бірге, мақалада банкроттық туралы отандық заңның 12-бабының 8-тармағы 2)-тармақшасындағы «*әкімші өкілеттіктерін орындаудан қатарынан күнтізбелік он екі ай ішінде екі реттен артық бас тартқан*» ретте әкімшіні еркінен тыс реестрден алып тастау мүмкіндігінің Қазақстан Республикасы Конституциясының «еңбек еріктілігін» бекіткен 24-бабының 1-тармағына сәйкестігі мәселесі көтеріледі.

## Материалдар мен тәсілдер

Мақаланы әзірлеу барысында осы бағытта әзірленген зерттеу еңбектері мен отандық сот практикасына мейлінше талдау жүргізілді. Отандық сот практикасына талдау жүргізу үшін Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының (*бұдан әрі – ҚР ЖС*) және bestprof.kz порталдары қолданылды. Зерттеу барысында салыстырмалы-құқықтық, логикалық және өзге де жалпы ғылыми тәсілдер қолданылды.

## Негізгі бөлім

### 1. «Банкрот» сөзінің мәні мен банкроттық рәсімнің мақсаты

«Банкрот» сөзінің шығу тегі көне итальян тіліндегі “banka rotta” яғни, “қираған үстел (мекеме)” сөзінен бастау алатындығы айтылып, бұл сөздің ақшалай төлемдер жасауға дәрменсіз банкирлерге қолданылғандығы жайлы деректер келтіріледі.<sup>4</sup> Зерттеушілердің арасында «дәрменсіздік (несостоятельность)» және «банкроттық» сөздерінің мағыналық тұрғыдан мөлшерлес тепе-тең ұғымдар емес екендігі жайлы пікірлер бар. Атап айтқанда, «дәрменсіздік» ұғымының мазмұндық тұрғыдан алғанда ауқымдырақ екендігі, ал «банкроттықтың» дәрменсіздіктің бір көрінісі екендігі және «банкроттық» сөзінің борышқор өзін әдейі, қасақана төлем қабілетсіздігіне әкелген жағдайларды сипаттау үшін қолданылатындығы айтылады.<sup>5</sup> Осы жайттан хабардар болғаннан кейін көрші ресейлік заң шығарушының не себепті, осы саладағы басты құқықтық актісін «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>6</sup> деп атағандығы ұғынықтырақ бола түседі. Ал, біздің жағдайда отандық заң шығарушы бұл ұғымдардың астарына терең үңіліп жатпай, қазіргі қолданыстағы отандық заңды «Оңалту және банкроттық туралы» деп атаған.

<sup>4</sup>Қараңыз: URL: <https://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy>; <https://lexicography.online/etymology/%D0%B1/%D0%B1%D0%B0%D0%BD%D0%BA%D1%80%D0%BE%D1%82>.

<sup>5</sup>Карелина С.А. Механизм правового регулирования отношений несостоятельности. М., 2008. – 568 с. Б. 107-121.

<sup>6</sup>URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_39331/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39331/).

Ендігі бірер сөйлемді банкроттық рәсімнің мақсатына арнасақ. Банкроттық рәсімнің мақсатын сипаттауды «Дәрменсіздік туралы» неміс заңының 1-бабынан бастамақпыз. Аталған заңның бірінші бабы «§1. Дәрменсіздік рәсімінің мақсаты» деп аталып, келесі мазмұндағы ережені қамтиды: «*Дәрменсіздік рәсімі борышқордың мүлкін сату (билік ету) және түскен қаражатты бөлу арқылы кредиторлардың талаптарын жаппай қанағаттандыруға не конкурстық жоспарға орай кәсіпорынды сақтап қалуға бағытталатын арнайы ережені мақұлдауға жұмыс істейді. Адал борышқорға өтелмей қалған міндеттемелерінен арылуға мүмкіндік беріледі*».<sup>7</sup> Осы ережеге сүйеніп, неміс оқулықтарында банкроттық рәсімнің келесідей екі мақсатты көздейтіндігі айтылады. Сонымен, банкроттық рәсімнің бірінші мақсаты – кредиторлардың талаптарын жаппай қанағаттандыру болса, келесі екінші мақсаты – адал борышқорға өтелмей қалған борышынан арылуға мүмкіндік беру.<sup>8</sup> Мұндағы екінші мақсат әрине, жеке тұлғалардың банкроттығына қатысты болмақ. Себебі, заңды тұлғалар банкроттық рәсім нәтижесінде қызметін мүлдем тоқтатып, реестрден алынып тасталады. Неміс құқығы кәсіпорында төлемқабілетсіздік белгілері айқындалған ретте осы ұйымның басқару органдарына банкроттық рәсімді кешеуілдетпей дереу бастау міндетін жүктейді.<sup>9</sup>

Зерттеушілер тарапынан банкроттық рәсімнің мазмұнын түсіндіретін теориялардың ұсынылғандығына да тоқтала кету қажет. Мысалы, Р. Борк өзінің еңбегінде банкроттық рәсімнің мазмұнын ашу мақсатында зерттеушілер тарапынан «creditors bargain theory» немесе «кредиторлардың келісім теориясы» және «communitarian theory» не «ұжымдық теория» ұсынылғандығына тоқталады. «Кредиторлардың келісім теориясын» ұсынған Томас Джексонның пайымдауынша, кредиторлар борышқор банкроттыққа енген ретте өздерінің талаптарын әрбірі жеке жүгініп емес, бірлесе осы банкроттық рәсім аясында өндіруге алдын-ала келісім берген болып есептеледі. Алайда, Р. Борк бұл теорияның кредиторлар мүддесіне ғана басымдылық беретіндігін сынға алып пікір білдіреді. Ал, «ұжымдық теория» болса, банкроттық рәсімнің тек ғана кредиторлардың ғана емес, сонымен бірге көптеген өзге тұлғалардың да мүддесін қозғайтындығына тоқталады.<sup>10</sup>

## 2. Оңалту және банкроттық рәсімдерді реттейтін отандық заңнама

Оңалту және банкроттық рәсімдерді реттейтін отандық құқықтық базаны шартты түрде үш деңгейге бөліп көрсетуге болады. **Бірінші**, кодекс деңгейі: мысалы, ҚР Азаматтық кодексі (21, 21-1, 52-57 баптар), Қылмыстық кодекс (237-239 баптар), Әкімшілік құқықбұзушылықтар туралы кодекс (176-182 баптар) және т.с.с.; **екінші**, заң деңгейі: еліміз тәуелсіздік алған сәттен бүгінгі күнге дейінгі кезеңде

<sup>7</sup>URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/insol/>; German Insolvency Code. Article by article commentary. Edotor Dr. Eberhard Braun. Second edition. Beck Verlag, 2019. А. 21-22.

<sup>8</sup>Insolvenzrecht. Grundkurs für Wirtschaftswissenschaftler. Ralph Kramer., Frank K. Peter. 3 Auflage / 2014. Б. 15; Insolvenz. Fehler vermeiden, Ansprüche sichern / Dirk Schulz, Ulrich Bert, Holger Lessing. 2. Auflage, 2013. Б. 13-14; Insolvenzrecht. Schnell erfasst / Hermann Fenger. Springer Verlag, 2005. Б. 2; Die Funktion des Insolvenzrechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen – kritische Bemerkungen zur fortschreitenden Rezeption einer Sanierungskultur U.S.-amerikanischer Provenienz / Michael Heese. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018. Б. 16-17.

<sup>9</sup>Basiswissen Insolvenz. Schneller Einstieg in Insolvenzprävention und Risikomanagement / Bernd Heesen., Vinzenth Wieser-Linhart. Springer, 2018. Б. 2-3.

<sup>10</sup>Corporate insolvency law. A comparative textbook. Reinhard Bork, 2020. Б. 9-10.



осы саланы реттейтін төрт нормативтік құқықтық акті қолданыста болыпты. 2014 жылдың 7 наурызында қабылданған қазіргі қолданыстағы «Оңалту және банкроттық туралы» ҚР Заңы реттік нөмірі бойынша осы саланы реттеуге бағытталған төртінші заң болып табылады<sup>11</sup>; **үшінші**, ҚР ЖС нормативтік қаулылары, уәкілетті органның әралуан ережелері келесі үшінші деңгейді құрайды. Мысалы, «Оңалту және банкроттық туралы заңнаманы қолдану практикасы туралы» ҚР ЖС 2015 жылғы 2 қазандағы № 5 нормативтік қаулысы (*бұдан әрі – ҚР ЖС банкроттық туралы нормативтік қаулысы*), «Банкроттықты басқарушының негізгі сыйақысының ең төменгі және ең жоғарғы шегін белгілеу туралы» Қазақстан Республикасы Қаржы министрінің 2020 жылғы 1 сәуірдегі № 344 бұйрығы, «Қалыптастырылған кредиторлар талаптарының тізіліміне өзгертулер мен толықтырулар енгізу қағидаларын бекіту туралы» Қазақстан Республикасы Қаржы министрінің 2020 жылғы 28 сәуірдегі № 424 бұйрығы және т.с.с. Дәл осы үшінші деңгей қатарында атап өтілуі тиіс келесі бір қайнар көз, ол сот практикасы болып табылады. Себебі, заңнамада жауабы берілмеген даулы жағдайлар отандық сот практикасында жиі кездесіп қалып жатады. Осы ретте, банкроттық рәсім аясында туындаған дауды қараушы сот істі мазмұны бойынша шешіп, нақты позиция айтуы тиіс. Осы себепті, сот практикасы да отандық банкроттық құқықтың дамуына, кемелденуіне сүбелі үлес қосып жатқандығын сеніммен айта аламыз. Сондықтан, оңалту не банкроттық рәсімдердің құқықтық реттелуіне қатысты толыққанды ақпарат алу қалайтын тұлға сөзсіз отандық сот практикасында қоса талдауы тиіс. Сот практикасын талдау қажеттілігіне біз, өз тарапымыздан «лотос тәсілі» деген атауды енгізіп жатырмыз.<sup>12</sup> Сонымен, қазақ банкроттық құқығы жайлы сауалдар туындаған ретте жоғарыдағы бөлікте сипатталған қайнар көздерден жауап таба аласыз.

### 3. Банкрот деп тану негіздері

Қазіргі қолданыстағы «Оңалту және банкроттық туралы» отандық заңның (*бұдан әрі – банкроттық туралы заң*) 5-бабының ережелеріне сәйкес банкроттық рәсімді қолдану туралы бастаманы борышқордың өзі, кредиторлар және белгілі-бір жағдайда прокурор (заңның 47-бабы) көтеруі мүмкін.

Борышқор өзіне қатысты банкроттық рәсімді қолдану бастамасын көтере алуы үшін орнықты төлем қабілетсіздігі орын алуы тиіс. Ал, заң шығарушы **«орнықты төлем қабілетсіздігі»** ұғымының өзін келесідей тәсілмен ашады. Атап айтқанда, банкроттық туралы заңның 5-бабының 1-тармағы екінші абзацында келесі идея түр: *біріншіден*, борышқордың міндеттемелері оның мүлкінің құнынан асып кетуі тиіс (*бұдан әрі – бірінші алғышарт*); *екіншіден*, мерзімі тұрғысынан қойылатын талапқа жауап беруі тиіс. Мысалы, банкрот деп тану туралы өтініш жылдың үшінші тоқсанында берілсе, онда бірінші алғышарт жылдың басында болуы тиіс, ал банкрот деп

<sup>11</sup>«Банкроттық туралы» ҚР 1992 жылдың 14 қаңтарындағы № 1124-ХІІ заңы бұл саладағы ең алғашқы қабылданған отандық нормативтік құқық акті болса, ал «Банкроттық туралы» ҚР Президентінің 1995 жылдың 07 сәуіріндегі №2173 заң күші бар жарлығы екінші және бұдан кейін «Банкроттық туралы» ҚР 1997 жылдың 21 қаңтарындағы № 67-І заңы үшінші болды.

<sup>12</sup>Сот практикасын талдау қажеттілігіне бұл атауды қолдану «лотос» деп аталатын шәйдің атауынан туындап жатыр. Жұп-жұмыр жаңғақ іспеттес болып тұратын әлгі шәйді қайнаған ыстық суға салған ретте әлгінде ғана домалақ, кішкене болып тұрған шәйіміз жайқалып әдемі гүлге айналады. Құқықтық нормалар да осы іспеттес болады. Іс жүзіндегі қолданысына үңілмей, талдау жүргізбей тек қағаз бетіндегі мазмұнымен шектелуге болмайды. Ал «лотос шәйі» жайлы мына сілтемеден қарай аласыз: <https://tea.fineropkupa.ru/chay-lotos-zasmin/>.

тану туралы өтініш жылдың бірінші тоқсанында берілсе, онда бірінші алғышарты былтырғы жылдың басында болуы тиіс.

Процедуралық тұрғыдан борышқордың өз-өзін банкрот деп тану туралы өтінішіне қойылар талаптар банкроттық туралы заңның 40, 41, 42-баптарында айқындалған. Искерлік айналымда қиындық туындатып жатқан бір мәселе ретінде бұл тұста мына жағдайға назар аударған жөн. Мысалы, банкроттық туралы заңның 40-бабында борышқордың сотқа өзін банкрот деп тану туралы өтінішпен жүгінуі үшін тиісті басқару органының шешімі қажет екендігі бекітілген. Демек, ұйымды бірнеше тұлға құрған жағдайда қатысушылардың жалпы жиналысының шешімі, ал егер ұйымды бір тұлға құрған болса, онда жалғыз қатысушының шешімі сотқа қоса ұсынылуы тиіс. Ал, практикада келесі жағдай туындауда. Жауапкершілігі шектеулі серіктестікті бір жеке тұлға құрған. Атқарушы органы ретінде келесі бір жеке тұлға тағайындалған. Арада біршама уақыт өткеннен соң ЖШС қатысушысы қайтыс болады. Енді, осы жағдайда бұл ұйым өзін банкрот деп тану туралы бастама көтере алады ма, деген сауал туындайды. Осы сауал туындаған нақты істе сот, жалғыз қатысушының банкроттық рәсімге жүгіну туралы шешімінің жоқтығын алға тартып және жалғыз қатысушының өмірден өткендігі, сол себепті, аталған шешімді ұсына алмағандығы жайлы атқару органының уәжіне назар аудармай, банкрот деп тану туралы өтінішті қанағаттандырусыз қалдырады.<sup>13</sup> Біздің пайымдауымызша, осы тұстағы құқықтық реттеуді жетілдіру қажет.

#### 4. Кімдерді банкрот деп тануға болады

Бұл сауалға заң шығарушы банкроттық туралы заңның 3-бабында жауап берген. Банкроттық рәсім бүгінгі таңда дара кәсіпкерге, жеке<sup>14</sup> және заңды тұлғаға қолданылуы мүмкін. Жинақтаушы зейнетақы қорының, банктің, сақтандыру (қайта сақтандыру) ұйымының банкроттығы осы ұйымдар жайлы арнайы заңдарда реттеледі. Банкроттық рәсім мүлдем қолданылмайтын ұйымдық-құқықтық нысан санатына қазыналық кәсіпорын мен мекеме жатқызылған. Мекеменің мемлекеттік және жеке болып бөлінетіндігі мәлім.<sup>15</sup> Отандық сот практикасына жүргізілген талдау банкроттық рәсімнің мемлекеттік те, жеке мекемеге де қолданылмайтындығын көрсетуде.<sup>16</sup>

Осы тұста отандық банкроттық туралы заңның көрші елдердің заңнамасынан бір өзгешелігі бар. Мысалы, көрші Ресей Федерациясының Азаматтық кодексінің 65-бабында банкроттық рәсімнің қазыналық кәсіпорынға, мекемеге, саяси партияға және діни бірлестікке қатысты қоланыламайтындығы бекітілген.<sup>17</sup> Ал, келесі көр-

<sup>13</sup>Ақтөбе облыстық азаматтық істер жөніндегі сот алқасының 2020 жылдың 30 маусымындағы №1599-20-00-2а/536 қаулысы.

<sup>14</sup>«Төлем қабілеттілігін қалпына келтіру және Қазақстан Республикасы азаматтарының банкроттығы туралы» Қазақстан Республикасының 2022 жылдың 30 желтоқсанындағы №178-VII заңы. URL: <https://adilet.zan.kz/kaz/docs/Z2200000178>.

<sup>15</sup>«Коммерциялық емес ұйымдар туралы» Қазақстан Республикасының 2001 жылдың 16 қаңтардағы №142 Заңының 10-бабы. URL: <https://adilet.zan.kz/kaz/docs/Z010000142>.

<sup>16</sup>Солтүстік Қазақстан облыстық сотының азаматтық істер жөніндегі алқасының 2009 жылдың 13 мамырындағы № 2а – 701/2009 қаулысы; Қарағанды облыстық сотының азаматтық істер жөніндегі алқасының 2009 жылдың 24 сәуіріндегі № 3а-1344 қаулысы.

<sup>17</sup>URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_5142/4e9f45cee5c3a3157af95af6ef0a27b74d43e458/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/4e9f45cee5c3a3157af95af6ef0a27b74d43e458/).

шіміз Өзбекстан Республикасының «Төлем қабілетсіздігі туралы» заңының 1-бабына назар аударар болсақ, онда банкроттық рәсімнің тұтыну кооперативі мен қоғамдық қорды қоспағанда өзге коммерциялық емес ұйымдарға қолданылмайтындығы бекітілген.<sup>18</sup> Қолданыстағы банкроттық туралы отандық заңда мекемеден басқа өзге барлық коммерциялық емес ұйымдарды да банкрот деп тануға болатындығы бекітілген. Діни бірлестікке қатысты банкроттық рәсімді қолдануға болмайтындығы жайлы ресейлік және өзбек заң шығарушыларының ұстанымдары бір болса, ал отандық заң шығарушы бұл мүмкіндікті теріске шығармайды және діни бірлестікке қатысты банкроттық рәсімді қолдану мүмкіндігінің барлығын отандық зерттеушілер де мойындайды.<sup>19</sup> Бұл мәселені де шағын мақалаға емес, диссертация деңгейінде терең байыпты талдауға арқау болатын сауал санатына жатқызуға болады.

### 5. Жалғыз кредитордың банкроттық рәсімді бастау мүмкіндігі

ҚР ЖС банкроттық туралы нормативтік қаулысының 13-1-тармағында келесі ереже бекітілген: *«Егер жалғыз кредитор өзге тұлға (салықтар мен бюджетке басқа да міндетті төлемдер бойынша кредитор емес) болған жағдайда, берешекті өндіріп алу жөніндегі талаптар банкроттық рәсімі қолданылмай жалпы белгіленген сот тәртібімен шешілуге тиіс. Жалғыз кредитор болған кезде борышкердің мүліктік массасын заңнамада белгіленген тәртіппен кезектілікке сәйкес кредиторлардың арасында әділ бөлу қажеттілігі жоқ»*. Сонымен, ҚР ЖС ұстанымы бойынша егер, кредитор борышқордың жалғыз кредиторы болған ретте банкроттық рәсімді бастауға рұқсат етілмеуі тиіс. Дей тұрғанымен, отандық сот практикасына жүргізілген талдау ҚР ЖС өзі бұл ұстанымды дүркін-дүркін бұзып отырғандығын көрсетуде. Мысалы, ҚР ЖС 2016 жылдың 12 қазанындағы № 6001-16-00-3Г/8255 қаулысы, ҚР ЖС 2017 жылдың 25 қаңтарындағы № 6001-16-00-3гп/1110 қаулысы. Бұл істерде ҚР ЖС жалғыз кредитордың болуы борышқорға қатысты банкроттық рәсімді бастауға тосқауыл болмайтындығы жайлы байлам білдіреді. Осы бөлікте сипатталған мағлұматтардан бұл сауалға қатысты қайшылықтың бар екендігіне көз жеткіземіз. Бір жағынан, ҚР ЖС банкроттық туралы нормативтік қаулысы «жоқ, бастауға болмайды» деген жауапты ұсынса, ал екінші жағынан сот практикасы соның ішінде, ҚР ЖС деңгейінде «ия, бастауға рұқсат» деген мазмұндағы алғашқы ұстанымға кереғар даму бағыты бар. Бұл жағдайда, заңнама не дейді? Қолданыстағы банкроттық туралы заңда бұл сауалға айқын емес, тұманды жауап берілген. Атап айтқанда, заңда егер борышқордың жалғыз кредиторы болған ретте әкімшінің борышқордың қаржылық орнықтылығы туралы қорытындыны әзірлемейтіндігі айтылған (банкроттық туралы заңның 49-бабының 3-тармағы) және соттың банкроттық рәсімді қолданбау туралы шешімді уақытша басқарушының қорытындысын ескере отырып қабылдайтындығы бекітілген (58-баптың 1-тармағы). Заңның бұл редакциясы 2020 жылдың қаңтарынан бері қолданыста. Бұған дейінгі заңның редакциясында жалғыз кредитордың болуы, банкроттық рәсімді қолданудан бас тартуға

<sup>18</sup>URL: <https://lex.uz/ru/docs/5957616>.

<sup>19</sup>Подопригора Р.А. Комментарий к Закону Республики Казахстан «О религиозной деятельности и религиозных объединениях». URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31439222&pos=694;-34#pos=694;-34&sdoc\\_params=text%3D%25D0%25B1%25D0%25B0%25D0%25BD%25D0%25BA%25D1%2580%25D0%25BE%25D1%2582%25D1%2581%25D1%2582%25D0%25B2%25D0%25B0%26mode%3Dindoc%26topic\\_id%3D31439222%26spos%3D1%26tSynonym%3D1%26tS-hort%3D1%26tSuffix%3D1&sdoc\\_pos=0](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31439222&pos=694;-34#pos=694;-34&sdoc_params=text%3D%25D0%25B1%25D0%25B0%25D0%25BD%25D0%25BA%25D1%2580%25D0%25BE%25D1%2582%25D1%2581%25D1%2582%25D0%25B2%25D0%25B0%26mode%3Dindoc%26topic_id%3D31439222%26spos%3D1%26tSynonym%3D1%26tS-hort%3D1%26tSuffix%3D1&sdoc_pos=0).

жеткілікті негіз екендігі нақты жазылған еді. Айқын жазылған мәтіннен бас тартып, құқықтық норманы бұлыңғыр редакцияда берудегі заң шығарушының көздегені не? Жарайды, уақытша басқарушы «қаржылық орнықтылық туралы қорытындыны» әзірлемеді делік. Бұл автомат сот банкроттық рәсімді қолданудан бас тартады, дегенді білдіреді ме? Жоқ, білдірмеуі тиіс. Себебі, уақытша басқарушының қорытындысы іс бойынша жиналған өзге дәлелдемелермен қатар бағаланады. ҚР ЖС банкроттық туралы нормативтік қаулысының 13-тармағында «мұндай қорытындының сот үшін басқа дәлелдемелерден артықшылығы болмайтындығы» бекітілген.

Банкроттық рәсім әдетте, бірнеше кредиторлар болған ретте қолданылатын рәсім. Дегенмен, банкроттық рәсім аясында атқару өндірісі ұсынбайтын мүмкіндіктер бар. Мысалы, мәмілелерді даулау, субсидиарлық жауаптылыққа тарту және т.с.с. Осы тұрғыдан алғанда, жалғыз кредитор болған ретте де банкроттық рәсімге жүгінуге рұқсат етілуі тиіс деп пайымдаймыз.

## 6. Әкімші мәртебесі

Оңалту және банкроттық рәсімдер аясында маңызды рөл атқаратын тұлғалардың бірі әкімші тұлғасы екендігі даусыз.<sup>20</sup> Банкроттық туралы отандық заңның 1-бабында келесі мазмұндағы анықтама берілген: «3) *әкімші – істі сотта қарау, сондай-ақ оңалту рәсімін және банкроттық рәсімін жүргізу кезеңінде осы Заңға сәйкес өкілеттіктерді жүзеге асыратын уақытша әкімші, оңалтуды, уақытша және банкроттықты басқарушылар*». Әкімші тұлғасына қойылар талаптар, төленетін сыйақы және т.с.с. өзге де сауалдар банкроттық туралы заңның 12, 13 баптарында сипатталған. Бұдан тыс заңның бірқатар өзге де баптарында әкімшінің атқарар қызметтері тізбеленіп көрсетілген. Әкімші борышқордың өкілі ме, әлде кредитордың өкілі ме не мүліктік массаны күзетуші ме, деген сияқты зерттеушілердің арасында пікірталастар бар. Бұл пікірталастың практикалық маңызын мына мәселеден аңғарсаңыз болады. Атап айтқанда, қазіргі қолданыстағы ҚР АҚ 185-бабында талап қою мерзімін қалпына келтіруге жол берілетін жағдайлар сипатталған. Банкроттық басқарушы ҚР АҚ 185-бабының ережелеріне сүйеніп, талап қою мерзімін қалпына келтіре ала ма? Осы тұста, жоғарыдағы пікірталас мәселе яғни, әкімші кімнің өкілі деген сауал маңызды сипат алады. Отандық сот практикасында банкроттық басқарушының борышқор (заңды тұлғаның) мүддесінде әрекет ететіндігіне назар аударылып, талап қою мерзімін қалпына келтіруден бас тартқан жайттар кездеседі.<sup>21</sup>

<sup>20</sup>Әкімші мәртебесін айқындауға бағытталған көптеген еңбектерді атауға болады: Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters. Kollisionen und Spannungsfelder / Andreas Kästner. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018; Тай Ю.В. Правовые проблемы арбитражного управления. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. Москва, 2005. URL: <https://bankruptcyclub.ru/2020/01/13/%d1%8e%d0%bb%d0%b8%d0%b9-%d1%82%d0%b0%d0%b9-%d0%b4%d0%b8%d1%81%d0%b5%d1%80%d1%82%d0%b0%d1%86%d0%b8%d1%8f/>; Юхнин А.В. Правовые проблемы организации деятельности арбитражных управляющих. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. Москва, 2005. URL: <https://bankruptcyclub.ru/2020/01/13/%d1%8e%d1%85%d0%bd%d0%b8%d0%bd-%d0%b0%d0%bb%d0%b5%d0%ba%d1%81%d0%b5%d0%b9-%d0%b2%d0%bb%d0%b0%d0%b4%d0%b8%d0%bc%d0%b8%d1%80%d0%be%d0%b2%d0%b8%d1%87-%d0%b4%d0%b8%d1%81%d1%81%d0%b5%d1%80%d1%82%d0%b0/> және т.б.

<sup>21</sup>Шығыс Қазақстан облыстық сотының азаматтық істер жөніндегі алқасының 2016 жылдың 14 маусымындағы 2а-1447-16 қаулысы; Жамбыл облыстық сотының азаматтық істер жөніндегі сот алқасының 2020 жылдың 23 шілдесіндегі № 3199-19-00-2а/489 қаулысы.

Әкімші мәртебесі жайлы сөз қозғағанда назар аударылуы тиіс өзекті мәселе ретінде банкроттық туралы отандық заңның 12-бабының 8-тармағы 2)-тармақшасында сипатталған ережені атауға болады. Атап айтқанда, бұл ережеде «*әкімші өкілеттіктерін орындаудан қатарынан күнтізбелік он екі ай ішінде екі реттен артық бас тартқан*» ретте әкімші қызметін жүзеге асыруға құқылы тұлғалар тізімінен әкімшіні алып тастауға болатындығы бекітілген. Тек, үлестес (аффилирленген) тұлға болса ғана екі реттен артық бас тартуға рұқсат етіледі. Осы ретте, аталған ереженің әркімнің еңбек бостандығына кепілдік берген ҚР Конституциясының 24-бабының 1-тармағының ережелеріне сәйкестігі жайлы сауал туындайды.

### 7. Банкроттық (оңалту) рәсімді ендіру салдары

Банкроттық рәсімнің басталуы белгілі бір құқықтық салдарларға әкеледі. Енді бұл салдарларды сипаттауда заң шығарушы келесі тәсілге жүгінген. Банкроттық туралы заңның 50-бабында салдарлары жалпылай көрсетіліп, ал оңалту (68 бап) не банкроттық (87 бап) рәсімдер жайлы арнайы тарауларда қайта көрсетілген. Осы ретте жалпы салдарлары көрсетілген 50 баппен кейінгі арнайы тарауларда көрсетілген 68, 87 баптардың өзара үйлесімділігі жайлы мәселе туындайды. Атап айтқанда, банкроттық туралы заңның 50-бабының 1-тармағы 5)-тармақшасында «5) *борышкердің акцияларын, жарғылық капиталындағы үлестерін иеліктен шығаруға тыйым салынады*» деген мазмұндағы ереже бекітілген. Алайда, оңалту рәсіміне арналған 68 баптың мазмұнында мұндай салдар қарастырылмаған. Осы себепті, оңалту рәсімі қолданылып жатқан заңды тұлғаның қатысушылары (акционерлері, мүшелері) өздерінің үлестерін сата ала ма, деген сауал іскерлік айналымда туындауда. Уәкілетті орган осы сауалға берген өзінің жауабында заңның 50-бабының 1-тармағы 5)-тармақшасындағы тыйымның тек, іс сотта қаралып жатқан кезде ғана қолданылатындығын, ұйымға оңалту рәсімін қолдану туралы сот шешімі шыққан сәттен былайғы кезеңде заңның 68-бабының ережелері басымдыққа ие болатындығын, ал заңның 68 бабында мұндай тыйымның жоқтығын алға тартып оңалту рәсімі қолданылып жатқан ұйымның қатысушыларының өз үлестерін сата алатындығы жайлы байламын білдірді. Бірақ, сот практикасы қарсы бағытта дамуда. Мысалы, Алматы қалалық сотының апелляциялық сот алқасының 2017 жылдың 11 қазанындағы № 2а – 7201/2017 қаулысында сот «оңалту рәсімі қолданылып жатқан акционерлік қоғамның акционерінің өз акциясын сата алмайтындығы» жайлы байлам жасалған. Банкроттық рәсім аясында да үлесті сатуға тыйым салынатындығы жайлы отандық сот практикасында байламдар жасалған.<sup>22</sup> Сонымен бірге, заңның 50-бабының 1-тармағы 5)-тармақшасындағы «*...иеліктен шығаруға тыйым салынады*» ережесінің нені білдіретіндігіне қатысты сауалда бар. Мысалы, отандық сот практикасында «оңалту рәсімі қолданылып жатқан ұйымның қатысушысы қайтыс болып оның мұрагері қатысушылар құрамына қосуды талап еткен» іс қаралған болатын. Сот осы істе үлестің мұрагерлік тәртіппен ауысу жайттарына жоғарыдағы «*...иеліктен шығаруға тыйым салынады*» сөздерінің қолданылмайтындығын алға тартып, оңалту рәсіміндегі ұйымға мұрагердің қосыла алатындығы жайлы байлам жасады.<sup>23</sup> Бұл сипатталған бөліктен банкроттық туралы отандық заңның 50-бабының 1-тармағы 5)-тармақшасына қатысты отандық

<sup>22</sup> Нұр-Сұлтан қаласы мамандандырылған ауданаралық экономикалық сотының 2019 жылдың 20 желтоқсандағы №7119-19-00-2/12926 шешімі.

<sup>23</sup> Солтүстік Қазақстан облыстық сотының азаматтық істер жөніндегі сот алқасының 2020 жылдың 28 шілдедегі №5999-20-00-2а/553 қаулысы.



сот практикасының екі бағытта дамып бара жатқандығын аңғарамыз және отандық банкроттық құқық жайлы толыққанды түсінік қалыптастыру үшін қазақстандық сот практикасының сөзсіз қоса қаралуы керектігі туралы байлам жасаймыз. Бірінші бағыттағы істерде (үлес шарт арқылы иеліктен шығарылған жағдайларда) сот практикасы үлесті «...иеліктен шығаруға тыйым салынатындығын» алға тартып, ол шарттарды жарамсыз деп танып жатыр. Ал, екінші бағыттағы істерде (үлес мұрагерлік тәртіпте ауысқан жағдайларда) сот практикасы «қатысушылар құрамындағы өзгеріске жол берілетіндігі» жайлы ұстанымды ұстауда.

## 8. Мерзімнің банкроттық рәсім аясындағы маңызы

Мерзім банкроттық рәсімдер бойынша өте-мөте маңызды рөл атқарады. Мысалы, банкроттық туралы отандық заңның 90-бабының 3-тармағында «Кредиторлар банкротқа қоятын талаптарын кредиторлардың талаптарды мәлімдеу тәртібі туралы хабарландыру жарияланған күннен бастап бір ай мерзімде мәлімдеуге тиіс» деген мазмұндағы ереже бекітілген. Кредитор осы бір айлық мерзімде талабын мәлімдеп үлгермесе, онда кредиторлар жиналысында дауыс беру құқығынан айрылады (90-баптың 5-тармағы) және кредиторлар талаптары тізілімінің ең соңына қойылады (100-баптың 7-тармағы).

Банкроттық рәсім аясындағы мерзімнің қолданысына қатысты нақты айқын ұстанымды талап ететін тұманды тұстарда отандық сот практикасында жиі туындап жатады. Атап айтқанда, банкроттық туралы отандық заңның 7-бабының 3-тармағында келесі мазмұндағы ереже бекітілген<sup>24</sup>: «Осы баптың 1 және 2-тармақтарында көрсетілген мән-жайлар кезінде жасалған мәмілелер анықталған кезде әкімші, оның ішінде мәмілені анықтаған кредитордың өтінішхаты бойынша, анықталған күннен бастап **он жұмыс күні ішінде**<sup>25</sup> мұндай мәмілелерді жарамсыз деп тану туралы өтінішпен сотқа жүгінуге міндетті». Осы ретте, әкімші банкрот деп танылған борышқордың даулану негіздері бар мәмілелерін айқындап, бірақ он күндік мерзім ішінде даулап үлгермесе, не болмақ? Осы он күндік мерзімді өткізіп алған әкімші мәмілені даулай ала ма? Бұған қатысты отандық сот практикасында бір-біріне кереғар екі ұстаным бар. Бірінші ұстаным бойынша бұл он күндік мерзімді өткізіп алған әкімші борышқор мәмілелерін даулай алмауы тиіс.<sup>26</sup> Екінші ұстаным бойынша он күндік мерзімнің өтуі әкімшіні мәмілені даулау мүмкіндігінен айырмайды, тек бұл мерзімді өткізіп алу әкімшіні жауаптылыққа тартуға ғана негіз бола алады.<sup>27</sup> Әрине, бір құқықтық нормаға қатысты елімізде қос практиканың болуы құптарлық жайт емес.

<sup>24</sup>Нарықтық экономикада ертеден келе жатқан елдердің зерттеушілері банкроттық рәсім қолданылып жатқан борышқордың мәмілелерін даулаудың әралуан қырларын ашуға бағытталған ауқымды еңбектер жариялаған. Мысалы: Das europäische Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung. Eine Untersuchung zur Auslegung des Art. 16 EuInsVO / Monika Frevel. 1 Auflage, 2017; Anfechtung in der Verbraucherinsolvenz. Eine rechtstatsächliche Untersuchung zur Tätigkeit des Treuhänders im Spannungsfeld der Gläubigerinteressen / Christian Matiebel. 1 Auflage, 2017.

<sup>25</sup>Біз тарапымыздан асты сызылып әрі боялып көрсетілді.

<sup>26</sup>Бұл ұстаным мына істерде білдірілген: Ақтөбе облыстық сотының азаматтық істер жөніндегі сот алқасының 2021 жылдың 07 сәуіріндегі №1599-21-00-2а/226 қаулысы, Ақтөбе облыстық мамандандырылған ауданаралық экономикалық сотының 2021 жылдың 02 сәуіріндегі №1513-21-00-2/428 шешімі.

<sup>27</sup>Қарағанды облыстық мамандандырылған ауданаралық экономикалық сотының 2021 жылдың 26 қазанындағы №3514-21-00-2/3243 шешімі.

### Талқылаулар

Банкроттық рәсімді қолдану туралы істі сотта қарау барысында тек бір ғана кредитор өз талаптарын мәлімдеген жағдайда борышқор тұлғаға қатысты банкроттық рәсімді қолдану мүмкіндігіне қатысты қазіргі отандық құқықтық реттеу нақты айқын емес. ҚР ЖС банкроттық туралы нормативтік қаулысында бұған тыйым салынатындығы айтылғанымен, ҚР ЖС деңгейінде бұл талаптың сақталынбай жатқандығын растайтын істер бар. Ал, біз кредитор жалғыз болған ретте де банкроттық рәсімді бастауға тосқауыл болмауы тиіс, деген ұстанымды қолдаған болар едік. Себебі, банкроттық рәсімді бастау борышқор мәмілелерін даулау, субсидиарлық жауаптылыққа тарту сияқты қосымша мүмкіндіктерге жол ашып, кредиторға өз талабын қанағаттандыруға мүмкіндік береді.

Банкроттық туралы отандық заңның 12-бабының 8-тармағы 2)-тармақшасындағы *«әкімші өкілеттіктерін орындаудан қатарынан күнтізбелік он екі ай ішінде екі реттен артық бас тартқан»* жағдайда әкімшіні еркінен тыс реестрден алып тастау мүмкіндігі қазіргі қолданыстағы ҚР Конституциясының 24-бабының 1-тармағының ережелеріне қайшы деп білеміз. Бұл мәселе 2023 жылы жұмысын бастайтын Конституциялық соттың қарауына ұсынылып, бұл сауал бойынша осы орган түпкі байламын білдіруге тиіс.

### Қорытынды байламдар

Абай атамыздың *«Әннің де естісі бар, есері бар...»* деп келетін сөздерін қазіргі уақытта айтылып жүрген сыни пікірлерге де қолдануға болады. Сонымен, сынның да естісі бар, есері бар. Академиялық қауымдастық істерді дұрыс шешуге қажетті тиісті құралдармен (оқулық, монография, комментарийлер т.с.с.) отандық соттарды қамтамасыз етпей тұрып сот практикасындағы қайшылықтар үшін жалаң сот корпусын ғана кінәлау әділетсіз айыптау болған болар еді. Жалпы, жеке құқық саласында соның ішінде, банкроттық құқық тармағы бойынша да қордаланған сауалдарды шешуді отандық сот корпусы мен академиялық қауымдастық өзара тығыз пікір алмасу, ынтымақты іс-қимыл нәтижесінде ғана еңсере алмақ. Бұл үшін өзара риясыз пікір, тәжірибе алмасудың жаңа форматтары ұсынылғаны жөн.

### **М.А. Естемиров, PhD, Teaching professor Департамента частного права Университета КАЗГЮУ имени М.С. Нарикбаева (Астана, Казахстан): Отдельные аспекты правового регулирования процедуры банкротства.**

Анализ актуальных аспектов отечественной процедуры банкротства выступает главной целью настоящей публикации. В статье автором поставлен вопрос о соответствии положений пп. 2) п. 8 ст. 12 Закона РК «О реабилитации и банкротстве» положениям п. 1 ст. 24 Конституции Республики Казахстан. По мнению автора, при разработке действующего закона «О реабилитации и банкротстве» допущена системная ошибка. Например, в зарубежных правовых порядках (Российская Федерация, Германия) при недостаточности средств на покрытие расходов на ведение процедуры банкротства дело о банкротстве не может быть запущено либо дело подлежит прекращению, тогда как отечественный законодатель этот вопрос попытался решить с помощью принуждения, которое автор подвергает критике.

В статье правовую базу регулируемую процедуру банкротства и его реабилитации автор условно поделил на три группы: 1) кодексы: Гражданский кодекс, Уголовный кодекс и т.д.; 2) законы: «О реабилитации и банкротстве» и т.д.; 3) нормативные постановления Верховного Суда, отдельные акты (правила, приказы) уполномочен-

ного органа и отечественная судебная практика. Необходимость изучения судебной практики автор демонстрирует на примере пп. 5) п. 1 ст. 50 Закона РК «О реабилитации и банкротстве», в котором закреплена норма о том, что с даты вынесения определения о возбуждении производства по делу о реабилитации или банкротстве «запрещается отчуждение акций, долей в уставном капитале должника». Изучение практики применения пп. 5) п. 1 ст. 50 вышеназванного закона показывает, что между позициями уполномоченного органа и суда имеются определенные расхождения, и в целом казахстанская судебная практика, подтверждая «запрет на отчуждение акций, долей в уставном капитале должника», в определенных случаях допускает возможность смены участников в составе должника. Автором в статье также уделено внимание возможностям инициирования процедуры банкротства единственным кредитором. Несмотря на то, что в нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан содержится запрет инициировать единственному кредитору процедуру банкротства должника, в судебной практике на уровне Верховного Суда были дела, в которых разрешалось единственному кредитору запускать процедуру банкротства должника.

Помимо вышеуказанного, в статье освещены сроки оспаривания сделок должника. Например, в п. 3 ст. 7 Закона «О реабилитации и банкротстве» содержится положение: «При выявлении сделок, совершенных при обстоятельствах, указанных в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, администратор обязан, в том числе по ходатайству кредитора, выявившего сделку, в течение десяти рабочих дней со дня выявления обратиться в суд с заявлением о признании таких сделок недействительными». Каковы правовые последствия пропуска этого десятидневного срока? В отечественной судебной практике сложилась два взаимоисключающих ответа на данный вопрос, что также раскрывается в настоящей статье.

*Ключевые слова: должник, банкрот, процедура банкротства, реабилитационная процедура, несостоятельность, неплатежеспособность, единственный кредитор, некоммерческая организация, администратор, временный и банкротный управляющий, временный администратор и реабилитационный управляющий, последствия процедуры банкротства, срок оспаривания сделки.*

### **M.A. Yestemirov, PhD, Teaching professor of the Department of Private Law of M.S. Narikbayev KAZGUU University (Astana, Kazakhstan): Certain aspects of the legal regulation of the bankruptcy procedure.**

The analysis of certain relevant aspects of the local bankruptcy procedure is the main purpose of this publication. In the article, the author raised the question of compliance of the provisions of paragraph 2) of paragraph 8 of Article 12 of the Law of the Republic of Kazakhstan “On Rehabilitation and Bankruptcy” with the provisions of paragraph 1 of Article 24 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan. The true reasons for this situation, according to the author, is a systemic wrong position made during the development of the current law “On Rehabilitation and Bankruptcy”. For example, in other neighboring legal systems (the Russian Federation, Germany), if there are insufficient funds to cover the costs of conducting bankruptcy proceedings, the bankruptcy case cannot be launched or the case is subject to termination. Local legislator tried to solve this issue with the help of coercion, which the author criticizes.

In the article, the author divided the entire legal framework regulating the bankruptcy and rehabilitation procedure into three groups: 1) codes: Civil Code, Criminal Code, etc.; 2) laws: “On Rehabilitation and Bankruptcy”, etc.; 3) Regulatory explanation of the

Supreme Court, individual acts (rules, orders) of the authorized body and local judicial practice. The author demonstrates the need to study judicial practice by the example of paragraph 5) paragraph 1 of Article 50 of the Law of the Republic of Kazakhstan “On Rehabilitation and Bankruptcy” in which the norm is fixed that from the date of the ruling on the initiation of proceedings on rehabilitation or bankruptcy, “alienation of shares, shares in the authorized capital of the debtor is prohibited.” The study of law enforcement practice on pp. 5) paragraph 1 of Article 50 of the law shows that there are certain discrepancies between the positions of the authorized body and the court, and in general, Kazakh judicial practice confirms the “prohibition on the alienation of shares, shares in the authorized capital of the debtor” at the same time, in certain cases, allows for the possibility of changing participants in the debtor.

The author of the article pays attention to the possibilities of initiating bankruptcy proceedings by a single creditor. Despite the fact that the regulatory resolution of the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan contains a ban on initiating the debtor’s bankruptcy procedure to the sole creditor, in judicial practice at the level of the Supreme Court there were cases in which the sole creditor was allowed to launch the debtor’s bankruptcy procedure.

In addition to the above, the article highlights the terms of contesting the debtor’s transactions. For example, paragraph 3 of Article 7 of the Law “On Rehabilitation and Bankruptcy” contains the following provision: “When identifying transactions made under the circumstances specified in paragraphs 1 and 2 of this Article, the administrator is obliged, including at the request of the creditor who identified the transaction, to apply to the court within ten working days from the date of identification with a statement on the recognition of such transactions as invalid.” What are the legal consequences of missing this ten-day deadline? In local judicial practice, there are two mutually exclusive answers to this question, which is also highlighted in this article.

*Keywords: debtor, bankrupt, bankruptcy procedure, rehabilitation procedure, insolvency, sole creditor, non-profit organization, administrator, temporary and bankrupt manager, temporary administrator and rehabilitation manager, consequences of bankruptcy procedure, term of contesting the transaction.*

### Қолданылған әдебиеттер тізімі:

1. Естемиров М.А. «Банкроттық құқық» пәні бойынша практикум. Нұр-Сұлтан, 2021. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4008340](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4008340).
2. Естемиров М.А. Кредиторлар талаптарының тізіліміне құрылтайшылардың (қатысушылардың) талаптарын енгізудің құқықтық реттелуі // Право и государство. 2018. № 3-4 (80-81). – С. 102-110. URL: <https://km.kazguu.kz/articles/articles/view/id/420>.
3. Карелина С.А. Механизм правового регулирования отношений несостоятельности. М., 2008. – 568 с.
4. Подопригора Р.А. Комментарий к Закону Республики Казахстан «О религиозной деятельности и религиозных объединениях». URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31439222&pos=694;-34#pos=694;-34&sdoc\\_params=text%3D%25D0%25B1%25D0%25B0%25D0%25BD%25D0%25BA%25D1%2580%25D0%25BE%25D1%2582%25D1%2581%25D1%2582%25D0%25B2%25D0%25B0%26mode%3Dindoc%26topic\\_id%3D31439222%26spos%3D1%26tSynonym%3D1%26tShort%3D1%26tSuffix%3D1&sdoc\\_pos=0](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31439222&pos=694;-34#pos=694;-34&sdoc_params=text%3D%25D0%25B1%25D0%25B0%25D0%25BD%25D0%25BA%25D1%2580%25D0%25BE%25D1%2582%25D1%2581%25D1%2582%25D0%25B2%25D0%25B0%26mode%3Dindoc%26topic_id%3D31439222%26spos%3D1%26tSynonym%3D1%26tShort%3D1%26tSuffix%3D1&sdoc_pos=0).

5. Тай Ю.В. Правовые проблемы арбитражного управления. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. Москва, 2005.
6. Юхнин А.В. Правовые проблемы организации деятельности арбитражных управляющих. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. Москва, 2005.
7. Anfechtung in der Verbraucherinsolvenz. Eine rechtstatsächliche Untersuchung zur Tätigkeit des Treuhänders im Spannungsfeld der Gläubigerinteressen / Christian Matiebel. 1 Auflage, 2017
8. Basiswissen Insolvenz. Schneller Einstieg in Insolvenzprävention und Risikomanagement / Bernd Heesen., Vinzenth Wieser-Linhart. Springer, 2018.
9. Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters. Kollisionen und Spannungsfelder / Andreas Kästner. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018.
10. Corporate insolvency law. A comparative textbook. Reinhard Bork, 2020.
11. Das europäische Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung. Eine Untersuchung zur Auslegung des Art. 16 EuInsVO / Monika Frevel. 1 Auflage, 2017.
12. Die Funktion des Insolvenzrechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen – kritische Bemerkungen zur fortschreitenden Rezeption einer Sanierungskultur U.S.-amerikanischer Provenienz / Michael Heese. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018.
13. German Insolvency Code. Article by article commentary. Editor Dr. Eberhard Braun. Second Edition. Beck Verlag, 2019.
14. Insolvenz. Fehler vermeiden, Ansprüche sichern / Dirk Schulz, Ulrich Bert, Holger Lessing. 2 Auflage, 2013.
15. Insolvenzrecht. Grundkurs für Wirtschaftswissenschaftler. Ralph Kramer, Frank K. Peter. 3 Auflage, 2014.
16. Insolvenzrecht. Schnell erfasst / Hermann Fenger. Springer Verlag, 2005.

#### References (transliterated):

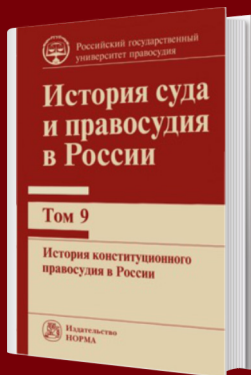
1. Yestemirov M.A. «Bankrottyk kuckyk» pani boyynsha praktikum. Nur-Sultan, 2021. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4008340](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4008340).
2. Yestemirov M.A. Kreditorlar talaptarynym tizilimine kuryltayshylardym (katysushylardyn) talaptaryn yengizudin kuckyktyk rettelui // Pravo i gosudarstvo. 2018. № 3-4 (80-81). – S. 102-110. URL: <https://km.kazguu.kz/articles/articles/view/id/420>.
3. Karelina S.A. Mekhanizm pravovogo regulirovaniya otnosheniy nesostoyatel'nosti. M., 2008. – 568 s.
4. Podoprighora R.A. Kommentariy k Zakonu Respubliki Kazahstan «O religioznoy deyatel'nosti i religioznyh ob'yedineniyah». URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31439222&pos=694;-34#pos=694;-34&sdoc\\_params=text%3D%25D0%25B1%25D0%25B0%25D0%25BD%25D0%25BA%25D1%2580%25D0%25BE%25D1%2582%25D1%2581%25D1%2582%25D0%25B2%25D0%25B0%26mode%3Dindoc%26topic\\_id%3D31439222%26spos%3D1%26tSynonym%3D1%26tShort%3D1%26tSuffix%3D1&sdoc\\_pos=0](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31439222&pos=694;-34#pos=694;-34&sdoc_params=text%3D%25D0%25B1%25D0%25B0%25D0%25BD%25D0%25BA%25D1%2580%25D0%25BE%25D1%2582%25D1%2581%25D1%2582%25D0%25B2%25D0%25B0%26mode%3Dindoc%26topic_id%3D31439222%26spos%3D1%26tSynonym%3D1%26tShort%3D1%26tSuffix%3D1&sdoc_pos=0).
5. Tay Yu.V. Pravovyye problemy arbitrazhnogo upravleniya. Diss. na soiskaniye uchenoy stepeni k.yu.n. Moskva, 2005.
6. Yuhnin A.V. Pravovyye problemy organizatsii deyatel'nosti arbitrazhnyh upravlyayuschih. Diss. na soiskaniye uchenoy stepeni k.yu.n. Moskva, 2005.
7. Anfechtung in der Verbraucherinsolvenz. Eine rechtstatsächliche Untersuchung zur Tätigkeit des Treuhänders im Spannungsfeld der Gläubigerinteressen / Christian Matiebel. 1 Auflage, 2017



8. Basiswissen Insolvenz. Schneller Einstieg in Insolvenzprävention und Risikomanagement / Bernd Heesen., Vinzenth Wieser-Linhart. Springer, 2018.
9. Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters. Kollisionen und Spannungsfelder / Andreas Kästner. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018.
10. Corporate insolvency law. A comparative textbook. Reinhard Bork, 2020.
11. Das europäische Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung. Eine Untersuchung zur Auslegung des Art. 16 EuInsVO / Monika Frevel. 1 Auflage, 2017.
12. Die Funktion des Insolvenzrechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen – kritische Bemerkungen zur fortschreitenden Rezeption einer Sanierungskultur U.S.-amerikanischer Provenienz / Michael Heese. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2018.
13. German Insolvency Code. Article by article commentary. Editor Dr. Eberhard Braun. Second Edition. Beck Verlag, 2019.
14. Insolvenz. Fehler vermeiden, Ansprüche sichern / Dirk Schulz, Ulrich Bert, Holger Lessing. 2 Auflage, 2013.
15. Insolvenzrecht. Grundkurs für Wirtschaftswissenschaftler. Ralph Kramer, Frank K. Peter. 3 Auflage, 2014.
16. Insolvenzrecht. Schnell erfasst / Hermann Fenger. Springer Verlag, 2005.

Для цитирования и библиографии: Естемиров М.А. Банкроттық рәсімді құқықтық реттеудің жекелеген қырлары // Право и государство. 2022. № 4(97). – С. 54-68. DOI: 10.51634/2307-5201\_2022\_4\_54

Материал поступил в редакцию 15.12.2022.



## НОВЫЕ КНИГИ

**История суда и правосудия в России: в 9 т.** / отв. ред. В.В. Ершов, В.М. Сырых. М.: Норма, 2022. ISBN 978-5-91768-539-7 (Норма)

**Т. 9: История конституционного правосудия в России: монография** / В.А. Кряжков, М.А. Митюков; отв. ред. В.М. Сырых. – 632 с. ISBN 978-5-00156-258-0 (Норма); ISBN 978-5-93916-968-4 (РГУП)

Девятый том коллективной монографии «История суда и правосудия в России» посвящен истории самого молодого в стране вида правосудия – конституционного, рассматриваемого в совокупности судоустройственных, материально-правовых и судопроизводственных отношений в области судебного конституционного контроля. В нем освещены идейные и политико-правовые истоки этого явления, основанные на политических и юридических мировых и отечественных воззрениях конца XVIII–XX в., проанализирована предыстория конституционного правосудия: деятельность институциональных предшественников – Верховного Суда СССР (1924–1933 гг.) и Комитета конституционного надзора СССР (1989–1991 гг.). Раскрыты историко- и конституционно-правовые проблемы возникновения, становления и современного развития Конституционного Суда РФ и региональной конституционной юстиции.

«История суда и правосудия в России» в девяти томах издается с 2015 г.

Для преподавателей, аспирантов, студентов и всех интересующихся развитием конституционного правосудия в стране.

## НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ГРАДОСТРОИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН



**Р.К. ДЖИЕМБАЕВ**,  
к.ю.н., ассоциированный профессор, начальник факультета послевузовского образования Карагандинской академии МВД Республики Казахстан им. Б. Бейсенова, подполковник полиции (г. Караганда, Казахстан),  
e-mail: rusya-our@mail.ru



**Т.С. САЛКЕБАЕВ**,  
PhD, заместитель начальника кафедры общеправовых дисциплин Карагандинской академии МВД Республики Казахстан им. Б. Бейсенова, полковник полиции (г. Караганда, Казахстан)  
e-mail: salkebaev@mail.ru



**М.С. АБИШЕВА**,  
к.фил.н., PhD, ассистент профессора, зам. директора Департамента по академической работе Карагандинского университета им. Е.А. Букетова (г. Караганда, Казахстан),  
e-mail: imuromtseff@yandex.kz  
(автор-корреспондент)

Вопросы градостроительства всегда были и остаются особенно *актуальными*. Градостроительная деятельность в нашей стране регламентирована соответствующими нормативными документами, а в ее основе лежат такие важнейшие социальные факторы, как труд, быт и отдых населения. Однако несмотря на попытку соблюдать основные принципы градостроительства, имеют место быть несбалансированность стратегий градостроительного развития, относительно низкое качество территориального планирования, недостаточное развитие трудовой, транспортной и социальной инфраструктуры, применение слабоэффективных механизмов строительного регулирования и надзора, экспертизы и утверждения строительной документации, а также отсутствие экономических условий для равновесного развития. *Целью статьи* является изложение авторского видения проблем градостроитель-

ства в Казахстане и пути их решения. При написании статьи использованы общенаучные и частно-научные методы исследования норм и положений градостроительства. *Объектом исследования* являются базовые составляющие управления пространственного развития государства. *Предметом исследования* выступает практика планировки и застройки городов. *Краткие выводы:* пристальное изучение процесса современного градостроительства позволяет говорить о том, что наиболее острой проблемой, вызывающей недовольство граждан, являются хаотичная точечная застройка и отсутствие единого архитектурного стиля. Для решения этой задачи авторы предлагают ряд рекомендаций, способных, по их мнению, устранить возникшие противоречия. В качестве рекомендаций авторы предлагают ввести в действующее законодательство изменения, а также применять в градостроительстве положительный опыт европейских стран.

*Ключевые слова:* государство, градостроительство, архитектура, законодательство, точечная застройка, концепция, государственная политика, градостроительный совет, институты гражданского общества, профессиональная общественность, государственно-правовое регулирование, граждане.

### Введение

«Базовой составляющей управления пространственным развитием современного государства является регулирование обустройства его территории, осуществляемого градостроительной деятельностью»,<sup>1</sup> ведь архитектура как индекс качества городской среды оказывает огромное влияние на жизнь и эмоциональное состояние горожанина. Неверно выбранные стратегии градоустройства могут привести не только к хаотичной застройке территории города, но и повлечь за собой угрозу безопасности жизнедеятельности человека, пагубно повлиять на инфраструктуру и вызвать автомобильные пробки, перебои в водоснабжении и электропитании, да и недовольство жителей в целом. Вот почему вопросы градостроительства можно включить в основу такого понятия, как «фактор жизни».

Рассматривая понятийные границы термина «градостроительство», отметим, что согласно справочным источникам, под этим понятием подразумевается теория и практика планировки и застройки городов. Область архитектуры и строительства, комплексно решающая функционально-практические (экономические, демографические, строительно-технические, санитарно-гигиенические) и эстетические (архитектурно-художественные) задачи.

Цели градостроительства – создание благоприятных условий для проживания населения, функционирование объектов производства, науки, культуры, коммунального хозяйства, а также формирование и сохранение экологически чистой и эстетически осмысленной городской среды.<sup>2</sup>

Как видим, само целеполагание градостроительства определяет прежде всего качественную характеристику архитектуры, и это ставит нас перед необходимостью разрешить вопрос: а качественна ли современная архитектура? Рациональна ли она?

---

<sup>1</sup>Вильнер М.Я. О регулировании градостроительной деятельности в современной России // URL: <https://urtmag.ru/public/378/> (дата обращения: 21.04.2022).

<sup>2</sup>Касьянов В.Ф., Шукурова А.Н. Градостроительство. Большая российская энциклопедия // URL: [https://bigenc.ru/technology\\_and\\_technique/text/2375099](https://bigenc.ru/technology_and_technique/text/2375099) (дата обращения: 22.04.2022).

Очевидно, что изменения, произошедшие в нашей стране в связи с приобретением независимости, сделали актуальной новую модель взаимодействия человека с архитектурной средой: формирование современной жилой городской среды, типология зданий, архитектура стали важными составляющими качества жизни человека. Вот почему сегодня в зону пристального внимания нашего государства, общественности и населения попала и сфера архитектуры, градостроительства и строительства.

Все это, несомненно, «связано с особенностью отрасли, предназначенной для обеспечения безопасности, создания благоприятной и оптимальной среды обитания и жизнедеятельности человека».<sup>3</sup>

Архитектура, градостроительство и строительство в общем представляют собой мощнейшие факторы развития современного государства.

Так, с целью развития концепции дальнейшего продвижения в этих сферах, 1 сентября 2022 года, в ходе Послания народу Казахстана, Президент Касым-Жомарт Токаев поручил правительству принять принципиально новый документ – Градостроительный кодекс.<sup>4</sup>

Таким образом, основой создания комфортной среды жизнедеятельности общества, функционального, технологически и эстетически обусловленного образа жилого пространства стало планирование, проектирование и разработка генеральных планов, последний из которых в соответствии с законодательством Республики Казахстан стал основным градостроительным документом, определяющим комплексное планирование развития населенного пункта.

Это главенствующее значение генерального плана в градостроительной деятельности определено Приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30.11.2015 г. № 750 «Об утверждении Правил организации застройки и прохождения разрешительных процедур в сфере строительства».<sup>5</sup>

### Основные положения

Деятельность по оформлению и санкционированию генеральных планов городов, населенных пунктов и детальных схем планировки районов всегда была прерогативой государства.

Но стоит ли в целом говорить о градостроительстве исключительно как о функции государства?

Распад Советского союза и появление частной собственности обнажил в этой сфере жизни общества множество пробелов, которые весьма актуальны для независимого Казахстана и на сегодняшний день.

---

<sup>3</sup>«Атамекен»: Президент Токаев поручил принять градостроительный кодекс // URL: <https://atameken.kz/ru/news/47777-atameken-prezident-tokae-v-poruchil-prinyat-gradostroitel-nyj-kodeks> (дата обращения: 10.10.2022).

<sup>4</sup>Послание Главы государства К.К. Токаева народу Казахстана «Справедливое государство. единая нация. благополучное общество» // URL: <https://www.akorda.kz/ru/poslanie-glavy-gosudarstva-kasym-zhomarta-tokae-va-narodu-kazahstana-181130> (дата обращения: 10.10.2022).

<sup>5</sup>Приказ Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30.11.2015 г. № 750 «Об утверждении Правил организации застройки и прохождения разрешительных процедур в сфере строительства» // URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=36670841&pos=9;8#pos=9;8](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36670841&pos=9;8#pos=9;8) (дата обращения: 22.04.2022).

В этой связи отрадно отметить, что в последнее время государство в лице министерства индустрии и инфраструктурного развития признает наличие больших проблем в градостроительной отрасли. В частности, речь идет о том, что существующая система градостроительной экспертизы не обеспечивает соблюдения предписанных требований, а сам механизм – не прозрачен и отдан на откуп акимам. Местные исполнительные органы ведут строительство без учета мнения общественности.<sup>6</sup>

Так, в настоящее время одними из наиболее острых проблем, которые вызывают недовольство граждан в этой сфере, являются хаотичная точечная застройка и отсутствие единого архитектурного стиля. Например, в Караганде, возле Дворца культуры горняков, было построено новое пятиэтажное здание – выставочный центр с офисными помещениями. Данное здание возведено вплотную к самому дворцу, поэтому попало в единую с ним пространственную композицию. Несмотря на это, единого архитектурного ансамбля не получилось.

К слову, ансамбль в архитектуре – это функционально связанная совокупность зданий и прилегающей среды, приведенная к единству и получившая определенный художественный облик. Неотъемлемой частью создания ансамбля является организация прилегающей к нему территории. Под организацией территории понимается пространственное распределение и устройство улиц, дорог, зданий, инженерного оборудования и всего того, что мы понимаем под благоустройством территории. Ансамбль, как и всякое архитектурное произведение, обладает определенным художественным обликом.<sup>7</sup>

Для крупных мегаполисов нашей страны – Астаны и Алматы, начало третьего тысячелетия ознаменовалось реализацией ширококомасштабных проектов, и крупные мегаполисы в процессе своего развития прошли различные этапы трансформации. Так, культурная идеология современной архитектуры предусматривала, что, например, Алматы будет расти на север и на запад, однако южная столица развивается только в своих границах.

Тенденции авангардных стилей конца 1920-х начала 1930-х годов перемежаются с классикой, неоклассицизмом, модернизмом и функционализмом.<sup>8</sup> Такой микс, на наш взгляд, требует специального подхода, основанного на знании принципов стилового смешения, способного связать пеструю архитектурную картину в одно целое. Тем не менее, наряду с ориентированными строго по розе ветров двухэтажными домами, имеющими два подъезда, двускатную кровлю и вынесенные вперед лестничные клетки подъездов, возвышаются здания в виде двух фланкирующих корпусов, расположенных симметрично, с входным порталом по типу арочного проема и нависающего над ним декоративного балкона.

---

<sup>6</sup>Ишекенова Б. В Казахстане будут бороться с хаотичной застройкой по-новому. LS // URL: <https://lsm.kz/v-kazahstane-budut-borot-sya-s-haotichnoj-zastrojkoj-po-novomu> (дата обращения: 25.04.2022).

<sup>7</sup>Архитектурный ансамбль. Архитектурное проектирование и дизайн // URL: <https://www.architect4u.ru/articles/article11.html> (дата обращения: 26.04.2022).

<sup>8</sup>Кузнецов С.О. Н.С. Хрущев и борьба с излишествами в советской архитектуре (1949–1954 годы) // Academia. Архитектура и строительство. 2019. № 3. – С. 5-10. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/n-s-hruschiov-1-borba-s-izlishestvami-v-sovetskoy-arhitekture-1949-1954-gody/viewer/> (дата обращения: 19.09.2022).



О неисчислимом количестве стилей в архитектуре современных городов говорят и многие специалисты.<sup>9</sup>

Несомненно, одни из стилей указывают на определенные периоды истории, другие обозначают ответвления от основных тенденций архитектуры конкретного временного периода или характеризуют особенности отдельного архитектора, но основополагающим при застройке должно стать не стремление идти в ногу со временем, а эстетика городского пространства.

Колебания в смешении стилей не ограничиваются архитектурными неувязками: дополняют городской архитектурный ансамбль здания более высокой этажности с башней, увенчанной ротондой со шпилем.<sup>10</sup> По нашему мнению, такого рода неисчислимость в разнообразии стилей, отражающая смену эпох, все же заставляет задуматься и о парадигме мышления архитекторов того или иного времени, ведь архитектура тоже своеобразный индикатор состояния культуры общества.

Сегодня, плюрализм новой проектной стратегии дает возможность перехода от популизма до китча<sup>11</sup> для претворения в жизнь нашей южной столицы разнообразных причуд и навязчивых идей – от «дворянских усадеб» и «дворцов» до безумных экспериментов в экзотических этностилях. Более того, методы проектировки должны были поглотить ветхие, несейсмостойкие двух-, трехэтажные каркасно-камышитовые дома, но на сегодняшний день в Алматы, по данным департамента архитектуры и градостроительства, такого жилья порядка 60%.

Своеобразная архитектурная среда, сформированная за счет новых градостроительных комплексов и ансамблей, создает разноликий образ и столицы нашей необъятной родины. Вспомним спроектированные англичанином Норманом Фостером такие экстравагантные и весьма смелые в архитектурном плане строения, как Байтерек, торговый центр Хан-Шатыр и Дворец мира и согласия, «отношения людей к которым очень неоднозначны».<sup>12</sup>

Архитектурная свобода, удобная для фантазий заказчиков и возможности реализовать профессиональный потенциал архитекторов, иногда стирает эстетическую ценность исторической части городов.

Эти и некоторые другие вопросы современного градостроительства и стали предметом нашего рассуждения.

### Материалы и методы

В процессе подготовки настоящей статьи использовались такие методы познания социально-правовой и профессионально-правовой действительности, как диалектический, сравнительно-правовой, системно-логический, проблемно-поисковый, анализ, моделирование. Материалом для написания статьи стали наблюдения над архитектурой современного градостроительства Казахстана, результаты опро-

<sup>9</sup>Самойлов К.И. Архитектура Казахстана XX века (Развитие архитектурно-художественных форм). Москва-Алматы: «М-АРи-дизайн», 2004.

<sup>10</sup>Камински Д. Несбывшаяся «Сталинская» Алма-Ата, часть I // URL: <https://vlast.kz/gorod/19358-nesbuvsaasa-stalinskaa-almata-ata-cast-i.html/> (дата обращения: 19.09.2022).

<sup>11</sup>Ордабаев А.Б. История архитектуры города Алматы. Вырождение постмодернизма в китч: Архитектура Независимости. ARCHCODE ALMATY // URL: <https://archcode.kz/journal/view?category=article&sefname=istoria-arhitektury-goroda-almaty/> (дата обращения: 19.09.2022).

<sup>12</sup>Блог фотопутешествий // URL: <https://dzen.ru/media/ayrat72/kak-vy-otnosites-k-sovremennoi-arhitekture-nursultana-astany-5df7c774aad43600affcec77> (дата обращения: 02.10.2022).

са жителей отдельных городов. Кроме того, материалами настоящего исследования стали работы следующих авторов: Вильнер М.Я., Чернышева С., Вавилов Н.С., а также публикации в СМИ.

## Результаты исследования

### 1. Анализ архитектурного ансамбля Караганды

Интересное разнообразие в архитектурном плане представляет собой и городское пространство города шахтеров. Так, новое в современном стиле пятиэтажное здание, отделанное синим стеклом, возвышающееся за двухэтажным Дворцом горняков, построенным в классическом стиле с восьмигранными колоннами, фигурами, пилонами и ганчевыми арками в центре здания, явно не вписывается в единый архитектурный ансамбль с окружающим пространством.

Кроме того, вся нелепость композиции очень хорошо просматривается с площади напротив Дворца, где установлен монумент «Шахтерская слава» и расположен вход в центральный парк культуры и отдыха города Караганды.

Другой пример. В деловом центре города Караганды по адресу проспект Бухар Жырау, 57/1 возвышается девятиэтажное здание – бизнес-центр. Облицовка здания выполнена из керамогранитной разноцветной плитки в бежево-коричневых тонах. Рисунок фасада здания по задумке должен ассоциироваться с мозаикой «пазл». Однако, как с иронией отмечают горожане, со стороны рисунок больше походит на ржавчину, нежели на мозаику.

Более того, вышеупомянутое здание было построено почти вплотную ко Дворцу спорта имени Нуркена Абдирова. Четырехэтажный Дворец – памятник архитектуры – был возведен в 1958 году и находится под охраной государства. И в этом случае налицо проблема архитектурного ансамбля. Результат – общий неэстетичный вид и пространство, полностью заставленное автомобилями.

Представляется важным на примере точечной застройки в городе Алматы отметить, что общественники отмечают ухудшение экологической ситуации: «Хаотичная высотная застройка затрудняет движение воздуха, особенно горно-долинную ситуацию. Для стройки высоток захватываются участки, которые должны озеленяться. Вместо газонов и деревьев мы получаем бетонные высотки и асфальт. Это приводит к ухудшению качества воздуха».<sup>13</sup> Про отсутствие элементарной дождевой ливневой канализации в новых районах или кварталах и говорить не приходится.

Подобных примеров можно привести очень много. Особое место при решении вопросов градостроительства занимает и проблема несоответствия уже построенного и функционирующего объекта с эскизным проектом. Естественно, что предприниматель пытается сэкономить средства на стройматериалах и работе, что в итоге сказывается на фасаде здания, имеющем посредственный вид за счет облицовки дешевой керамогранитной плиткой и пластиком, без соответствия изначально задуманным декоративным элементам центральных улиц города.

---

<sup>13</sup>Занина Н. Гулливеры среди лилипутов. Алматинцев возмущают многоэтажки в историческом центре города. Informburo // URL: <https://informburo.kz/stati/gulivery-sredi-liliputov-almatincy-vozmushheny-pouavleniem-neboskrebov-v-istoriceskom-centre-goroda?ysclid=kzjgcc40zf> (дата обращения: 26.04.2022).

Наглядным примером вышесказанному могут служить две одинаковые многоэтажки, расположенные справа и слева от театра имени Станиславского в Караганде. Заурядные коробки из стекла и дешевого, от времени разбившегося керамогранита имеют мало общего с первоначальным проектом. Ко всему прочему возведение этих домов сопровождалось скандалом. Жильцы соседних пятиэтажек были недовольны тем, что «коробки» закрыли им солнечный свет. Застройщик обещал, что расстояние между домами будет не меньше одиннадцати метров, а в итоге оказалось – пять с половиной.<sup>14</sup>

Более того, данные дома построены на самой красивой улице Караганды – проспекте Назарбаева (бывшем Бульваре Мира), расположенном в историко-культурной части города, с преобладающим стилем «Сталинский классицизм». Другое дело, если бы эти дома были построены в готическом стиле: с фигурами или горгульями на крыше, в гармоничной цветовой гамме с прилегающей к ним территорией, качественными облицовочными материалами; и, конечно, с учетом мнения горожан.

Вызывает крайнее недоумение и постройка прямо возле дороги двух автомоек на перекрестке улиц Гоголя и Космонавтов в Караганде. Представляется, что на этом месте могли бы быть возведены какие-нибудь интересные здания, например, в стиле «лофт».

## 2. Градостроительство как фактор проектной деятельности

Таким образом, можно констатировать, что нарушение историко-культурной среды и санитарно-гигиенических требований стало нормой в современной отечественной градостроительной деятельности, что в свою очередь, обуславливает целесообразность пересмотра государственной политики в этой области и ее более тщательную правовую проработку.

Так, основной целью градостроительной деятельности в СССР, как отмечает М.Я. Вильнер, было удовлетворение потребностей граждан в городской среде, отвечающей следующим характеристикам:

- поддержание санитарно-гигиенической и экологической ситуации;
- сохранность ценной природной и историко-культурной среды;
- защищенность от воздействия опасных природных и техногенных процессов.<sup>15</sup>

Эти требования были концептуально закреплены и детально регламентированы в соответствующих нормативных документах.

В Советском союзе обеспеченность среднестатистических горожан местами проживания, приложения труда, отдыха и получения услуг заданного качества, как правило, соотносилась с лучшими показателями самых успешных стран мира. А к восьмидесятым годам советская градостроительная школа занимала одни из передовых рубежей в мире.<sup>16</sup>

## Обсуждение

В настоящее время в построении правового, социального, образованного, слышащего и технологичного государства наше правительство ориентируется на стра-

---

<sup>14</sup>Ульянкина Е. Что хотели и что построили в Караганде за 20 лет (фото и проекты). Газета «Новый Вестник» // URL: <http://nv.kz/2017/04/22/154018/> (дата обращения: 26.04.2022).

<sup>15</sup>Вильнер М.Я. О регулировании градостроительной деятельности в современной России // URL: <https://urtmag.ru/public/378/> (дата обращения: 21.04.2022).

<sup>16</sup>Там же.

ны развитого мира. Так в чем же тогда кроется проблема описанного нами ранее положения дел в градостроительной отрасли Казахстана?

На наш взгляд, основная причина в том, что в нашем государстве сильно недооценена роль профессиональной общественности. Большинство решений в градостроительной сфере принимаются исключительно органами власти, причем зачастую непрофессионалами в рассматриваемой области (не архитекторами), в угоду каких-то сиюминутных интересов. Именно такие мысли могут прийти в голову простому обывателю, наблюдающему всю эту архитектурную нелепицу и халтуру в вопросе благоустройства территории. Как следствие возникает недовольство горожан обликом города и качеством жизни в нем.

На основании вышеизложенного полагаем, что деятельность государства в области градостроительства должна осуществляться с учетом общественного контроля, причем контроля профессионального. В связи с этим в вопросе понимания градостроительной деятельности мы придерживаемся позиции Т.М. Говоренковой о том, что это форма пространственной организации *человеческого сообщества*, а не исключительно функция государства.<sup>17</sup> Думается, что данное положение должно быть закреплено концептуально в соответствующем стратегическом документе Республики Казахстан.

Известно, что Скандинавские страны и Финляндию называют странами ассоциаций. Такое название эти страны получили благодаря огромной роли институтов гражданского общества в решении вопросов жизнедеятельности населения. Практически ни одно важное решение не может быть принято государственными органами без непосредственного участия и согласия общественности, в том числе и профессиональной.

Отмечается, что, например, свобода деятельности общественных организаций в Дании гарантирована 78-м параграфом Конституции, гласящим, что жители страны имеют право без предварительного разрешения объединяться в союзы для осуществления любой законной деятельности.<sup>18</sup>

Так, датское законодательство, как отмечает Н.С. Вавилов, определяет ситуации, когда граждане должны быть заслушаны перед тем, как будут приняты решения местными органами самоуправления. Такое правило, например, действует в сфере планирования: законодательство устанавливает здесь фиксированные процедуры при принятии муниципальных и местных планов. Эти планы, наряду с прочим, включают наличие предложений для решения, общественные дебаты, представление предварительного плана, возражение граждан по представленному плану; только с учетом всего этого окончательный план может быть принят местным органом.

Естественно, что конструктивные предложения в какой-либо план может дать только профессиональная общественность.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup>Говоренкова Т.М. Парадокс вмешивается в дело. Градостроительство До и После перестройки. А градостроительство? Когда? // URL: <https://urtmag.ru/public/573/> (дата обращения: 27.04.2022).

<sup>18</sup>Джаниян С. Дания, страна активистов. Радио Свобода // URL: <https://www.svoboda.org/a/1969229.html> (дата обращения: 10.10.2022).

<sup>19</sup>Вавилов Н.С. Зарубежный опыт правового регулирования деятельности институтов гражданского общества на местном уровне // Марийский юридический вестник. 2015. № 1 (12). – С. 68-71. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/zarubezhnyy-opyt-pravovogo-regulirovaniya-deyatelnosti-institutov-grazhdanskogo-obschestva-na-mestnom-urovne/viewer> (дата обращения: 27.04.2022).

Однако говоря об участии профессиональной общественности в решении вопросов градостроительной деятельности, мы исключаем представителей коммерческих организаций (бизнеса). Например, в Градостроительные советы городов наряду с чиновниками должны входить представители правления общественных организаций (союзы архитекторов, дизайнеров, художников) и представители вузов (авторитетные преподаватели кафедр соответствующей специальности) при подавляющем большинстве общественников.

В настоящее же время большинство Градсоветов городов Казахстана, к сожалению, состоят из представителей бизнеса, а не из профессиональных общественных объединений (некоммерческих организаций), поэтому об эффективном решении эстетических (архитектурно-художественных) задач сейчас говорить не приходится. Умалются в этой связи и историко-культурные, и экологические, и санитарно-гигиенические составляющие. Думается, что это не совсем правильно, когда вид из окна квартиры упирается в глухую стену построенного почти вплотную здания, заслоняющего собой солнечный свет.

Таким образом, можно констатировать еще и тот факт, что в основе градостроительной деятельности в настоящее время преобладают интересы бизнеса, реального же общественного контроля в этой сфере нет.

По этому поводу следует заметить, что советские архитекторы проектировали улицы и районы даже с определенной ориентацией домов по сторонам света. Например, пятиэтажные дома по улице Гоголя в г. Караганде расположены под углом («елочкой») относительно автомобильной дороги специально для того, чтобы в каждое окно в определенное время дня попадал солнечный свет.

В этом свете представляется интересным отметить, что конституции многих, не всегда урбанизированных государств содержат положения о территориальном планировании, устойчивом и сбалансированном развитии территорий и ряд других вопросов, связанных с градостроительством. Это, с учетом специфики, может быть полезным и для Казахстана, ведь территориальное планирование будет более эффективным, если его оформить в терминах градостроительства и связать с градостроительной наукой, а также закрепить на всех уровнях законодательства, особенно на конституционном.

### **Заключение**

На основании вышеизложенного предлагаем следующее:

- во-первых, на наш взгляд, целесообразно принять единую градостроительную концепцию – «Концепция градостроительной деятельности в Республике Казахстан». Это позволит привести в единую систему все генеральные планы застройки населенных пунктов страны.

Кроме того, в ее контексте можно более детализировано раскрыть вопросы архитектуры, благоустройства, стилистики, эстетики и дизайна, нежели в рамках имеющегося закона.<sup>20</sup> Данную концепцию следовало бы разработать силами профессиональной общественности с учетом пожеланий руководства страны и заинтересованных граждан. Например, в рамках Концепции возможно было бы поделить территорию города на архитектурные зоны и предъявить конкретные требования по архитектур-

---

<sup>20</sup>Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан. Закон Республики Казахстан от 16 июля 2001 года № 242 // URL: [https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z010000242\\_](https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z010000242_) (дата обращения: 26.04.2022).



ной стилистике к каждой из них. Скажем, в Караганде к облику новостроек в центральной части города предъявить высокие требования не только к их стилю, но и к качеству облицовочного материала. По периметру от центральной части города требования к архитектурному стилю и качеству отделки можно упростить;

- во-вторых, необходимо сформировать градостроительные советы при подавляющем большинстве именно профессиональной общественности (представителей некоммерческих организаций, преподавателей соответствующих вузов, кафедр);

- в-третьих, рассмотреть возможность прохождения аттестации инженерно-технических работников не в специальных (коммерческих) центрах, а в профессиональных общественных организациях. Соответственно, обеспечить лицензирование на изыскательную деятельность, в частности, в области архитектуры и дизайна местными исполнительными органами при непосредственном взаимодействии с профессиональной общественностью;

- в-четвертых, внести коррективы в действующее законодательство: дополнить статью 13 «Участие физических и юридических лиц в обсуждении решений по архитектурной, градостроительной и строительной деятельности» Закона Республики Казахстан от 16.06.2001 г. «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан» пунктами в следующей редакции:

Пункт 2-1

- *«Застройка (перепланировка) территории осуществляется местными исполнительными органами районов (городов) при обязательном согласовании с профессионально-творческой общественностью (союзами архитекторов, дизайнеров, художников)».*

Пункт 5-1

- *«Участие профессионально-творческой общественности (союзы архитекторов, дизайнеров, художников) в лице представителей правления данных общественных организаций в обсуждениях при принятии градостроительных, архитектурных или строительных решений обязательно».*

Приказ Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30.11.2015 г. № 750 «Об утверждении Правил организации застройки и прохождения разрешительных процедур в сфере строительства» дополнить положениями:

Пункт 22 Параграфа 1 «Общие положения» Главы 3 «Проектные процедуры и проектирование» подпунктом 2.1 в следующей редакции:

- *«Согласование проекта на предмет его архитектурного облика с профессиональной общественностью (союзами архитекторов, дизайнеров и художников) соответствующей административно-территориальной единицы».*

Параграф 1 «Общие положения» Главы 3 «Проектные процедуры и проектирование» пунктом 23-1 в следующей редакции:

- *«Реализация проектов по реконструкции существующих зданий и сооружений, связанных с изменением их фасада, а также архитектурного облика, осуществляется в обязательном порядке с согласованием с профессиональной общественностью (союзами архитекторов, дизайнеров, художников)».*

Пункт 54 «Услугодатель отказывает в оказании государственной услуги 2 по следующим основаниям: Параграфа 3 «Порядок согласования эскиза на строительство и оказания государственной услуги «Согласование эскиза»» подпунктом 8 в следующей редакции:

- *«Отсутствие согласования с профессионально-творческой общественностью (союзами архитекторов, дизайнеров, художников)».*

Последний абзац пункта 78 Главы 6 «Приемка объектов строительства в эксплуатацию» дополнить следующими словами:

- «При этом наружные отделочные работы по объекту (комплексу), а также внутренние отделочные и монтажные работы в помещениях (частях здания) общего пользования выполняются в соответствии с данными требованиями и эскизным проектом в полном объеме».

В заключение следует отметить, что проблемы в области законодательной регламентации архитектурной, градостроительной и строительной деятельности периодически поднимались в отечественной юридической литературе. Среди таких проблем отмечаются: юридические коллизии; большое количество подзаконных актов, регулирующих эту сферу деятельности; высокие коррупционные риски. Однако, в большинстве своем, предлагаемые современными авторами меры – кодификация градостроительного законодательства, упрощение разрешительных процедур и т.д.<sup>21</sup>, на наш взгляд, не разрешат отмеченную проблему в целом. Полагаем, что, в первую очередь, предпочтительным представляется именно повышение роли профессиональной общественности в градостроительном секторе. Более того, многочисленные примеры хаотичной застройки заставляют задуматься о необходимости привлечения профессиональной общественности и для контроля над практической деятельностью акиматов по выдаче разрешений на строительство объектов (например, как и предлагалось, обязательное согласование разрешительных документов на застройку с союзами архитекторов, дизайнеров, художников. Отсутствие согласительных параметров в документах будет основанием для запрета на строительство, нарушение которого в рамках закона «О противодействии коррупции» может предусматривать штрафные санкции для застройщиков и меры ответственности для местных администраций. Это, кстати, «вкуче с активной деятельностью по реализации ... законов», «модернизированных в антикоррупционном отношении», позволит нашей стране значительно улучшить свои позиции в Индексе восприятия коррупции).<sup>22</sup>

Полагаем, это позволит комплексно решить многие проблемы в области планирования, обустройства и развития территории населенных пунктов в нашей стране, устранить коррупционные риски и во многом обеспечить сохранение экологически чистой и эстетически осмысленной городской среды. Особенно важно это сейчас, в период построения Нового Казахстана на основе демократических начал.

**Р.К. Джиембаев, з.ғ.к., қауымдастырылған профессор, полиция подполковнигі, Қазақстан Республикасы ІІМ Б. Бейсенов атындағы Қарағанды академиясының жоғары оқу орнынан кейінгі білім беру факультетінің бастығы (Қарағанды қ., Қазақстан Республикасы), Т.С. Салкебаев, PhD, Қазақстан Республикасы ІІМ Б. Бейсенов атындағы Қарағанды академиясының жалпы құқықтық пәндер кафедрасының бастығының орынбасары, полиция подполковнигі (Қарағанды қ., Қазақстан Республикасы), М.С. Әбішева, филология ғылымдарының кандидаты, PhD, профессордың ассистенті, Е.А. Бөкетов атындағы Қарағанды университетінің академиялық жұмыс департаменті ди-**

<sup>21</sup>Казбаева А.Г. Теоретические аспекты кодификации градостроительного законодательства в Республике Казахстан // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. 2011. № 4 (24). – С. 33-36.

<sup>22</sup>Мухаметов А.Ф. Борьба с коррупцией: восприятие, рейтинг, опыт. Успех или поражение? // Право и государство. 2019. № 3 (84). – С. 4-17.

## **ректорының орынбасары (Қарағанды қ., Қазақстан Республикасы): Қазақстан Республикасындағы қала құрылысы қызметін мемлекеттік-құқықтық реттеудің кейбір мәселелері.**

Қала құрылысы мәселелері әрдайым *өзекті* болып қала берді. Біздің еліміздегі қала құрылысы қызметі тиісті нормативтік құжаттармен реттеледі және ол еңбек, өмір және халықтың демалысы сияқты маңызды әлеуметтік факторларға негізделген. Алайда, қала құрылысының негізгі қағидаттарын сақтауға тырысқанына қарамастан, қала құрылысын дамыту стратегияларының теңгерімсіздігі, аумақтық жоспарлаудың салыстырмалы түрде төмен сапасы, еңбек, көлік және әлеуметтік инфрақұрылымның жеткіліксіз дамуы, құрылысты реттеу мен қадағалаудың, құрылыс құжаттамасын сараптау мен бекітудің тиімсіз тетіктерін қолдану, сондай-ақ тепе-теңдікті дамыту үшін экономикалық жағдайлардың болмауы орын алып отыр. *Мақаланың мақсаты* Қазақстандағы қала құрылысы проблемаларының авторлық пайымын және оларды шешу жолдарын баяндау болып табылады. Мақала жазу кезінде қала құрылысының нормалары мен ережелерін зерттеудің жалпы ғылыми және жеке *ғылыми әдістері* қолданылды. *Зерттеу объектісі* мемлекеттің кеңістіктік дамуын басқарудың негізгі компоненттері болып табылады. *Зерттеу тақырыбы* – қалаларды жоспарлау және дамыту тәжірибесі. *Қысқаша тұжырымдар*: заманауи қала құрылысы процесін мұқият зерттеу азаматтардың наразылығын тудыратын ең өткір проблема хаотикалық нүктелік даму және бірыңғай сәулет стилінің болмауы деп айтуға мүмкіндік береді. Бұл мәселені шешу үшін авторлар туындаған қайшылықтарды жоюға қабілетті бірқатар ұсыныстар ұсынады. Ұсыныстар ретінде авторлар қолданыстағы заңнамаға өзгерістер енгізуді, сондай-ақ Еуропа елдерінің қала құрылысы саласындағы оң тәжірибесін қолдануды ұсынады.

*Тірек сөздер*: мемлекет, қала құрылысы, сәулет, заңнама, тығыз құрылыс, тұжырымдама, мемлекеттік саясат, қала құрылысы кеңесі, Азаматтық қоғам институттары, кәсіби қоғам, мемлекеттік-құқықтық реттеу, азаматтар.

**R.K. Dzhiembayev, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Head of the Department of General Legal Disciplines of B. Beisenov Karaganda Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Kazakhstan Police Lieutenant Colonel (Karaganda, Kazakhstan); T.S. Salkebayev, PhD, Deputy Head of the Department of General Legal Disciplines of B. Beisenov Karaganda Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Kazakhstan, Police Colonel (Karaganda, Kazakhstan); M.S. Abisheva, Candidate of Philology Sciences, PhD, Assistant Professor, Deputy Director of the Department for Academic Work of the E.A. Buketov Karaganda University (Karaganda, Kazakhstan): Some issues of state-legal regulation of urban development activities in the Republic of Kazakhstan.**

Urban planning issues have always been and remain particularly *relevant*. Urban planning activity in our country is regulated by relevant regulatory documents, and it is based on such important social factors as work, life and recreation of the population. However, despite the attempt to comply with the basic principles of urban planning, there is an imbalance of urban development strategies, relatively poor quality of territorial planning, insufficient development of labor, transport and social infrastructure, the use of weakly effective mechanisms of construction regulation and supervision, expertise and approval of construction documentation, as well as the lack of economic conditions for balanced development. *The purpose of the article* is to present the authors' vision of the problems of urban planning in Kazakhstan and the ways to solve them. During the research

general scientific and private *scientific methods* of studying the norms and provisions of urban planning regulations were used. *The object of the study* is the basic components of the spatial development management of the state. *The subject of the study* is the practice of urban planning and development. *Brief conclusions*: a close study of the process of modern urban planning suggests that the most important problem causing discontent among citizens is chaotic 'dotted' development and the lack of a single architectural style. To solve this problem, the authors propose a number of recommendations that, in their opinion, can eliminate the contradictions that have arisen. As recommendations, the authors suggest making changes to the current legislation, as well as applying the positive experience of European countries in urban planning.

*Keywords*: state, urban planning, architecture, legislation, 'dotted' development, concept, state policy, urban planning council, civil society institutions, professional community, state legal regulation, citizens.

### Список литературы:

1. Вавилов Н.С. Зарубежный опыт правового регулирования деятельности институтов гражданского общества на местном уровне // Марийский юридический вестник. 2015. № 1 (12). – С. 68-71. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/zarubezhnyy-opyt-pravovogo-regulirovaniya-deyatelnosti-institutov-grazhdanskogo-obschestva-na-mestnom-urovne/viewer>.

2. Вильнер М.Я. О регулировании градостроительной деятельности в современной России // URL: <https://urtmag.ru/public/378/>.

3. Говоренкова Т.М. Парадокс вмешивается в дело. Градостроительство До и После перестройки. А градостроительство? Когда? // URL: <https://urtmag.ru/public/573/>.

4. Джаниян С. Дания, страна активистов. Радио Свобода // URL: <https://www.svoboda.org/a/1969229.html>.

5. Касьянов В.Ф., Шукурова А.Н. Градостроительство. Большая российская энциклопедия // URL: [https://bigenc.ru/technology\\_and\\_technique/text/2375099](https://bigenc.ru/technology_and_technique/text/2375099).

6. Занина Н. Гулливеры среди лилипутов. Алматинцев возмущают многоэтажки в историческом центре города. Informburo // URL: <https://informburo.kz/stati/gulivery-sredi-liliputov-almatincy-vozmushheny-poyavleniem-neboskrebov-v-istoriceskom-centre-goroda?ysclid=kzjgcc40zf>.

7. Ишекенова Б. В Казахстане будут бороться с хаотичной застройкой по-новому. LS // URL: <https://lsm.kz/v-kazahstane-budut-borot-sya-s-haotichnoj-zastrojkoj-povomuu>.

8. Казбаева А.Г. Теоретические аспекты кодификации градостроительного законодательства в Республике Казахстан // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. 2011. № 4 (24). – С. 33-36.

9. Камински Д. Несбывшаяся «Сталинская» Алма-Ата, часть I // URL: <https://vlast.kz/gorod/19358-nesbyvsaa-stalinskaa-alma-ata-cast-i.html>.

10. Кузнецов С.О. Н.С. Хрущев и борьба с излишествами в советской архитектуре (1949-1954 годы) // Academia. Архитектура и строительство. 2019. № 3. – С. 5-10. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/n-s-hruschyov-i-borba-s-izlishestvami-v-sovetskoy-arhitekture-1949-1954-gody>.

11. Мухаметов А.Ф. Борьба с коррупцией: восприятие, рейтинг, опыт. Успех или поражение? // Право и государство. 2019. № 3 (84). – С. 4-17.

12. Ордабаев А.Б. История архитектуры города Алматы. Вырождение Постмодернизма в кич: Архитектура Независимости. ARCHCODE ALMATY // URL: <https://archcode.kz/journal/view?category=article&sefname=istoria-arhitektury-goroda-almaty>.

13. Послание Главы государства К.К. Токаева народу Казахстана «Справедливое государство. Единая нация. Благополучное общество» // URL: <https://www.akorda.kz/ru/poslanie-glavy-gosudarstva-kasym-zhomarta-tokaeva-narodu-kazahstana-181130>.

14. Самойлов К.И. Архитектура Казахстана XX века (Развитие архитектурно-художественных форм). Москва-Алматы: «М-Ари-дизайн», 2004.

15. Ульянкина Е. Что хотели и что построили в Караганде за 20 лет (фото и проекты) // Газета «Новый Вестник». URL: <http://nv.kz/2017/04/22/154018/>.

### References (transliterated):

1. Vavilov N.S. Zarubezhnyy opyt pravovogo regulirovaniya deyatelnosti institutov grazhdanskogo obshchestva na mestnom urovne // Mariyskiy yuridicheskiy vestnik. 2015. № 1 (12). – S. 68-71. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/zarubezhnyy-opyt-pravovogo-regulirovaniya-deyatelnosti-institutov-grazhdanskogo-obshchestva-na-mestnom-urovne/viewer>.

2. Vil'ner M.Ya. O regulirovani i gradostroitel'noy deyatelnosti v sovremennoy Rossii // URL: <https://urtmag.ru/public/378/>.

3. Govorenkova T.M. Paradoks v meshivayetsya v delo. Gradostroitel'stvo Do i Posle perestroyki. A gradostroitel'stvo? Kogda? // URL: <https://urtmag.ru/public/573/>.

4. Dzhanian S. Daniya, strana aktivistov. Radio Svoboda // URL: <https://www.svoboda.org/a/1969229.html>.

5. Kas'yanov V.F., Shukurova A.N. Gradostroitel'stvo. Bol'shaya rossiyskaya entsiklopediya // URL: [https://bigenc.ru/technology\\_and\\_technique/text/2375099](https://bigenc.ru/technology_and_technique/text/2375099).

6. Zanina N. Gullivery sredi liliputov. Almatintsev vozmuschayut mnogoetazhki v istoricheskom tsentre goroda. Informburo // URL: <https://informburo.kz/stati/gullivery-sredi-liliputov-almatincy-vozmushheny-poyavleniem-neboskrebov-v-istoriceskom-centre-goroda?ysclid=kzjgcc40zf>.

7. Ishekenova B. V Kazahstane budut borot'sya s haotichnoy zastroykoy po-novomu. LS // URL: <https://lsm.kz/v-kazahstane-budut-borot-sya-s-haotichnoj-zastrojkoj-po-novomu>.

8. Kazbayeva A.G. Teoreticheskiye aspekty kodifikatsii gradostroitel'nogo zakonodatel'stva v Respublike Kazahstan // Vestnik Instituta zakonodatel'stva Respubliki Kazahstan. 2011. № 4 (24). – S. 33-36.

9. Kaminski D. Nesbyvshayasya «Stalinskaya» Alma-Ata, chast' I // URL: <https://vlast.kz/gorod/19358-nesbyvsaa-stalinskaa-alma-ata-cast-i.html>.

10. Kuznetsov S.O. N.S. Hrushevivor'ba s izlishestvami v sovetskoj arhitekture (1949–1954 gody) // Academia. Arhitektura i stroitel'stvo. 2019. № 3. – S. 5-10. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/n-s-hruschyov-i-borba-s-izlishestvami-v-sovetskoj-arhitekture-1949-1954-gody>.

11. Muhametov A.F. Bor'ba s korrupciej: vospriyatie, rejting, opyt. Uspekh ili porazhenie? // Pravo i gosudarstvo. 2019. № 3 (84). – S. 4-17.

12. Ordabayev A.B. Istoriya arhitektury goroda Almaty. Vyrozhdeniye Postmodernizma v kitch: Arhitektura Nezavisimosti. ARCHCODE ALMATY // URL: <https://archcode.kz/journal/view?category=article&sefname=istoria-arhitektury-goroda-almaty>.



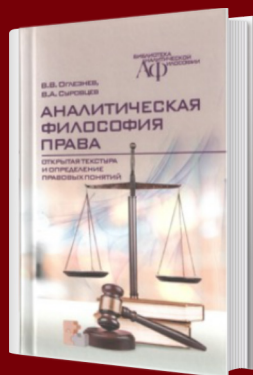
13. Poslaniye Glavy gosudarstva K.K. Tokayeva narodu Kazahstana «Spravedlivoye gosudarstvo. Uedinaya natsiya. Blagopoluchnoye obschestvo» // URL: <https://www.akorda.kz/ru/poslanie-glavy-gosudarstva-kasym-zhomarta-tokayeva-narodu-kazahstana-181130>.

14. Samoylov K.I. Arhitektura Kazahstana XX veka (Razvitiye arhitekturno-hudozhestvennyh form). Moskva-Almaty: «M-ARi-dizayn», 2004.

15. Ul'yankina Ye. Chto hoteli i chto postroili v Karagande za 20 let (foto i proyekty) // Gazeta «Novyy Vestnik». URL: <http://nv.kz/2017/04/22/154018/>.

Для цитирования и библиографии: Джиембаев Р.К., Салкебаев Т.С., Абишева М.С. Некоторые вопросы государственно-правового регулирования градостроительной деятельности в Республике Казахстан // Право и государство. 2022. № 4(97). – С. 69-83. DOI: 10.51634/2307-5201\_2022\_4\_69

Материал поступил в редакцию 15.11.2022.



## НОВЫЕ КНИГИ

**Оglesnev В.В., Суровцев В.А. Аналитическая философия права: открытая текстура и определение правовых понятий / Сер. Библиотека аналитической философии. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2023. – 352 с.**

ISBN 978-5-88373-751-9

Современная аналитическая философия права, являясь достаточно новым направлением в исследовании традиционных проблем юридической теории, прежде всего ставит вопросы, связанные с особенностями функционирования юридического языка. Будучи одним из ответвлений аналитической философии языка, где одной из главных проблем является возможность установления значений лингвистических выражений, аналитическая философия права исследует специфику, структуру и особенности определений юридических терминов. Этой теме посвящена данная монография, в которой рассматриваются вопросы: Имеют ли юридические термины однозначно фиксированное содержание? В какой степени понимание юридического языка зависит от контекста употребления терминов? Связаны ли затруднения в определении юридических понятий с открытой текстурой обыденного языка?

В приложении приведены переводы некоторых ключевых текстов представителей аналитической философии права.

Для философов, юристов, лингвистов и всех интересующихся проблемами современной философии языка.

## DIGITALIZATION AND BEHAVIORAL ECONOMICS: LEGAL ISSUES



**A.A. ALFEROVA,**

LLM, Lawyer at

Legal Consulting Community

Limited (Astana, Kazakhstan),

e-mail: bobyleva.law@gmail.com

**The objective** of this study is an analysis of the use of the provisions of behavioral economics in the application of the rules of law in order to adapt law enforcement practice to the market realities. The study has determined that companies have long been using behavioral economics to promote and sell their products and services, and the rapid development of technology and digitalization provides new tools for this purpose. While the use of behavioral economics in some marketing strategies has already been recognized as illegal in many countries, today's technology is embedded with algorithms that can use consumer behavioral characteristics. **Scientific novelty** is in the fact that the study explores the concept of behavioral economics and its application by companies in their marketing strategies, as well as the legal issues arising in global practice that can be identified through aspects of behavioral economics. The development of technology and digitalization requires the adaptation of legal practices to constantly changing realities, and therefore, new tools are needed to identify potential violations of legislation and to ensure effective and proper law enforcement. **Practical significance** is that the study highlights the importance of timely adaptation of legal norms and law enforcement to changing market realities and legal relationships. The main provisions and conclusions of the research can be used to improve law enforcement practices in the areas of competition protection and consumer rights protection. **The subject of the research** is the analysis of the use of behavioral economics in legal practice and its application for adapting legislation and legal practice to the changing realities of the market and legal relationships. The study also examines legal issues (including the norms of EU antitrust legislation, consumer protection legislation, judicial practice) related to the application of behavioral economics in companies' marketing strategies and the use of technologies that include algorithms capable of utilizing consumer behavioral characteristics. **Brief conclusions:** 1) behavioral economics has long been used by companies in their marketing strategies, but with the advent of technology, it has reached a new level and allows businesses to more effectively utilize consumer behavior characteristics; 2) as a result, the combination of technology and behavioral economics raises legal issues, exposes gaps in existing rules and practices; in the digital age, where changes occur rapidly, standard tools for adapting and improving legislation and practice are not primary, as they are unable to

provide timely responses. Therefore, other tools for adapting legislation and legal practice are necessary, including behavioral economics.

*Keywords: law, digital technologies, digitalization, behavioral economics, antitrust law, abuse of dominance, consumer rights, behavioral antitrust, cognitive errors*

### **Introduction**

Digitalization is penetrating almost every sphere of human activity, which determines the need for transformation of related processes and corresponding adaptation. Companies have long embraced this trend and are implementing new technologies in their practices and marketing strategies. Each marketing strategy is already built on a certain algorithm, such as the AIDA formula (A (attention), I (interest), D (desire), A (action)).<sup>1</sup> All marketing formulas and strategies for promoting and selling goods and services are based on the principles of behavioral economics. By understanding consumer behavior and key triggers, companies are able to influence consumer choice and even pre-determine it.

The development of technology allows companies not only to collect a greater amount of data for analyzing the behavioral characteristics of their consumers, but also to adapt the algorithms used in these technologies. For example, emotional artificial intelligence (Emotion AI) is gaining popularity – an algorithm that allows the recognition and interpretation of human emotions and their reactions to them. This combination of marketing techniques, behavioral economics, and technology raises a number of questions, including those related to compliance with legal norms.

The development of technology and marketing practices based on behavioral economics requires adapting current legislation to the changing realities. For example, digitization entails the emergence of new forms of competition between companies and the generation of new commodity markets. Such changes, in turn, indicate the need for flexibility from antitrust agencies in order to protect competition, create and maintain a competitive environment in the market, and eliminate and prevent the concentration of market power in the hands of a few. To achieve this goal, antitrust agencies need to monitor market trends and its state, as well as use new tools to establish violations of the law.

Behavioral economics is applicable not only in the marketing strategies of companies, but can also become a tool for establishing violations of the law and forming legal means of protection. The use of behavioral economics allows for the formation of an understanding of the current state of the market and the actual behavior of its participants, accurate identification of commodity markets, identification of possible violations of the law, and the development of legal means of protection.

### **Main provisions**

Companies have utilized the principles of behavioral economics to promote and sell their products and services for a significant period of time. With the rapid advancements in technology and digitalization, new tools have emerged that enable businesses to leverage consumer behavior characteristics more effectively. While some marketing strategies utilizing behavioral economics have been deemed illegal in several countries, the integration of algorithms within technology permits the use of this technique. More-

---

<sup>1</sup>Barry T.E. The development of the hierarchy of effects: an historical perspective // Journal of Current Issues and Research in Advertising. 1987. № 10(1-2). – Pp. 251-263.

over, behavioral economics determines not only consumer behavior, but also reveals aspects of the behavior of companies themselves in interaction with each other. As a result, this combination of technology and behavioral economics poses legal questions, exposing gaps in current regulations and practices. In the digital age where change is frequent, traditional adaptation and legislative improvement tools may not provide timely responses. Therefore, alternative adaptation tools, such as behavioral economics, are necessary.

### **Materials and methods**

The research is based on a combination of scientific methods, including comparative legal analysis, system-functional analysis, and formal-legal method. In order to conduct a comprehensive study, relevant primary and secondary sources of EU law were systematically reviewed and evaluated for their relevance to the topic of study and their level of authoritativeness. To provide background information on both neo-classical economics and behavioral economics, this research used a literature analysis to introduce some basic provisions of these disciplines. Then, with the help of a case law review, the article illustrates how they relate to different law areas using the descriptive method. Since behavioral economics draws from various fields, this research has a multi-disciplinary scope that combines law, economics, and behavioral science.

### **Results of the study**

#### **1. Behavioral economics. Key concepts**

Behavioral economics is a direction of economic research that studies the influence of various factors (including social and emotional) on the behavior of economic agents and their economic decision-making. Consumer choice is fundamental in decision-making and can be described as actions related to the purchase, use, and disposal of goods and services, including emotional, mental, and behavioral reactions of the consumer that precede or follow such actions.<sup>2</sup>

The neoclassical theory that dominated until recently considered consumer behavior from the point of view of rationality, when the consumer is guided by his personal motives and maximizes utility.<sup>3</sup>

Behavioral economics, on the other hand, analyzes the reasons for a person's actions in making choices and decisions. The founders of behavioral theory are considered to be Daniel Kahneman and Amos Tversky<sup>4</sup>, who developed one of the concepts - the theory of perspectives. The theory describes that people's choices in decision-making are influenced by various variables, such as feelings, emotions, experience, attitudes towards the situation, and so on. Accordingly, behavioral economics suggests that human behavior is far from rationality and is subject to many factors.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup>Kardes F., Cronley M., Cline T. Consumer behavior. South-Western Cengage Learning, 2011.

<sup>3</sup>Jacoby J. Is it rational to assume consumer rationality? Some consumer psychological perspectives on rational choice theory // Roger Williams University Law Review. 2000. Vol. 6(1).

<sup>4</sup>Kahneman D., Tversky A. Prospect theory: An analysis of decision under risk // Econometrica. 1979. Vol. 47(2). – Pp. 263-292.

<sup>5</sup>Zalega T. Consumer and consumer behaviour in the neoclassical and behavioural economic approach // Konsumpcja i Rozwój. 2014. Vol. 4(9). – Pp. 64-79.

### 1.1. Application of Consumer Behavioral Characteristics (Bias)

Companies often base their marketing strategies on the analysis of consumer behavior and take into account their behavioral characteristics. For example, the phenomenon of “information overload” describes a situation in which a person is unable to analyze and/or properly perceive all the provided information due to its large amount. This phenomenon contradicts the requirement of legislation to provide complete, necessary, and reliable information to the consumer. Moreover, the phenomenon called “bounded rationality” suggests that a person may not pay attention (or not enough attention) to all the necessary information. The result of information overload is that the consumer needs to exert more effort to analyze the data, which leads to making the wrong decision.<sup>6</sup> A similar effect is also possessed by the behavioral characteristic of “choice overload”, in which, in the case of multiple alternatives, a person becomes confused, which also affects the decision made.<sup>7</sup>

Price strategies of companies are also based on the principles of behavioral theory. For example, the “zero price effect” links high consumer demand with low product cost.<sup>8</sup> It is also noted that there is a correlation between high price and expected quality of the product/service.<sup>9</sup>

In the digital age, pricing strategies are changing due to the changing value of resources. The phrase “data is the new oil” accurately describes the status of information in the digital economy.<sup>10</sup> The information on the basis of which companies build their strategies in the modern world represents a special value. At the same time, companies provide their services “for free”, but the consumer, without realizing the full value of the information, still pays for these services with their personal and other data.<sup>11</sup> In the digital world, information is considered as a currency and valuable asset for companies.<sup>12</sup>

AI Marketing involves analyzing consumer data with algorithms, machine learning, and optimizing marketing articles and customer journeys.<sup>13</sup> Consumer data arrays are taken from the databases of the companies themselves, social networks, surveys, and other resources. According to statistics, in 2018, 29% of companies used artificial intel-

<sup>6</sup>Jacoby J., Speller D., Kohn C. Brand choice behavior as a function of information load // *Journal of Marketing Research*. 1974. Vol. 11(1). – Pp. 63-69.

<sup>7</sup>Chernev A., Böckenholt U., Goodman J. Choice overload: A conceptual review and meta-analysis // *Journal of Consumer Psychology*. 2015. Issue 25(2). – Pp. 333-358.

<sup>8</sup>Shampanier K., Mazar N., Ariely D. Zero as a special price: The true value of free products // *Marketing Science*. 2007. Vol. 26(6). – Pp. 742-757.

<sup>9</sup>Shiv B., Carmon Z., Ariely D. Placebo effects of marketing actions: Consumers may get what they pay for // *Journal of Marketing Research*. 2005. Vol. 42(4). – Pp. 383-393.

<sup>10</sup>See Evans M. Why data is the most important currency used in commerce today // *Forbes*. 2018. URL: <https://www.forbes.com/sites/michelleevans/2018/03/12/why-data-is-the-most-important-currency-used-in-commerce-today/?sh=41e9bc3054eb>.

<sup>11</sup>Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources // *Bundeskartellamt*. February 7, 2019. URL: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html).

<sup>12</sup>Løken P. Why data is not the new oil // *Azets*. 2020. URL: <https://www.azets.com/blog/value-of-data/>.

<sup>13</sup>Котлер Ф., Картаджайа Х., Сетиаван А. Маркетинг 4.0. Разворот от традиционного к цифровому: технологии продвижения в интернете. М.: БОМБОРА; Эксмо, 2022. P. 71-89.



ligence tools in marketing, and in 2020, this number reached 84%.<sup>14</sup>

The development of technology has led to the creation of emotional artificial intelligence (Emotion AI), which allows algorithms to recognize and interpret emotions by analyzing facial expressions, body position, and vocal tone. Facial expression recognition enables companies to determine people's emotions using facial recognition systems, reading data (image/video of the face) using the optical sensor of a device (webcam, smartphone camera, etc.).<sup>15</sup> Artificial intelligence is also capable of recognizing emotions by processing human voice audio files and analyzing them. As a result, based on intonation, loudness, speech tempo, and other factors, artificial intelligence can determine not only the speaker's emotions but also their gender and age. The well-known "7%-38%-55% Rule" indicates the corresponding influence of words, tone of voice, and body language in human interaction.<sup>16</sup> The analysis of data provided by consumers and a similar understanding of a person's emotional reaction to possible triggers provide almost unlimited opportunities for companies.

Understanding the fact that consumer behavior is not only based on the analysis of available information but also on unconscious and irrational elements, companies can create marketing strategies of various kinds. The most common strategy based on the analysis of all kinds of consumer data is the personalization strategy, which provides a deep understanding of the consumer's response to marketing strategies and delivers the right content to the consumer at the right time.<sup>17</sup>

Psychological features that influence decision-making make consumers vulnerable to companies and their marketing strategies, which can manipulate consumer choices.<sup>18</sup> In turn, the digital transformation of society leads to corresponding changes in business principles, increasing the value of information and thereby determining the need for new approaches to demonstrate the real picture that is happening in society and in market relations.

## 2. Legal Issues

The use of behavioral economics in companies' marketing strategies also raises legal questions. In the digital environment, one of the tools for competition among market participants is innovation and technology. Technology allows for the processing of available consumer data. Analysis of this data set allows companies to identify the behavioral characteristics of consumers that determine their decisions, actions, and choices. Therefore, information about consumers is a tool for competition. It should be noted that the use of this tool by companies may be the basis for identifying a violation of competition law.

---

<sup>14</sup>See Norris P. 10 impressive examples of AI in marketing // Social Media Strategy Summit. November 18, 2021. URL: <https://blog.socialmediastrategiessummit.com/10-examples-of-ai-in-marketing/>.

<sup>15</sup>Quinn I., Bertin F., Bobyleva, A., Kakhiani E., Hussain A. Life facial recognition technology: Legal issues in the context of EU law enforcement from a fundamental rights perspective. Wolf Legal Publishers, 2021. Pp. 1-4.

<sup>16</sup>Mehrabian A., Wiener M. Decoding of inconsistent communications // Journal of Personality and Social Psychology. 1967. Vol. 6(1). – Pp. 109-114.

<sup>17</sup>How Artificial Intelligence Has Revolutionized Marketing [Case Study] // StartupTalky. November 27, 2021. URL: <https://startuptalky.com/artificial-intelligence-marketing-case-study/>.

<sup>18</sup>Bobyleva A. Choice in Digital Antitrust Law. Eliva press, 2022. URL: <https://ssrn.com/abstract=3945266>.

## 2.1. Establishing the product market and its boundaries

The processes of globalization and digitization influence market relations, including the establishment of the product market and its boundaries. The modern market has moved away from territorial restrictions and has evolved, since in the digital environment an economic agent can be a producer selling goods online worldwide, as well as a digital platform selling a variety of goods.

The definition of the product market on which an economic entity operates is a fundamental practice for competition law, since abuses of dominant position are determined based on the position of the economic entity in a specific product market. Thus, in order to establish a violation in the form of an abuse of dominant position, it is necessary to initially define the relevant product market. Similar practice is found in the law of the European Union: “any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited ... as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States”.<sup>19</sup>

A product market usually defined as the sphere of product turnover (including foreign-made products) that cannot be replaced by other products, or interchangeable products, within the boundaries (including geographical) where, based on economic, technical, or other feasibility or expediency, a purchaser can buy a product, and where such feasibility or expediency does not exist beyond those boundaries. The European approach indicates that the product market includes interchangeable products/services based on their characteristics, prices, and expected use.<sup>20</sup> However, behavioral science suggests that the product market can be different and go beyond the framework described by the legislator. For example, the criterion of product interchangeability may not always be applicable due to consumer behavioral characteristics. One such phenomenon is «brand loyalty»: if a consumer prefers a particular brand, they will not change their preference even if the price of that brand increases.<sup>21</sup> Consumers are also more willing to recommend brands they trust, even if they don't use them themselves at the moment.<sup>22</sup> The principle of «interchangeability» in determining the product market cannot always be applicable due to «brand loyalty», when non-branded products or copies of original products (knockoffs) are perceived by consumers as different products, despite identical characteristics.

In the digital age, the boundaries of the product market can be much broader, and the market can be considered global. In this case, when determining the product market and its boundaries, it is necessary to take into account a multitude of factors that influence both the characteristics of consuming goods, including identifying the opinions of purchasers of the product about the geographical boundaries of the product market, salesda-

---

<sup>19</sup>Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union Art. 102. 2012 O.J. (C 326) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>.

<sup>20</sup>European Commission. Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law. 1997 O.J. (C 372) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209%2801%29>.

<sup>21</sup>Desai D., Waller S. Brands, competition, and the law // *BYU Law Review*. 2010. Vol. 2010(5). – Pp. 1427-1447.

<sup>22</sup>Котлер Ф., Картаджайа Х., Сетиаван А. Маркетинг 5.0. Технологии следующего поколения. М.: БОМБОРА; Эксмо, 2022.

ta, the influence of the brand,<sup>23</sup> as well as the presence or absence of costs associated with the production of the product and its transportation. In the digital age, it is only possible to correctly identify the appropriate product market and accurately determine its boundaries through a comprehensive analysis of the real preferences of consumers and their behavioral characteristics. Behavioral economics helps to identify the market, emphasizing the potential existence of different consumers and circumstances that affect the determination of the market. At the same time, it is not possible to identify all categories of consumers and influencing factors for the construction of a universal algorithm for market identification, since each specific case needs to be evaluated using empirical analysis.<sup>24</sup>

## 2.2. Abuse of dominant position

In order to create a favorable and competitive market structure, a prohibition is established for a subject to abuse its dominant position, which leads to prevention, restriction, elimination of competition and/or infringement of the interests of other economic entities in the field of entrepreneurial activity or an undefined circle of consumers. Accordingly, the identification of practices that can be classified as «abuse of dominant position» is the main task of regulatory authorities. Given that this violation is a characteristic of illegal market behavior, it is important to understand how market participants actually behave. Since behavioral economics illustrates the picture of the «real» market, its application contributes to the identification of violations of competition law, indicating the impact of specific company practices on consumers and competition.

The Microsoft cases reviewed by the European Commission are indicative examples illustrating how behavioral economics can help evaluate such abusive practices as tying. Consumer behavioral characteristics influenced the resolution of the Media Player case, which focused on Microsoft's practice of tying (by default and for free) Windows Media Player to its Windows operating system.<sup>25</sup> The case states that by making Media Player the default player through which all multimedia will be played when a consumer purchases a personal computer, Microsoft used its dominant position in the market.<sup>26</sup>

Traditional approaches assume that if consumers are fully rational, then the pre-installation of a media player has no value to them, as consumers can go online and download an alternative media player for free (i.e., the information is available, and the cost of changing is low). However, from the perspective of behavioral economics, consumers cannot opt-out of Microsoft's pre-installed programs due to their «inertia»: «pre-installation of Media Player in Windows created potential use, as demand-side users discovering WMP pre-installed on their client PCs ... are overall less likely to use

---

<sup>23</sup>European Commission. Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law. 1997 O.J. (C 372) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209%2801%29>.

<sup>24</sup>Цариковский А.Ю., Иванов А.Ю., Войниканис Е.А. Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху. Как защищать конкуренцию в условиях глобализации. Издательский Дом ВШЭ, 2019. Пр. 33-41.

<sup>25</sup>Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft) (Mar. 24, 2004) (Summary: 2007 O.J. (L 32) 23) // URL: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37792/37792\\_4177\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf).

<sup>26</sup>Bobyleva A. Choice in Digital Antitrust Law. Eliva press, 2022. URL: <https://ssrn.com/abstract=3945266>.

alternative media players since they already have an application that provides streaming and playback of multimedia».<sup>27</sup>

A similar dispute was examined with Google, which pre-installed the Google search engine on Android devices, in the case of Google Android. The European Union Commission noted: «Thus, Google has used Android as a means to strengthen the dominance of its search engine. These actions deprived competitors of the ability to innovate and compete effectively. They deprived European consumers of the advantages that effective competition in this area provides. This is illegal under EU antitrust rules».<sup>28</sup>

Similar business practices affect the competitive state of the market by creating barriers to entry for smaller companies, which in turn affects the comprehensive development of the market and innovation.

### **2.3. Behavioral Economics and Psychology of the Firm. Mergers and Acquisitions (M&A)**

Behavioral theory is also applicable not only in terms of a company's practices towards consumers and the use of their behavioral characteristics, but also in accounting for the behavior of the firm itself. For example, the phenomenon of individualistic companies (maverick), which are characterized by the greatest aggressiveness in market relations due to their behavioral characteristics, when they enjoy the process of competition with other companies.<sup>29</sup>

Behavioral economics is applicable in cases of merger investigations in terms of correctly establishing the motivation behind such an operation. As a general rule, the main goal of any economic operation, including mergers, is to maximize profit through expectations of increasing efficiency, synergy, growth opportunities, cost reduction, and so on. However, behavioral economics literature emphasizes that there may be other motives for mergers.<sup>30</sup> For example, executives may be guided by their level of compensation or the firm's market share compared to others, which points to motives for mergers other than profit maximization. The reason for a merger may also be excessive optimism on the part of management regarding the potential of the firm to increase efficiency or change pricing policy after the merger (usually in such a situation, the motive is reinforced not by calculations but by successful previous experience or the authority of the leader's opinion). Such behavioral aspects of decision-making in companies can explain the inefficiencies of conducted mergers.

Thus, mergers can occur for reasons other than profit maximization, among which the following can be highlighted:

- imitation of another competitor's tactics;
- adherence to a previous strategy (positive experience);

<sup>27</sup>Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft) (Mar. 24, 2004) (Summary: 2007 O.J. (L 32) 23) // URL: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37792/37792\\_4177\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf).

<sup>28</sup>Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine // European Commission Press Release. July 18, 2018. URL: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_18\\_4581](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581).

<sup>29</sup>Engel C., Ockenfels A. Maverick – Making Sense of a Conjecture of Antitrust Policy in the Lab // Bonn. 2013. – Pp. 1-27.

<sup>30</sup>Armstrong M., Huck S. Behavioral Economics as Applied to Firms: A Primer // MPRA Paper. 2010. № 20356. – Pp. 1-39.

- false sense of profitability of an economic action by managers and others.<sup>31</sup>
- Various factors can serve as reasons for deviations from rational behavior, such as:
- the operational activities of firms take place in a complex and uncertain environment;
  - the need to analyze competitors and their actions;
  - a lot of time is required to make important decisions and implement them;
  - group decision-making can lead to additional errors;
  - managers have a certain experience in “tough” management and/or personal motives;
  - trust and solidarity support cartel maintenance;
  - and others.<sup>32</sup>

Understanding these factors helps to better understand the rationale for the deal and evaluate the potential impact on competition.

#### **2.4. Abuse of market power based on the scale of collection, use, and consolidation of user data**

Given that user information is a valuable resource for companies, as well as a unique form of payment by users for the services provided, it is necessary to consider the possibility of exploitative abuse of consumer behavior and how this can lead to abuse of dominant position. This situation is illustrated by the Facebook case in Germany, according to which Facebook abused its dominant position in social networks to illegally collect information about users.<sup>33</sup>

According to the Facebook user agreement, users can use this social network on the condition that they allow Facebook to collect data about themselves within this social network and beyond – on the Internet or in applications (such as WhatsApp and Instagram, as well as on third-party websites) and link this data to the user’s account on the Facebook social network.<sup>34</sup> Essentially, Facebook can obtain information about users from the following sources of data: Facebook-owned services (WhatsApp and Instagram) and third-party websites, if users give their voluntary consent.<sup>35</sup> To use the social network, users must check the corresponding box indicating that they agree to the terms of service and the processing of their personal data (provide informed consent). However, due to Facebook’s dominant market power, such action cannot be considered an adequate basis for collecting and processing data, since consumers are provided with a limited (and as a result, only) choice: either agree to the conditions or not use this so-

---

<sup>31</sup>Ibid.

<sup>32</sup>Ibid.

<sup>33</sup>German Federal Cartel Office. Decision No. B6-22/16, ‘Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing’ (2019) // URL: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob%3DpublicationFile%26v%3D5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob%3DpublicationFile%26v%3D5).

<sup>34</sup>Facebook Terms of Service // URL: <https://www.facebook.com/terms.php>.

<sup>35</sup>Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). OJ 2016 L 119/1, art 7 // URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3e485e15-11bd-11e6-ba9a-01aa75ed71a1>.



cial network.<sup>36</sup> In this situation, such a limiting choice for the user cannot be considered voluntary consent. It should be noted that the fact of processing data obtained through Facebook's own website is not decisive in this case, as the information provided is specific to the service, and users initially know (or can assume) that the social network will collect data. The fact of collecting a large amount of any types of user data by Facebook from third-party sources – both on Facebook-owned services and on third-party websites with different interfaces and functionality (for example, those with «Like» or «Share» buttons) – becomes significant.<sup>37</sup> The flow of data to Facebook begins when users click on the corresponding interface button or when they install/use the application. Thus, Facebook obtains very detailed profiles of its users and knows what they do online.

Such consumer behavior, expressed in a willingness to provide information in exchange for a service, is based on the fact that people simply underestimate the value of information and do not think about the consequences of providing such a volume of data in the long term. Despite the fact that the price, according to traditional economic theory, is zero (a free service is provided), modern realities speak otherwise - the person pays by making payment for the service, but uses an unusual currency - their personal and other data.<sup>38</sup> Therefore, in this situation, the consumer perceives the service as free, which companies take advantage of. Nevertheless, behavioral economics fills this gap and provides a real picture, so it has been established that Facebook's behavior demonstrates abuse by providing exploitative contractual terms and collecting a huge array of user data, thereby creating a risk to competition (including barriers to entry to the market) because competitors cannot collect such a volume of data.

## 2.5. Behavioral economics and consumer protection

Companies often use behavioral economics in their marketing campaigns. It is important to distinguish between strategies aimed at attracting attention and those aimed at misleading consumers, deceiving them, or exploiting them. The use of behavioral economics and consumer behavioral traits falls not only under the scope of competition law but also under consumer protection legislation.<sup>39</sup> However, these two areas should be distinguished: the object of consumer protection policy is the welfare of consumers, while the object of antitrust policy is the state of competition. If the former sphere is aimed at protecting consumers from harm when using behavioral science, which distorts consumer perception of information, the latter sphere covers cases of market

<sup>36</sup>Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources // Bundeskartellamt. February 7, 2019. URL: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html).

<sup>37</sup>Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing (Case B6-22/16). Case Summary. February 6, 2019. – 12 p. // URL: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=).

<sup>38</sup>Newman J.M. Antitrust in zero-prize markets: Foundations // University of Pennsylvania Law Review. 2015. Vol. 164(1). – Pp. 149-206; Nicholas H. What is the problem with neoclassical price theory? // World Review of Political Economy. 2012. Vol. 3(4). – Pp. 457-477.

<sup>39</sup>Osti C. Interpreting Convergence: Where Antitrust Meets Consumer Law // European Competition Journal. 2009. Vol. 5(2).

station where companies exercise their market power to the detriment of competition.<sup>40</sup> Exploiting consumer behavioral traits is not a necessary element of antitrust violations since such violations are established in two stages: the existence of a dominant position of a company in the market and the determination of the form of abuse of such a position. Exploiting consumer behavioral traits in such cases occurs as a result of the dominant company's exercise of its market power, which harms competition.<sup>41</sup>

As previously described, companies often use principles of behavioral economics in their practices to promote their goods and services.<sup>42</sup> The consumer protection law sets boundaries within which companies are allowed to influence consumer decision-making. However, the development of technology necessitates the updating and adaptation of these boundaries.

Companies that offer their goods or services online have greater opportunities to predict consumer behavior because they collect a vast amount of data on consumers that is subsequently processed by algorithms. As a result, seller firms create a «path architecture of choice» for the consumer based on personalized information.<sup>43</sup>

Similar actions by companies can be considered as unfair commercial practices. Earlier in the article, the use of behavioral economics in marketing for personalization was discussed. However, it should be noted that if a seller makes distinctions between consumers or consumer groups, such actions should comply with certain rules that exclude infringement of consumer rights – otherwise, such actions may fall under the category of «unfair commercial practices». Companies constantly collect information on how a particular choice architecture design affects different consumer groups (for example, through A/B testing of the interface). With such testing, companies obtain a block of information about consumers, including their behavioral characteristics and vulnerabilities, which can be used to mislead this group of consumers. Therefore, there is a need to inform the consumer about the personalization performed, or to obtain consent from the consumer for the collection of information for further personalization.

## Discussion

The modernization of market relations and their transition into the digital environment has highlighted the need for improving legal regulation and implementing new tools. The digital environment used as a platform for market participants requires adaptation of legislation to modern conditions. In the context of digitalization, companies increasingly use marketing strategies that involve a detailed analysis of consumers and their behavioral characteristics.

The current legislation of the European Union uses the concept of a «rational consumer», who acts solely rationally and is not influenced by any emotional or other factors. However, modern realities require a review of this concept and the consideration of possible factors influencing consumer behavior. Behavioral economics is used to determine the actual behavior of consumers and reveal triggers that affect it.

---

<sup>40</sup>Wright J.D. The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at War with Each Other // Yale Law Journal. 2012. Vol. 121. – Pp. 2216-2268.

<sup>41</sup>Osti C. Interpreting Convergence: Where Antitrust Meets Consumer Law // European Competition Journal. 2009. Vol. 5(2).

<sup>42</sup>Котлер Ф., Каргаджайа Х., Сетиаван А. Маркетинг 5.0. Технологии следующего поколения. М.: БОМБОРА; Эксмо, 2022. P. 147-171.

<sup>43</sup>Yeung K. Hypernudge: Big Data as a mode of regulation by design // Information, Communication & Society. 2017. Vol. 20(1). – Pp. 118-136.

The use of behavioral economics allows antitrust authorities to monitor the state of competition, correctly identify product markets, and identify violations of competition law by companies (such as establishing facts of abuse of dominant position in the market). Behavioral economics is also applicable in mergers and acquisitions, raising questions about the study of company psychologies that mediate decision-making in their activities.

Furthermore, in the digital age, the issue of data collection and usage, and consequently, abuses caused by the volume of data collection, is particularly acute. Behavioral economics can reveal possible violations by companies that collect and analyze such data. Undoubtedly, the special potential for the application of behavioral economics is possible in cases of consumer protection since it makes clear what bias consumers have and how they can be exploit. The use of such a tool as behavioral economics will contribute to adapting existing legislation to the challenges of the digital age.

### **Conclusion**

The development of society and its digitalization require a corresponding transformation of legislation and law enforcement practices, the use of new tools for their improvement. Companies have long been using behavioral science principles in their product and service promotion strategies. However, technologies such as artificial intelligence and emotional artificial intelligence have changed the form of such usage and taken it to a new level. Now, companies' marketing strategies are based on the maximum amount of data about consumers, including not only personal information as such but also data on consumers' emotional states. Analyzing such data allows for more accurate determination of consumer preferences and identification of certain behavioral characteristics that ultimately influence their choices. Accordingly, possessing a mass of data about consumers is also a tool of competition in modern realities.

To create an effective competitive environment, legislators and decision-makers have gone beyond the axioms and assumptions of neoclassical economic theory regarding perfectly rational market participants and their preferences and cognitive abilities. Behavioral economics is used to establish the real picture of the market and consumer behavior.

Behavioral science has pointed to the presence of many imperfections and deviations in human thinking – behavioral phenomena. Behavior analysis is very important for competition and consumer protection legislation, as it complements traditional legislative provisions with provisions on the real, not presumed, behavior of market participants. Such an approach allows not only to identify violations of the law but also to create effective means of legal protection, which, together, will contribute to reducing violations of legal norms, developing a competitive environment, and innovative growth.

The application of behavioral economics allows understanding the reasons why economic agents make decisions in their activities. Behavioral economics allows adapting relevant norms and forming a perception of realistic market participant behavior, identifying emerging violations and/or threats of such violations in a timely manner, correctly determining product markets, and developing means of legal protection. With the help of behavioral economics, law enforcement practice can transform together with society and the environment, keeping up with them and providing for the current needs of society and filling emerging legal gaps.

**А.А. АлфEROва, LLM, заңгер, Legal Consulting Community Limited (Астана, Қазақстан): Цифрландыру және жүріс-тұрыс экономикасы: құқық мәселелері.**

Бұл зерттеудің мақсаты – құқық қолдану практикасын нарық шындығына бейімдеу үшін құқық нормаларын қолдану кезінде жүріс-тұрыс экономикасының ережелерін пайдалануды талдау. Автор өз тәжірибесі барысында компаниялар ұзақ уақыт бойы жүріс-тұрыс экономикасын өз тауарлары мен қызметтерін алға жылжыту мен сату үшін қолданатынын көрді. Цифрландыру және технологияның қарқынды дамуы компанияларға бұл үшін жаңа құралдарды ұсынады. Көптеген елдерде кейбір маркетингтік стратегияларда жүріс-тұрыс экономикасын пайдалану заңсыз деп танылғанымен, бүгінгі технология тұтынушылар жүріс-тұрысының сипаттамаларын пайдалана алатын алгоритмдерге енгізілген. **Зерттеудің ғылыми жаңалығы** – бұл жұмыста жүріс-тұрыс экономикасының ұғымы, оны компаниялардың өз маркетингтік стратегияларында қолдануы қарастырылады. Сонымен қатар, әлемдік тәжірибеде туындайтын және жүріс-тұрыс экономикасының аспектілері арқылы анықталуы мүмкін құқықтық мәселелер ашылады. Технологияларды дамыту, қоғамды цифрландыру құқық қолдану практикасын үнемі өзгеріп отыратын өмір шындығына бейімдеу қажеттілігін көрсетеді. Сондықтан заңнаманың бұзылуы мүмкіндігін анықтау, құқықты тиімді және дұрыс қолдану үшін жаңа құралдарды пайдалану қажет болып көрінеді. **Зерттеудің практикалық маңыздылығы** нарық пен құқықтық қатынастардың үнемі өзгеріп отырған шындығына құқық нормалары мен құқық қолдануды уақтылы бейімдеу қажет екендігіне байланысты. Зерттеудің негізгі ережелері мен тұжырымдарын бәсекелестікті қорғау саласында да, тұтынушылардың құқықтарын қорғау бөлігінде де құқық қолдану практикасын жетілдіру үшін пайдалануға болады. **Зерттеу нысанасы** – құқық қолдану практикасында жүріс-тұрыс экономикасының ережелерін қолдануды талдау және заңнама мен құқық қолдану практикасын нарықтың өзгеріп отырған шындықтары мен құқықтық қатынастарына бейімдеу үшін оны қолдану. Сонымен қатар, зерттеу компаниялардың маркетингтік стратегияларында жүріс-тұрыс экономикасын қолдануға және тұтынушылар жүріс-тұрысының сипаттамаларын қолдануға қабілетті алгоритмдерді қамтитын технологияларды пайдалануға байланысты құқықтық сипаттағы мәселелерді (Еуропа Одағының монополияға қарсы заңнамасы нормаларын, сондай-ақ, тұтынушылардың құқықтарын қорғау туралы заңнамасын, сот практикасын) де қарастырады. **Қысқаша тұжырымдар:** 1) жүріс-тұрыс экономикасын компаниялар өздерінің маркетингтік стратегияларында бұрыннан қолданған, бірақ технологияның пайда болуымен ол жаңа деңгейге көтеріліп, кәсіпорындарға тұтынушылардың мінез-құлық сипаттамаларын тиімдірек пайдалануға мүмкіндік береді; 2) нәтижесінде технология мен жүріс-тұрыс экономикасының үйлесімі құқықтық мәселелер туғызады, қолданыстағы ережелер мен тәжірибелердегі олқылықтарды ашады; өзгерістер қарқынды жүріп жатқан цифрлық дәуірде заңнама мен практиканы бейімдеу мен жетілдірудің стандартты құралдары бірінші орында бола аламайды, өйткені олар бұл өзгерістерге уақтылы жауап бере алмайды. Сондықтан жүріс-тұрыс экономикасы жататын заңнама мен құқық қолдану практикасын бейімдеудің басқа құралдары қажет.

*Тірек сөздер: құқық, цифрлық технологиялар, цифрландыру, жүріс-тұрыс экономикасы, монополияға қарсы заңнама, үстем жағдайды теріс пайдалану, тұтынушы құқықтары, жүріс-тұрысқа қарсы траст, когнитивті қателер.*

**А.А. Алферова, LL.M, юрист, Legal Consulting Community Limited (Астана, Казахстан): Цифровизация и поведенческая экономика: вопросы права.**

**Целью** данного исследования является анализ использования положений поведенческой экономики при применении норм права с целью адаптации правоприменительной практики к реалиям рынка. Автором установлено, что в своей практике компании давно используют поведенческую экономику для продвижения и продаж своих товаров и услуг. Цифровизация и стремительное развитие технологий предоставляют компаниям новые инструменты для этого. В то время как использование поведенческой экономики в некоторых маркетинговых стратегиях уже было признано незаконным во многих странах, сегодняшние технологии встроены в алгоритмы, которые могут использовать поведенческие характеристики потребителей. **Научная новизна** исследования заключается в том, что в работе рассмотрено понятие поведенческой экономики, ее применение компаниями в своих маркетинговых стратегиях, а также раскрыты вопросы правового характера, которые возникают в мировой практике и могут быть выявлены с помощью аспектов поведенческой экономики. Развитие технологий, цифровизация общества обуславливают необходимость адаптации правоприменительной практики к постоянно изменяющимся реалиям. По этой причине представляется необходимым применение новых инструментов для выявления потенциальных нарушений законодательства, эффективного и правильного правоприменения. **Практическая значимость** обусловлена необходимостью своевременной адаптации правовых норм и правоприменения к изменяющимся реалиям рынка и правоотношений. Основные положения и выводы исследования могут быть использованы для совершенствования правоприменительной практики как в области защиты конкуренции, так и в части защиты прав потребителей. **Предметом исследования** является анализ использования положений поведенческой экономики в правоприменительной практике и его применение для адаптации законодательства и правоприменительной практики к изменяющимся реалиям рынка и правоотношениям. В рамках исследования также рассматриваются вопросы правового характера (включая нормы антимонопольного законодательства Европейского Союза, а также законодательства о защите прав потребителей, судебную практику), связанные с применением поведенческой экономики в маркетинговых стратегиях компаний и с использованием технологий, включающих алгоритмы, способные использовать поведенческие характеристики потребителей. **Краткие выводы:** 1) поведенческая экономика давно использовалась компаниями в своих маркетинговых стратегиях, однако с появлением технологий она вышла на новый уровень и позволяет предприятиям более эффективно использовать характеристики поведения потребителей; 2) в результате сочетание технологии и поведенческой экономики ставит юридические вопросы, обнажает пробелы в действующих правилах и практиках; в цифровой эпохе, в которой изменения происходят стремительно, стандартные инструменты адаптации и совершенствования законодательства и практики не являются первостепенными, поскольку не в состоянии обеспечить своевременное реагирование. В связи с этим необходимы иные инструменты адаптации законодательства и правоприменительной практики, к которым относится поведенческая экономика.

*Ключевые слова:* право, цифровые технологии, цифровизация, поведенческая экономика, антимонопольное законодательство, злоупотребление доминирующим положением, права потребителя, поведенческий антитраст, когнитивные ошибки.



**References:**

1. Armstrong M., Huck S. Behavioral Economics as Applied to Firms: A Primer // MPRA Paper. 2010. № 20356. – Pp. 1-39. DOI: 10.2139/ssrn.1553645.
2. Barry T.E. The development of the hierarchy of effects: an historical perspective // Journal of Current Issues and Research in Advertising. 1987. Issue 10(1-2). – Pp. 251-295. DOI:10.1080/01633392.1987.10504921.
3. Bobyleva A. Choice in Digital Antitrust Law. Eliva press, 2022. URL: <https://ssrn.com/abstract=3945266>.
4. Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources // Bundeskartellamt. February 7, 2019. URL: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html).
5. How Artificial Intelligence Has Revolutionized Marketing [Case Study] // Startup-Talky. November 27, 2021. URL: <https://startuptalky.com/artificial-intelligence-marketing-case-study/>.
6. Chernev A., Böckenholt U., Goodman J. Choice overload: A conceptual review and meta-analysis // Journal of Consumer Psychology. 2015. Issue 25(2). – Pp. 333-358. DOI: 10.1016/j.jcps.2014.08.002.
7. Desai D., Waller S. Brands, competition, and the law // BYU Law Review. 2010. Vol. 2010(5). – Pp. 1425-1500. URL: <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2010/iss5/1>.
8. Engel C., Ockenfels A. Maverick – Making Sense of a Conjecture of Antitrust Policy in the Lab // Bonn. 2013. DOI:10.1515/9783110647495-016.
9. Evans M. Why data is the most important currency used in commerce today // Forbes. 2018. URL: <https://www.forbes.com/sites/michelleevans1/2018/03/12/why-data-is-the-most-important-currency-used-in-commerce-today/?sh=41e9bc3054eb>.
10. Jacoby J., Speller D., Kohn C. Brand choice behavior as a function of information load // Journal of Marketing Research. 1974. Vol. 11(1). – Pp. 63-69. DOI: 10.1177/002224377401100106.
11. Jacoby J. Is it rational to assume consumer rationality? Some consumer psychological perspectives on rational choice theory // Roger Williams University Law Review. 2000. Vol. 6(1). DOI: 10.2139/ssrn.239538.
12. Kahneman D., Tversky A. Prospect theory: An analysis of decision under risk // Econometrica. 1979. Vol. 47(2). – Pp. 263-292. DOI: 10.2307/1914185.
13. Kardes F., Cronley M., Cline T. Consumer behavior. South-Western Cengage Learning, 2011.
14. Котлер Ф., Каргаджайа Х., Сетиаван А. Маркетинг 4.0. Разворот от традиционного к цифровому: технологии продвижения в интернете. М.: БОМБОРА; Эксмо, 2022. – 224 с.
15. Котлер Ф., Каргаджайа Х., Сетиаван А. Маркетинг 5.0. Технологии следующего поколения. М.: БОМБОРА; Эксмо, 2022. – 272 с.
16. Løken P. Why data is not the new oil // Azets. 2020. URL: <https://www.azets.com/blog/value-of-data/>.
17. Mehrabian A., Wiener M. Decoding of inconsistent communications // Journal of Personality and Social Psychology. 1967. Vol. 6(1). – Pp. 109-114. DOI: 10.1037/h0024532.
18. Newman J.M. Antitrust in zero-price markets: Foundations // University of Pennsylvania Law Review. 2015. Vol. 164(1). – Pp. 149-206. URL: <https://www.pennlawreview.com/wp-content/uploads/2020/04/164-U-Pa-L-Rev-143.pdf>.

19. Nicholas H. What is the problem with neoclassical price theory? // *World Review of Political Economy*. 2012. Vol. 3(4). – Pp. 457-477. DOI: 10.13169/worlrevipoliecon.3.4.0457.
20. Norris P. 10 impressive examples of AI in marketing // *Social Media Strategy Summit*. November 18, 2021. URL: <https://blog.socialmediastrategiessummit.com/10-examples-of-ai-in-marketing/>.
21. Osti C. Interpreting Convergence: Where Antitrust Meets Consumer Law // *European Competition Journal*. 2009. Vol. 5(2).
22. Quinn I., Bertin F., Bobyleva, A., Kakhiani E., Hussain A. *Life facial recognition technology: Legal issues in the context of EU law enforcement from a fundamental rights perspective*. Wolf Legal Publishers, 2021.
23. Shampanier K., Mazar N., Ariely D. Zero as a special price: The true value of free products // *Marketing Science*. 2007. Vol. 26(6). – Pp. 742-757. DOI: 10.1287/mksc.1060.0254.
24. Shiv B., Carmon Z., Ariely D. Placebo effects of marketing actions: Consumers may get what they pay for // *Journal of Marketing Research*. 2005. Vol. 42(4). – Pp. 383-393. DOI: 10.1509/jmkr.2005.42.4.383.
25. Цариковский А.Ю., Иванов А.Ю., Войниканис Е.А. *Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху. Как защищать конкуренцию в условиях глобализации*. Издательский Дом ВШЭ, 2019.
26. Wright J.D. The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at War with Each Other // *Yale Law Journal*. 2012. Vol. 121. – Pp. 2216-2268. DOI: 10.1093/jaenfo/jnw011.
27. Yeung K. Hypernudge: Big Data as a mode of regulation by design // *Information, Communication & Society*. 2017. Vol. 20(1). – Pp. 118-136. DOI: 10.1080/1369118X.2016.1186713.
28. Zalega T. Consumer and consumer behaviour in the neoclassical and behavioural economic approach // *Konsumpcja i Rozwój*. 2014. Vol. 4(9). – Pp. 64-79.

### References (transliterated):

1. Armstrong M., Huck S. Behavioral Economics as Applied to Firms: A Primer // *MPRA Paper*. 2010. № 20356. – Pp. 1-39. DOI: 10.2139/ssrn.1553645.
2. Barry T.E. The development of the hierarchy of effects: an historical perspective // *Journal of Current Issues and Research in Advertising*. 1987. Issue 10(1-2). – Pp. 251-295. DOI:10.1080/01633392.1987.10504921.
3. Bobyleva A. *Choice in Digital Antitrust Law*. Eliva press, 2022. URL: <https://ssrn.com/abstract=3945266>.
4. Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources // *Bundeskartellamt*. February 7, 2019. URL: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html).
5. *How Artificial Intelligence Has Revolutionized Marketing [Case Study]* // *StartupTalky*. November 27, 2021. URL: <https://startuptalky.com/artificial-intelligence-marketing-case-study/>.
6. Chernev A., Böckenholt U., Goodman J. Choice overload: A conceptual review and meta-analysis // *Journal of Consumer Psychology*. 2015. Issue 25(2). – Pp. 333-358. DOI: 10.1016/j.jcps.2014.08.002.

7. Desai D., Waller S. Brands, competition, and the law // *BYU Law Review*. 2010. Vol. 2010(5). – Pp. 1425-1500. URL: <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2010/iss5/1>.
8. Engel C., Ockenfels A. Maverick – Making Sense of a Conjecture of Antitrust Policy in the Lab // *Bonn*. 2013. DOI:10.1515/9783110647495-016.
9. Evans M. Why data is the most important currency used in commerce today // *Forbes*. 2018. URL: <https://www.forbes.com/sites/michelleevans1/2018/03/12/why-data-is-the-most-important-currency-used-in-commerce-today/?sh=41e9bc3054eb>.
10. Jacoby J., Speller D., Kohn C. Brand choice behavior as a function of information load // *Journal of Marketing Research*. 1974. Vol. 11(1). – Pp. 63-69. DOI: 10.1177/002224377401100106.
11. Jacoby J. Is it rational to assume consumer rationality? Some consumer psychological perspectives on rational choice theory // *Roger Williams University Law Review*. 2000. Vol. 6(1). DOI: 10.2139/ssrn.239538.
12. Kahneman D., Tversky A. Prospect theory: An analysis of decision under risk // *Econometrica*. 1979. Vol. 47(2). – Pp. 263-292. DOI: 10.2307/1914185.
13. Kardes F., Cronley M., Cline T. *Consumer behavior*. South-Western Cengage Learning, 2011.
14. Kotler F., Kartadzhaya H., Setiavan A. *Marketing 4.0. Razvorot ot traditsionnogo k tsifrovomu: tekhnologii prodvizheniya v internete*. M.: BOMBORA; Eksmo, 2022. – 224 s.
15. Kotler F., Kartadzhaya H., Setiavan A. *Marketing 5.0. Tekhnologii sleduyushego pokoleniya*. M.: BOMBORA; Eksmo, 2022. – 272 s.
16. Løken P. Why data is not the new oil // *Azets*. 2020. URL: <https://www.azets.com/blog/value-of-data/>.
17. Mehrabian A., Wiener M. Decoding of inconsistent communications // *Journal of Personality and Social Psychology*. 1967. Vol. 6(1). – Pp. 109-114. DOI: 10.1037/h0024532.
18. Newman J.M. Antitrust in zero-prize markets: Foundations // *University of Pennsylvania Law Review*. 2015. Vol. 164(1). – Pp. 149-206. URL: <https://www.pennlawreview.com/wp-content/uploads/2020/04/164-U-Pa-L-Rev-143.pdf>.
19. Nicholas H. What is the problem with neoclassical price theory? // *World Review of Political Economy*. 2012. Vol. 3(4). – Pp. 457-477. DOI: 10.13169/worlrevipoliecon.3.4.0457.
20. Norris P. 10 impressive examples of AI in marketing // *Social Media Strategy Summit*. November 18, 2021. URL: <https://blog.socialmediastrategiessummit.com/10-examples-of-ai-in-marketing/>.
21. Osti C. Interpreting Convergence: Where Antitrust Meets Consumer Law // *European Competition Journal*. 2009. Vol. 5(2).
22. Quinn I., Bertin F., Bobyleva, A., Kakhiani E., Hussain A. *Life facial recognition technology: Legal issues in the context of EU law enforcement from a fundamental rights perspective*. Wolf Legal Publishers, 2021.
23. Shampanier K., Mazar N., Ariely D. Zero as a special price: The true value of free products // *Marketing Science*. 2007. Vol. 26(6). – Pp. 742-757. DOI: 10.1287/mksc.1060.0254.
24. Shiv B., Carmon Z., Ariely D. Placebo effects of marketing actions: Consumers may get what they pay for // *Journal of Marketing Research*. 2005. Vol. 42(4). – Pp. 383-393. DOI: 10.1509/jmkr.2005.42.4.383.

25. Tsarikovskiy A.Yu., Ivanov A.Yu., Voynikanis Ye.A. Antimonopol'noye regulirovaniye v tsifrovuyu epohu. Kak zaschischat' konkurenciyu v usloviyah globalizatsii. Izdatel'skiy Dom VSHE, 2019.

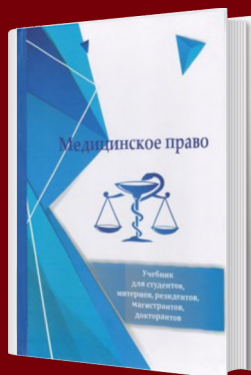
26. Wright J.D. The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at War with Each Other // Yale Law Journal. 2012. Vol. 121. – Pp. 2216-2268. DOI: 10.1093/jaenfo/jnw011.

27. Yeung K. Hypernudge: Big Data as a mode of regulation by design // Information, Communication & Society. 2017. Vol. 20(1). – Pp. 118-136. DOI: 10.1080/1369118X.2016.1186713.

28. Zalega T. Consumer and consumer behaviour in the neoclassical and behavioural economic approach // Konsumpcja i Rozwój. 2014. Vol. 4(9). – Pp. 64-79.

Для цитирования и библиографии: Alferova A.A. Digitalization and behavioural economics: legal issues // Право и государство. № 4(97). 2022. – С. 84-101. DOI: 10.51634/2307-5201\_2022\_4\_84

Материал поступил в редакцию 10.12.2022.



## НОВЫЕ КНИГИ

**Медицинское право: учебник / Тлембаева Ж.У., Караев А.А., Базарова Г.С. [и др.]; под ред. Ж.У. Тлембаевой.** Астана: ТОО «Medet Group», 2022. – 218 с.

ISBN 978-601-244-387-5

В учебнике содержатся материалы, изучение которых позволит обучающимся получить базовые знания и навыки по новой учебной дисциплине – медицинскому праву. В учебнике рассматриваются теоретико-правовые основы медицинского права, правового положения субъектов медицинских правоотношений. Важное место занимает изложение проблемных вопросов юридической ответственности медицинских и фармацевтических работников. Материалы учебника включают тестовые задания, а также список литературы. Учебник подготовлен в соответствии с требованиями государственного общеобязательного стандарта по медицинским, фармацевтическим специальностям. Издание предназначено для студентов, интернов, резидентов, магистрантов, докторантов. Также он будет полезен для работников судебных и других правоприменительных органов, организаций, а также всех, кто интересуется проблемами медицинского права.

*Рецензенты:* М.Ч. Когамов – д.ю.н., профессор, Университет КАЗГЮУ имени М.С. Нарикбаева; И.В. Апарина – к.ю.н., доцент МБОУВО «Волжский институт экономики, педагогики и права»; Ф.А. Галицкий — д.мед.н., профессор, кафедра судебной медицины НАО «Медицинский университет Астана».

---

## МАЗМҰНЫ

• *Б. Мелкевик*. Апатыңызға рахмет: заң және рационалдық. 17 б. • *А.Б. Дидикин*. Заңға бағыну міндетінің табиғаты туралы: Джозеф Раздың эксклюзивті құқықтық позитивизмі аргументтері. 31-32 бб. • *Р.С. Мельник*. Сот арқылы қорғау құқығы және әкімшілік сот ісін жүргізу: Қазақстан Республикасының Конституциясы мен еуропа құқықтық стандарттары тұрғысынан көзқарас. 50 б. • *М.А. Естемиров*. Банкроттық рәсімді құқықтық реттеудің жекелеген кырлары. 54-64 бб. • *Джиембаев Р.К., Салкебаев Т.С., Абишева М.С.* Қазақстан Республикасындағы қала құрылысы қызметін мемлекеттік-құқықтық реттеудің кейбір мәселелері. 79-80 бб. • *А.А. Алферова*. Цифрландыру және жүріс-тұрыс экономикасы: құқық мәселелері. 96 б.

## CONTENTS

• *B. Melkevik*. Thank you for your disaster: law and rationality. P. 17. • *A.B. Didikin*. On the nature of the obligation to obey the law: Joseph Raz's exclusive legal positivism arguments. P. 32. • *R.S. Melnyk*. Right to effective judicial protection and administrative proceedings: look through the prism of the Constitution of the Republic of Kazakhstan and European legal standards. Pp. 50-51. • *M.A. Yestemirov*. Certain aspects of the legal regulation of the bankruptcy procedure. Pp. 65-66. • *R.K. Dzhiembayev, T.S. Salkebayev, M.S. Abisheva*. Some issues of state-legal regulation of urban development activities in the Republic of Kazakhstan. Pp. 80-81. • *A.A. Alferova*. Digitalization and behavioral economics: legal issues. Pp. 84-95.



# ИНФОРМАЦИЯ ДЛЯ АВТОРОВ

В журнал «Право и государство» принимаются ранее неопубликованные научные статьи, заметки, сообщения о результатах исследований в различных областях юриспруденции (желательно сравнительно-правового характера), рецензии на новые научные юридические издания, статьи о значимых научных конференциях по проблемам государства и права.

**Представленные для опубликования материалы должны отвечать следующим требованиям:**

- Содержать новую актуальную информацию в области государства и права и результаты оригинальных научных исследований, ранее неопубликованных и не предназначенных для публикации в других изданиях. Автор обязан сообщить редколлегии при представлении статьи и других материалов – были ли они опубликованы или представлены в иные издания.

- Структура научной статьи включает название, аннотации, ключевые слова, введение, основные положения, материалы и методы, результаты (основная часть статьи, как правило, из 3-х – 4-х подразделов), обсуждение, заключение, информацию о финансировании (при наличии), список литературы.

- Статьи публикуются на казахском, русском, английском языках. В начале статьи помещаются инициалы и фамилия автора (при наличии переводчика статьи – также информация о переводчике, при нескольких авторах статьи указывается автор-корреспондент), ученая степень, ученое звание, должность, кафедра, вуз, иная информация о месте работы автора, город, страна, электронный адрес. После фамилии автора – название статьи, три аннотации (не менее 5-8 предложений) на русском, казахском и английском языках (с переводом фамилии, инициалов авторов, места работы каждого автора и названия статьи). В аннотации раскрываются актуальность темы, предмет исследования, цель работы, методы, новизна и основные выводы статьи. После каждой аннотации – 10 ключевых слов на соответствующем языке.

- Статья объемом 10-20 страниц формата А4 должна быть набрана в текстовом редакторе Microsoft Word шрифтом Times New Roman, размером 14, через один интервал и иметь все необходимые структурные элементы статьи (см. выше). Статьи объемом более 20 страниц согласовываются с главным редактором.

- Сноски в статье – постраничные, со сквозной нумерацией. Обязательны ссылки на источники опубликования приводимых статистических данных, нормативных актов, в том числе международных и зарубежных. В конце статьи дается список литературы – основной изученной автором научной литературы по данной теме, в том числе новейшей (на языке оригинала и отдельно в латинской транслитерации). Редакция журнала «Право и государство» рекомендует использовать сравнительно-правовой материал по ряду стран, изучить публикации по смежным темам в нашем журнале (см. архив на сайте журнала) и включить полезные из них для Вашей работы в пристатейную библиографию. Номера УДК, ГРНТИ, список литературы (в алфавитном порядке) и примечания (сноски) оформляются в соответствии с ГОСТами. При ссылках на интернет-ресурсы указывается автор, название текста, сайт/портал, полный электронный адрес материала, дата его открытия.

- В конце статьи должна быть запись: «статья публикуется впервые, не представлялась и не будет представлена в другие издания», ставится дата и подпись автора (авторов). Здесь же помещаются сведения об авторе (авторах): фамилия, имя и отчество полностью, электронный адрес, контактные телефоны.

- В редакцию представляются: электронная версия статьи, фото автора (желательно – художественный, не документальный портрет). Последняя страница присылается также и в сканированном варианте.

- Поступившие в редакцию статьи проходят процедуру проверки на плагиат (по системе Turnitin) и двойного "слепого" онлайн рецензирования в редколлегии без направления полных рецензий авторам статей. Редколлегия вправе отклонять статьи, которые по ее мнению не соответствуют требованиям журнала. За ошибки, неточности научного и фактического характера ответственность несет автор (авторы). В случае переработки статьи или доработки по просьбе редакции журнала, датой поступления считается дата получения редакцией окончательного варианта. Если статья отклонена, редакция сохраняет за собой право не вести дискуссию по мотивам отклонения. Поступившие в редакцию материалы возврату не подлежат.

- Соискатели, магистранты, аспиранты и докторанты, если статья не была специально им заказана, представляют статью для рассмотрения в редакцию с рецензией научного руководителя или доктора юридических наук. Затем поступившие статьи проходят двойное "слепое" рецензирование на общих основаниях.

- Отгиски статей не выдаются, гонорар авторам не выплачивается. Плата за публикацию с авторов и читателей не взимается. Автор опубликованной статьи получает электронную версию журнала. Все статьи размещаются в открытом доступе на сайте журнала и в РИНЦ.

Более подробная информация на сайте журнала (См.: <http://km.kazguu.kz/pages/informacija-dlja-avtorov>).



Адрес и контактные данные редакции:

010000, г. Астана, шоссе Қорғалжын, 8, Университет КАЗГЮУ имени М.С. Нарикбаева,

тел. 8 (7172) 70 30 07, 8 (7172) 70 17 55,

[www.km.kazguu.kz](http://www.km.kazguu.kz). e-mail: [pravoigos@kazguu.kz](mailto:pravoigos@kazguu.kz)

«Университет кітабы-2019: әлеуметтік-гуманитарлық ғылымдар» басылымдардың халықаралық байқауында (Қазан қ.) «Мемлекет және құқық» журналы «Ең үздік мерзімдік басылым» номинациясында жеңімпаз атанды.



На Международном конкурсе изданий «Университетская книга-2019: социально-гуманитарные науки» (г. Казань), журнал «Право и государство» победил в номинации: «Лучшее периодическое издание».

**ҚҰРЫЛТАЙШЫ:**  
**M.S. NARIKBAEV ATYNDAGI KAZGUU**  
**UNIVERSITETI**

**УЧРЕДИТЕЛЬ:**  
**УНИВЕРСИТЕТ КАЗГУУ ИМЕНИ**  
**М.С. НАРИКБАЕВА**

**CHAIRMAN:**  
**M. NARIKBAEV KAZGUU**  
**UNIVERSITY**

Журнал Қазақстан Республикасы Мәдениет және ақпарат министрлігінің Ақпарат және мұрағаттар комитетінде тіркеліп, 25.09.2006 жылы №7742-Ж күәлігі берілген.

Государственный регистрационный №7742-Ж выдан 25.09.2006 г. Комитетом информации и архивов Министерства культуры и информации Республики Казахстан.

The state registration №7742-ZH was given on 25.09.2006 by Committee of information and archive of Ministry of culture and information of the Republic of Kazakhstan.

Журнал PFKД халықаралық ғылыми өлшем жүйесіне енген.

Журнал включен в международную наукометрическую систему РИНЦ.

The journal is included in international RSCI (Russian Science Citation Index) system.

#### **ЖУРНАЛ РЕДАКЦИЯСЫ:**

С. Ф. Ударцев (бас редактор);  
Д.М. Каматова (жауапты хатшы, ағылшын тіліндегі мәтіннің редакторы);  
Н.М. Акпеисова (компьютерлік беттеу және әрлендірме);  
Ж. Зукай (қазақ тіліндегі мәтіннің редакторы).

#### **РЕДАКЦИЯ ЖУРНАЛА:**

С. Ф. Ударцев (главный редактор);  
Д.М. Каматова (ответственный секретарь, редактор текста на английском языке);  
Н.М. Акпеисова (компьютерная верстка и дизайн);  
Ж. Зукай (редактор текста на казахском языке).

#### **THE EDITORS OF THE JOURNAL:**

S. F. Udartsev (Editor-in-chief);  
D.M. Kamatova (Executive secretary, text editor of the English version);  
N.M. Akpeissova (Technical and design manager);  
Zh. Zukay (Text editor of the Kazakh version).

#### **РЕДАКЦИЯНЫҢ МЕКЕНЖАЙЫ:**

010000, Астана қ.,  
Қорғалжын тас жолы, 8,  
M.S. Narikbaev atyndagi KAZGUU  
Universiteti,  
тел. 8 (7172) 70 30 07  
web-site: [www.km.kazguu.kz](http://www.km.kazguu.kz)  
E-mail: [pravoigos@kazguu.kz](mailto:pravoigos@kazguu.kz)

#### **АДРЕС РЕДАКЦИИ:**

010000, г. Астана,  
шоссе Қорғалжын, 8,  
Университет КАЗГУУ  
имени М.С. Нарикбаева,  
тел. 8 (7172) 70 30 07  
web-site: [www.km.kazguu.kz](http://www.km.kazguu.kz)  
E-mail: [pravoigos@kazguu.kz](mailto:pravoigos@kazguu.kz)

#### **EDITORIAL ADDRESS:**

010000, Astana,  
8 Korgalzhyn highway  
M. Narikbaev KAZGUU University,  
tel. 8 (7172) 70 30 07  
web-site: [www.km.kazguu.kz](http://www.km.kazguu.kz)  
E-mail: [pravoigos@kazguu.kz](mailto:pravoigos@kazguu.kz)

Журналдың толық электрондық нұсқасы және әр жеке мақала журналдың сайтында, РИНЦ-те, IPRbooks-та, М.С. Нарикбаев атындағы КАЗГУУ Университетінің репозиториясында орналастырылады және жалпыға қолжетімді болып табылады.

Полная электронная версия журнала и каждая статья отдельно размещаются на сайте журнала, в РИНЦ, IPRbooks, в репозитории Университета КАЗГУУ им. М.С. Нарикбаева и являются общедоступными.

The full e-journal and articles separately are publicly available on the journal's website, Russian Science Citation Index (PINЦ), IPRbooks, and in M. Narikbaev KAZGUU University's repository.

ISSN 2307-5201.

Материалдарды қолдану кезінде «Құқық және мемлекет» журналына сілтеме жасалуы міндетті.

ISSN 2307-5201.

При использовании материалов ссылка на журнал «Право и государство» обязательна.

ISSN 2307-5201.

In case of citing materials reference to the journal "Law and State" is required.

Журналдың материалдарында білдірілген пікірлер редакцияның көзқарасымен сәйкес келе бермейді.

Мнения, высказываемые в материалах журнала, не всегда совпадают с точкой зрения редакции.

Opinions expressed in the materials of the journal do not always coincide with the point of view of the editorial office.

Қолжазба қайтарылмайды.

Рукописи редакцией не возвращаются.

Manuscripts will not be returned.

Журналдың мұқабасын ресімдеу барысында М.С. Нарикбаев атындағы КАЗГУУ Университетінің 2-ші этаждағы холлы фотосуретінің фрагменті пайдаланған (фотосурет: Каматова Д.М.).

При оформлении первой страницы обложки журнала использован фрагмент фотографии холла 2 этажа Университета КАЗГУУ имени М.С. Нарикбаева (фотография: Каматова Д.).

In the design of the first page of the journal cover a fragment of a photo of the hall of M. Narikbaev KAZGUU University was used (photo by D. Kamatova).

Жарияланған: 30.12.2022

Издан: 30.12.2022

Published: 30.12.2022

© M.S. Narikbaev atyndagi KAZGUU  
Universiteti, 2022

© «Құқық және мемлекет» журналы, 2022.

© Университет КАЗГУУ  
имени М.С. Нарикбаева, 2022

© Журнал «Право и государство», 2022.

© M. Narikbaev KAZGUU  
University, 2022

© «Law and state» journal, 2022.

## БАКАЛАВРИАТ

- Менеджмент ★  
FIBAA, IQAA
- Экономика ★  
FIBAA, IQAA
- Финансы ★  
FIBAA, CIMA, ACCA, IQAA
- Учет и аудит ★  
FIBAA, CIMA, IQAA
- Туризм ★  
FIBAA, IQAA
- Переводческое дело ★  
IQAA
- Психология ★  
FIBAA, IQAA
- Юриспруденция  
FIBAA, IQAA
- Международное право ★  
FIBAA, IQAA
- Правоохранительная деятельность  
FIBAA, IQAA
- Журналистика: аналитика и расследования

## МАГИСТРАТУРА

- Юриспруденция  
FIBAA, IQAA
- Международное право ★  
FIBAA, IQAA
- Экономика  
FIBAA, IQAA
- Переводческое дело  
IQAA
- Финансы ★  
FIBAA, CIMA, ACCA, IQAA

## ДОКТОРАНТУРА

- Юриспруденция  
FIBAA, IQAA
- Международное право ★  
FIBAA, IQAA

★ обучение на английском языке

## БИЗНЕС ШКОЛА

MBA

DBA

Executive  
DBAMini-  
MBA

## Аккредитационные агентства

### FIBAA ГЕРМАНИЯ

Фонд международной аккредитации программ в области бизнес-администрирования.

### CIMA ВЕЛИКОБРИТАНИЯ

Международная ассоциация специалистов по управленческому учету Объединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии.

### ACCA ВЕЛИКОБРИТАНИЯ

Ассоциации Дипломированных Сертифицированных Бухгалтеров.

### IQAA КАЗАХСТАН

Независимое агентство по обеспечению качества в образовании, входит в Европейскую ассоциацию обеспечения качества высшего образования (ENQA) и включено в Европейский Реестр обеспечения качества высшего образования (EQAR).



## Преимущества

Университет КАЗГЮУ лидер образования по подготовке гуманитарно-юридических кадров в Казахстане, выпустивший **свыше 35 тысяч высококвалифицированных специалистов.**

**Более 70 крупнейших стратегических вузов партнеров** в России, США, Германии, Италии, Великобритании, Польше, Японии, Южной Корее и др.

Корпоративный Фонд «Эндаумент КАЗГЮУ» с 2016 года привлек **более 290 млн. тенге** для финансирования социальных и инфраструктурных программ и проектов университета.

**Военная кафедра** на базе Университета готовит лейтенантов запаса по следующим специальностям: «Учебная и социально-правовая работа», «Организация специальной пропаганды», «Организация идеологической работы», «Юрисконсультская работа».

© Университет КАЗГЮУ имени М.С. Нарикбаева  
Республика Казахстан, 010000, город Нур-Султан,  
район Есиль, шоссе Коргалжын, 8  
+7 (7172) 70 30 30, info@kazguu.kz





