

Р. С. Мельник

**ОБЩЕЕ АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Учебник

**Том 1
Введение в теорию**



**Алматы
2022**

УДК 342.9 (574) (075.8)

ББК 67.401 (5Каз) я73

М 48

Рецензенты:

Габбасов А.Б., кандидат юридических наук, LL.M

Подопригора Р.А., доктор юридических наук, профессор

Учебник издан при поддержке программы «Содействие правовой государственности в странах Центральной Азии», финансируемой Федеральным правительством Германии через Германское общество по международному сотрудничеству (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH).

Мельник Р. С.

М48 Общее административное право Республики Казахстан: учебник: в 3 томах / Р. С. Мельник; – Алматы: LEM, 2022.

ISBN 978-601-239-693-5

Том первый: **Введение в теорию.** – 340 с.

ISBN 978-601-239-694-2

В учебнике раскрываются основные положения Общего административного права Республики Казахстан. Сквозь призму особенностей исторического, международного и национального опыта анализируются отдельные административно-правовые нормы и институты. Значительное внимание уделяется правоприменительной практике, которая используется, в том числе, для более глубокого изучения соответствующей проблематики. В основу учебника положено действующее законодательство, в первую очередь, Административный процедурно-процессуальный кодекс Республики Казахстан.

Учебник будет интересен студентам высших учебных заведений юридического профиля, практикующим юристам, а также ученым, занимающимся исследованием административно-правовой проблематики.

УДК 342.9 (574) (075.8)

ББК 67.401 (5Каз) я73

ISBN 978-601-239-694-2 (т. 1)

ISBN 978-601-239-693-5

© Мельник Р. С., 2022

© КАЗГЮУ, 2022

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	9
----------------	---

ГЛАВА 1. ПУБЛИЧНОЕ УПРАВЛЕНИЕ

11

1.1. Публичное управление как одна из форм реализации публичной власти	11
1.1.1. Публичное управление vs. государственное управление	13
1.1.2. Признаки публичного управления	16
1.2. Субъекты публичного управления	22
1.3. Формы публичного управления	23
1.4. Публичное управление и хозяйственная деятельность субъектов публичного управления	25
1.5. Публичное управление и публичный интерес	29
1.5.1. Вступительные пояснения	29
1.5.2. Историческая ретроспектива проблематики	31
1.5.3. Терминология	33
1.5.4. Определение понятия «публичный интерес»	34
1.5.5. Доктринальное понимание категории «публичный интерес» ..	36
1.5.6. Конституция РК и публичный интерес	37
1.5.7. Значение публичного интереса для публичного управления ...	38
1.5.8. Публичный интерес как основание ограничения прав человека	40

Обобщение к главе 1 «Публичное управление»

42

ГЛАВА 2. АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО – ЮРИДИЧЕСКАЯ ОСНОВА РЕАЛИЗАЦИИ ПУБЛИЧНОГО УПРАВЛЕНИЯ

45

2.1. Понятие и предмет регулирования административного права. . .	45
2.1.1. Понятие административного права	45
2.1.2. Предмет административного права	46
2.2. Назначение административного права	56
2.3. Задачи административного права	58
2.4. Концепция «человекоцентричности» и ее влияние на задачи и содержание административного права	59
2.5. Разграничение административного и частного права	62
2.5.1. Необходимость разграничения	62
2.5.2. Теория субординации	64
2.5.3. Специально-правовая теория	66

2.5.4. Двухступенчатая теория.	68
2.6. Система административного права.	73
2.6.1. Понятие и элементы системы административного права.	73
2.6.2. Факторы, влияющие на формирование системы административного права.	76
2.6.3. Общее административное право.	79
2.6.4. Особенное административное право.	80
2.6.5. Современные тенденции развития системы административного права.	82

Обобщение к главе 2 «Административное право – юридическая основа реализации публичного управления».	84
---	-----------

ГЛАВА 3. ЮРИДИЧЕСКИЕ РЕГУЛЯТОРЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУБЪЕКТОВ ПУБЛИЧНОГО УПРАВЛЕНИЯ (ИСТОЧНИКИ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА).	87
---	-----------

3.1. Категория «источник административного права» и проблемы ее использования в современных условиях.	87
3.2. Структура нормы административного права.	89
3.2.1. Адресат нормы.	92
3.2.2. Предмет нормы.	92
3.2.3. Правовая ситуация.	93
3.3. Юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления: построение системы.	93
3.4. Конституционно-правовые основы административного права и публичного управления.	94
3.4.1. Взаимодействие и взаимозависимость конституционного и административного права.	94
3.4.2. Конституционно-правовые стандарты публичного управления.	98
3.4.3. Связанность публичного управления конституционными правами и свободами человека и гражданина.	102
3.4.4. Принцип правомерности публичного управления.	104
3.4.5. Принцип разделения властей и публичное управление.	107
3.4.6. Иные конституционно-правовые принципы и их действие в сфере публичного управления.	108
3.5. Особенности применения норм международного права в сфере публичного управления.	111
3.6. Юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления национального уровня.	120

3.6.1. Нормативные правовые акты субъектов общегосударственного уровня	120
3.6.2. Нормативные правовые акты субъектов публичного управления местного уровня	127
3.6.3. Нормативные правовые акты субъектов делегированных полномочий	128
3.7. Нормативные постановления Конституционного Совета Республики Казахстан	131
3.8. Иные решения Конституционного Совета Республики Казахстан	135
3.9. Решения национальных судов как юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления: постановка вопроса	136
3.10. Неформализованные юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления	139
3.10.1. Юридическая доктрина (наука)	140
3.10.2. Традиции, обычаи	143
3.11. Конкуренция между нормами административного права и основные правила ее решения	145
3.11.1. Понятие и значение юридической силы нормы административного права	145
3.11.2. Иерархия норм административного права (нормативных правовых актов)	147
3.11.3. Правила решения коллизий и конкуренции между нормами права, регулирующими деятельность субъектов публичного управления	149
3.11.4. Отдельные случаи/примеры решения вопросов конкуренции между нормативными правовыми актами	154

Обобщение к главе 3 «Юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления (источники административного права)»	160
--	------------

ГЛАВА 4. ПРИНЦИПЫ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА ... 165

4.1. Понятие и сущность принципов административного права. ...	165
4.2. Значение принципов административного права	167
4.3. Система принципов административного права	170
4.3.1. Сущность и содержание принципа правового государства .	171
4.4. Принципы административных процедур	179
4.4.1. Принцип законности	180

4.4.2. Принцип справедливости	182
4.4.3. Принцип защиты прав, свобод и законных интересов	184
4.4.4. Принцип соразмерности	186
4.4.5. Принцип пределов осуществления административного усмотрения	189
4.4.6. Принцип приоритета прав	194
4.4.7. Принцип охраны права на доверие	196
4.4.8. Принцип запрета злоупотребления формальными требованиями	197
4.4.9. Принцип презумпции достоверности	199
4.4.10. Принцип активной роли административного органа	200
Обобщение к главе 4 «Принципы административного права»	205
 ГЛАВА 5. СУБЪЕКТЫ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА	 208
5.1. Суть и значение категории «субъекты административного права»	208
5.2. Соотношение категорий «субъект публичной администрации», «административный орган», «субъект публичного управления»	209
5.3. Система субъектов публичного управления	211
5.4. Государственные служащие в системе субъектов административного права	218
5.4.1. Понятия и задачи государственной службы	220
5.4.2. Нормативные основы института государственной службы	222
5.4.3. Виды государственной службы	225
5.4.4. Виды/группы государственных служащих	227
5.4.5. Особенности участия государственных служащих в административно-правовых отношениях	229
5.5. Частные лица в системе субъектов административного права	231
5.6. Понятие и значение субъективных публичных прав частного лица	232
5.7. Виды субъективных публичных прав частного лица	235
5.7.1. Субъективные публичные права отрицательного типа	237
5.7.2. Субъективные публичные права положительного типа	237
5.7.3. Субъективные публичные права равенства	238
5.7.4. Субъективные публичные права активного типа	239
 Обобщение к главе 5 «Система субъектов административного права»	 240

ГЛАВА 6. ИНСТРУМЕНТЫ ПУБЛИЧНОГО УПРАВЛЕНИЯ ... 244

6.1. Понятие и значение категории «инструменты публичного управления»	244
6.2. Виды инструментов публичного управления.	244
6.3. Основные характеристики нормативного правового акта	245
6.3.1. Понятие, функции и цели нормативного правового акта как инструмента публичного управления	245
6.3.2. Признаки нормативного правового акта	247
6.3.3. Виды нормативных правовых актов.	248
6.3.4. Формальные требования к нормативному правовому акту ...	250
6.3.5. Материальные требования к нормативному правовому акту ..	256
6.3.6. Условия признания нормативного правового акта незаконным (противоправным).	257
6.4. Основные характеристики административного акта.	258
6.4.1. Понятие категории «административный акт»	258
6.4.2. Признаки административного акта.	261
6.4.2.1. Решение.	262
6.4.2.2. Решение, принимаемое административным органом, должностным лицом (субъектом публичного управления)	264
6.4.2.3. Решение, связанное с применением нормы публичного (административного) права.	265
6.4.2.4. Юридические последствия в виде установления прав или обязанностей для адресата.	265
6.4.2.5. Конкретно-индивидуальный характер	266
6.4.2.6. Внешняя направленность действия	268
6.4.3. Политическое решение и административный акт	270
6.4.4. Виды административных актов.	272
6.4.5. Связанные административные акты и дискреционные административные акты.	275
6.4.6. Административный акт, затрагивающий права большого количества лиц	276
6.4.7. Основные критерии законности (правомерности) административного акта	278
6.4.7.1. Правовое уполномочивание на издание административного акта	279
6.4.7.2. Формальные требования к административному акту. ...	281
6.4.7.3. Материальные требования к административному акту. ...	290
6.4.7.4. Момент оценки законности (правомерности) административного акта	293

6.4.8. Ошибки в процедуре издания административного акта.	
Содержательные ошибки административного акта	294
6.4.8.1. Ничтожный административный акт	295
6.4.8.2. Оспоримый административный акт	299
6.5. Основные характеристики административного договора.	300
6.5.1. Понятие и содержание категории «административный договор».	300
6.5.2. Разграничение административного и частноправового договоров.	304
6.5.3. Виды административных договоров.	308
6.5.4. Юридические предпосылки заключения административного договора	310
6.5.5. Условия признания административного договора незаконным (противоправным). Юридические последствия признания административного договора противоправным	311
6.6. Основные характеристики плана.	312
6.6.1. Понятие и содержание категории «план»	312
6.6.2. Виды планов	316
6.7. Основные характеристики административных действий.	316
6.7.1. Понятие и содержание категории «административное действие».	316
6.8. Основные характеристики публичного имущества.	321
6.8.1. Понятие и признаки публичного имущества.	321
6.8.2. Виды публичного имущества	323
6.9. Понятие и значение частноправовых инструментов деятельности субъектов публичного управления.	326
Обобщение к главе 6 «Инструменты публичного управления»	328
Алфавитно-предметный указатель	335

ВВЕДЕНИЕ

В основе данного учебника лежит несколько исходных положений, получивших детальное раскрытие на его страницах, а именно:

- административное право представляет собой конкретизированное конституционное право¹. Конституция способна стать полноценным регулятором общественных отношений лишь при условии наличия развитого административного права, нормы которого приводят в действие большинство положений Основного закона;
- первостепенной задачей современного административного права является защита прав, свобод и законных интересов частных лиц в процессе их взаимоотношений с государством, что достигается путем детального административно-правового регулирования соответствующих «точек» их соприкосновения;
- национальное административное право не может эффективно развиваться без учета мировых тенденций и стандартов правового регулирования публичного управления;
- определяющим критерием проверки точности сформулированных административно-правовых теорий и концепций является правоприменительная практика.

Содержание основных институтов Общего административного права было раскрыто сквозь призму сформулированных положений, а также основываясь на положениях действующего права Республики Казахстан. Что касается норм Особенного административного права, то их изучение, учитывая огромный массив последних, должно осуществляться в рамках отдельных (специальных) дисциплин по соответствующим учебникам и пособиям.

Отдельные вопросы, которые рассматриваются в учебнике, впервые обсуждаются в национальной юридической доктрине. Это неизбежно вызовет оживленные дискуссии и, возможно, даже категорическое несогласие в научной среде, что, однако, меня не останавливает. Я нахожусь на четкой и сознательной позиции, что, говоря словами Рудольфа фон Иеринга, «право развивается только отрекаясь от своего прошлого», а раз так, то современные авторы должны ежедневно преодолевать инертность научного

¹ Детальнее см.: Werner F. Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht // DVBl. 1959. S. 527.

мышления, формулируя таким образом ответы на многочисленные вопросы, возникающие в сфере правоприменения. Вероятно, что отдельные, сформулированные в учебники выводы, впоследствии придется пересмотреть, и это вполне нормально, ведь это единственно возможный способ формирования новых знаний!

Основной материал учебника сопровождается разнообразными практическими примерами и дополнительными пояснениями, комментариями, которые выделены в тексте с помощью другого размера шрифта, что облегчает восприятие соответствующей информации. Отдельные примеры взяты из практики административных и судебных органов иностранных государств. Однако, все они в полной мере являются релевантными для национальной правоприменительной деятельности и способны расширить представление читателя о соответствующих нормах и институтах Общего административного права.

Необходимо также отметить, что представленный учебник является, своего рода, продолжением более ранних работ автора, посвященных данной проблематике¹. Однако, в сравнении с ними, он значительно «подрос», вообрал в себя большое количество принципиально новых вопросов.

В завершении я хотел бы поблагодарить уважаемых рецензентов – главного специалиста по праву проекта Германского общества по международному сотрудничеству (GIZ) в Казахстане, к.ю.н., LL.M **Алмата Болатовича Габассова** и директора НИИ публичного права Caspian University, доктора юридических наук, профессора **Романа Анатольевича Подопригору** за их ценные советы и рекомендации, позволившие улучшить отдельные положения учебника. Слова благодарности за отдельные рекомендации хотел бы адресовать также и **Евгении Джанатовне Ораловой**.

**Доктор юридических наук,
профессор
Р. С. Мельник**

¹ Мельник Р.С., Мосьондз С.О. Адміністративне право України (у схемах та коментарях): навч. посібник / Р.С. Мельник, С.О. Мосьондз; за ред. Р.С. Мельника. – К.: Юрінком Інтер, 2015; 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: Учебное пособие / под ред. Мельника Р.С. – Киев, Юрінком Інтер, 2017; Мельник Р.С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях: навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2018.

ГЛАВА 1

ПУБЛИЧНОЕ УПРАВЛЕНИЕ

1.1. Публичное управление как одна из форм реализации публичной власти¹

Право вообще и любая отрасль права в частности регулируют общественные отношения, которые имеют место в той или иной сфере жизнедеятельности человека и функционирования государства. Интуитивно мы понимаем, что, например, гражданское право регулирует отношения, возникающие по поводу заключения и исполнения договоров; уголовное право – отношения, связанные с привлечением к уголовной ответственности за совершение преступления. Очевидно, что и административное право имеет «собственную» группу общественных отношений, которые оно призвано регулировать.

В связи с этим знакомство с административным правом мы начнем с изучения не отдельных административно-правовых норм и институтов, а с выяснения круга тех общественных отношений, которые регулируются с помощью его норм. Забегая вперед, отметим, что административное право регулирует общественные отношения, возникающие в сфере **публичного управления**. Соответственно, наша первоочередная задача будет заключаться в поиске ответа на вопрос о сущности, особенностях и формах публичного управления, а также в отграничении публичного управления от других видов юридической (правоприменительной) деятельности. Последняя из указанных задач является чрезвычайно важной, поскольку различные виды юридически значимой деятельности должны регулироваться с помощью различных (специальных) видов норм права, а права (свободы, интересы), нарушенные в процессе ее осуществления, – защищаться в судах различных юрисдикций.

¹ **Публичная власть** – особая власть. Она создает специфические правила поведения в обществе (правовые нормы), обладает особыми формами публичного принуждения (на определенном уровне – вплоть до применения огнестрельного оружия) и реализуется в своеобразных организационно-правовых формах. Детальнее см.: *Чиркин В.Е.* О современной концепции публично власти // Государство и право. 2016. № 2. С. 5–14.

ВАЖНО!

Категории «**публичное управление**» и «**публичное администрирование**» являются синонимами, а значит, могут использоваться как взаимозаменяемые. Одновременное употребление названных категорий в отечественной юридической литературе связано с тем, что одни авторы пользовались для научных целей переведенным на русский язык немецкоязычным словосочетанием «*öffentliche Verwaltung*» (публичное управление), а другие – англоязычным словосочетанием «*public administration*» (публичное администрирование). С учетом этого нет никакого смысла искать различия между категориями «публичное управление» и «публичное администрирование», доказывать, что одна или другая является более удачной или более современной. Иначе говоря, это дело «юридического вкуса» – какую категорию будет использовать каждый из нас для обозначения управленческой деятельности соответствующей группы субъектов (органов и/или должностных лиц). В рамках данного учебника мы будем пользоваться термином «**публичное управление**».

Категория «**публичное управление**» является чрезвычайно сложной по своему содержанию, в связи с чем ее гораздо легче описать, чем сформулировать ее определение¹. Учитывая сказанное, уместно будет изначально дать развернутую характеристику публичного управления, что поможет понять его суть.

Словосочетание «публичное управление» включает понятие «**управление**», означающее – «что-то направлять, на что-то влиять, заботиться о чем-либо». Можно встретить и более расширенный взгляд на содержание этой категории – это деятельность, связанная с решением стратегических задач государственных органов, предприятий, учреждений, организаций с учетом комплекса внешних и внутренних факторов влияния и тенденций развития в конкурентной среде, а также в определенной области общественного производства и государства в целом².

Из этих определений следует, что управление осуществляется одним субъектом по отношению к другому, который испытывает на себе определенное влияние (руководство, заботу и т.д.).

¹ См.: *Forsthoft E.* Lehrbuch des Verwaltungsrechts I. S. 1.

² См.: Публічне управління та управління. URL: <https://uk.wikipedia.org>

1.1.1. Публичное управление vs. государственное управление

Говоря о публичном управлении, следует отметить, что наряду с этим термином в юридической литературе чрезвычайно распространенной является категория **государственное управление**¹, **что требует разграничения данных понятий.**

Долгое время государственное управление рассматривалось как основной (базовый) термин доктрины административного права, поскольку существовал (и во многом продолжает существовать) подход, сводящийся к тому, что основной задачей административного права является регулирование порядка осуществления государственного управления. Такое понимание административного права было свойственно советской правовой науке, положения которой «перекочевали» и в современную юридическую и учебную литературу².

Представление о взаимосвязи между государственным управлением и административным правом на сегодняшний день требует переосмысления. Это связано с существенными изменениями, которые произошли в сфере организации государственной власти Республики Казахстан (далее также – РК, Республика), получив свое закрепление на уровне Конституции и законов Республики.

Прежде всего следует отметить, что на конституционном уровне наряду с органами государственной власти были выделены органы местного самоуправления. Анализ положений Конституции РК (ст. 7, 33, 85–89) позволяет сделать однозначный вывод о том, что органы местного самоуправления отделены от государственных органов, представляя, таким образом, относительно самосто-

¹ См.: *Васильев В.П., Деханова Н.Г., Холоденко Ю.А.* Государственное управление: учеб. пособие. М.: Дело и Сервис, 2010; Повышение эффективности государственного управления через преодоление элементов коррупции в законодательстве Республики Казахстан / Евразийская инициатива в области демократии и прав человека; под ред. Н.Э. Масанова. Алматы: ЧП Алексеев, 2008; *Мухамбетова Л.К., Барабошкин В.* Сущность и значение государственного управления в Республике Казахстан. URL: http://www.rusnauka.com/12_KPSN_2013/Economics/15_135526.doc.htm; *Дуламбаева Р.* Эффективность государственного управления: различные подходы к оценке // Государственное управление и государственная служба. 2019. № 4. С. 41–50, и др.

² См.: *Административное право: учебный курс* / под ред. Р.А. Подоприго-ры. – Алматы: Налоговый эксперт, 2010. С. 39.

тельное системное образование. Так, в ч. 4 ст. 89 Конституции РК закреплено: *«Гарантируется самостоятельность органов местного самоуправления в пределах их полномочий, установленных законом»*.

ВАЖНО!

Самостоятельный характер функционирования органов местного самоуправления по отношению к государственным органам, на наш взгляд, подчеркивается и в АППК РК. Так, в определении административного органа, приведенном в п. 7 ч. 1 ст. 4, органы местного самоуправления называются отдельно от государственных органов. Таким образом законодатель с учетом специфики статуса названных групп органов считал необходимым их разграничить, показать, что они представляют собой самостоятельные системные образования, в противном случае конструкция (формулировка) данной статьи была бы иной.

Под самостоятельностью в данном случае понимается отграниченность (организационная, системная) органов местного самоуправления от государственных органов. Из этого несложно сделать вывод, что органы местного самоуправления, не будучи по своей природе государственными органами, решают свой собственный круг вопросов (определенный специальным законом – Законом РК «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан»), действуя при этом не в форме государственного управления, а посредством **муниципального управления**.

ВАЖНО!

Очевидно, на сегодняшний день действующее законодательство не позволяет в полной мере говорить о самостоятельном, не зависимом от государственных органов, функционировании органов местного самоуправления. Действительно, органы местного самоуправления во многом «вплетены» в единый государственный аппарат; они выполняют значительное количество государственных функций и т.д. Однако необходимо помнить о базовой, исходной идее местного самоуправления, которая вытекает из принципа децентрализации государственной власти¹, т.е. о передаче ее на местный уровень для самостоятельного ее осуществления гражданами

¹ Децентрализация государственной власти – это такой конституционный способ рассредоточения власти, при котором в установленном порядке в предусмотренных пределах, объемах и формах осуществляется целесообразное перераспределение властных полномочий с общегосударственного на иной, сложившийся в конкретной стране уровень власти. Подробнее см.: *Ляпин И.* Особенности децентрализации государственной власти в системе государственного управления современной России // Право и управление. XXI век. 2011. № 1.

и сформированными при их участии органами. Мне кажется, что эта идея заложена и в Конституции РК, где подчеркивается самостоятельность органов местного самоуправления. При этом «самостоятельность», конечно же, не означает, что эти органы каким-либо образом выведены из-под действия общегосударственных нормативных правовых актов. Они самостоятельны лишь в части принятия решений, которые входят в сферу их компетенции, определяемой законом.

Наряду с этим на сегодняшний день в РК сформирован и действует **институт делегированных полномочий**. Этому вопросу, в частности, посвящена глава 8 Административного процедурно-процессуального кодекса РК (далее – АППК)¹, определяющая порядок передачи функций центральных и (или) местных исполнительных органов в конкурентную среду. В данном случае субъекты частного права получают (на основании закона или административного акта) полномочия от имени государства реализовывать определенные управленческие функции. При этом очевидно, что субъекты делегированных полномочий не «превращаются» в государственный орган; их статус остается неизменным. Они лишь на временной основе выполняют отдельные государственные функции, оставаясь субъектами частного права. В связи с этим нет никаких оснований для уравнивания их с субъектами государственного управления (государственными органами), а раз так, то и их управленческая деятельность не может именоваться государственным управлением. Более правильным будет говорить, что они осуществляют **делегированное управление**.

Таким образом, на сегодняшний день управление, осуществляемое на территории РК, реализуется в **формах**:

- 1) государственного управления;
- 2) муниципального управления;
- 3) делегированного управления.

Названные виды управления можно объединить в рамках одной категории – **«публичное управление»**. При этом речь не идет о вытеснении «публичным управлением» термина «государ-

¹ См.: Административный процедурно-процессуальный кодекс РК. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K2000000350>

ственное управление». Последнее продолжает существовать, но в рамках категории более обширной – публичного управления.

ВАЖНО!

Дополнительным аргументом, свидетельствующим, на наш взгляд, о возможности оперирования в национальной правовой доктрине термином «публичное управление», является тот факт, что на сегодняшний день в действующем праве (АППК) применяются категории одного терминологического ряда с категорией публичное управление: «**публично-правовые отношения**», «**публично-правовой спор**», «**публичные права**», «**публично-правовая сфера**», «**публичные слушания**». Введение в юридический оборот терминов, содержащих в себе прилагательное «публичный», стало следствием рецепции в РК теории деления права на публичное и частное. В связи с этим не может быть никаких возражений касательно невозможности/недопустимости использования в административно-правовой доктрине понятия «публичное управление».

1.1.2. Признаки публичного управления

А) Характеризуя публичное управление, прежде всего следует отметить, что названная категория не охватывает деятельность, которая реализуется юридическими лицами, преследующими извлечение дохода в качестве основной цели своей деятельности (коммерческие организации), или общественными объединениями. Данный вид деятельности представляет собой **частноправовое управление**, формируя, соответственно, предмет юридического регулирования норм частного права¹.

ПРИМЕР

Акционерное общество (АО) имеет внутреннюю структуру, состоя из департаментов и отделов. Названные структурные подразделения возглавляют соответствующие руководители, уполномоченные отдавать подчиненным работникам указания и распоряжения. Соответственно, между начальником департамента АО и работником возникают управленческие отношения. Однако такие отношения являются частноправовыми по своей сути, ведь в их основе находится удовлетворение частного интереса АО; в процессе своей деятельности АО не реализует также и публичные функции.

¹ См.: *Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. München: Verlag C.H. Beck, 2004. S. 2; Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 1.*

Б) Публичное управление **осуществляется во имя других лиц**, а не в интересах субъекта управления. Иначе говоря, публичное управление служит «всем в целом», не выделяя никого конкретно. Публичное управление имеет целью достижение общего блага, спокойствия, безопасности. Таким образом, субъект публичного управления служит обществу, делая это профессионально (это является его профессией) и ответственно.

ВНИМАНИЕ!

«Действовать ответственно» – означает, что субъекты публичного управления должны относиться к частным лицам как к клиентам, которым они предоставляют управленческие услуги самого высокого качества. Эта мысль нашла свое закрепление и в **Концепции развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года: построение «человекоцентричной модели» – «Люди прежде всего»**, где определено, что для достижения ее целей, которые заключаются в построении сервисной и «человекоцентричной» модели государственного управления, необходимо реализовать ряд задач, в том числе обеспечить формирование клиентоориентированного и открытого государственного аппарата¹.

Публичное управление не должно иметь целью получение прибыли или выгоды даже в тех отраслях, которые связаны с экономической или финансовой сферами. Иначе говоря, субъекты публичного управления не должны «зарабатывать» на частных лицах, выполняя возложенные на них публично-властные управленческие функции, в том числе и во время предоставления государственных услуг. Стоимость услуг должна лишь покрывать расходы, которые несет государство, предоставляя их населению. Чрезмерная (высокая) цена государственных и других приравненных к ним услуг, на наш взгляд, является проявлением ненадлежащего управления.

В) Публичное управление, с правовой точки зрения, **ориентировано прежде всего на утверждение и обеспечение прав и свобод человека**. В соответствии с ч. 1 ст. 1 Конституции РК *«Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими цен-*

¹ См.: Концепция развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года: указ Президента Республики Казахстан от 26 февраля 2021 г. № 522. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/U2100000522>

ностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы»¹. Иначе говоря, поскольку субъекты публичного управления выступают представителями государства и являются его уполномоченными в отдельных сферах, все их действия и решения должны служить главной цели – утверждению и обеспечению прав и свобод человека в сфере публичного управления как высшей ценности². Эта идея достаточно точно сформулирована и в тексте Конституции РК, где (ч. 2 ст. 12) сказано: *«Права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов»*. Иными словами, они (права и свободы) – ориентир для правотворческой и правоприменительной деятельности. Можно также добавить, что права и свободы, прежде всего закрепленные в Конституции РК, являются, в том числе, и средством ограничения субъектов публичного управления. Права и свободы человека и гражданина – это те границы, за которые субъекты публичного управления выходить не могут; которые они не имеют права нарушать или игнорировать по собственному желанию. Все это достигается за счет защитной функции основных прав и свобод человека³.

Г) Публичное управление – это вид деятельности, который осуществляется отдельными субъектами публичной власти. Учитывая это, можно рассматривать публичное управление через призму форм реализации государственной власти, которые тесно связаны с принципом разделения властей. Исходя из названного принципа, можно сделать вывод, что каждая из трех ветвей власти (законодательная, исполнительная и судебная) функционирует в свойственной только ей форме: для законодательной власти – это **законотворчество**; для исполнительной власти – **публичное управление**; для судебной – **правосудие**. Названные виды госу-

¹ См.: Конституция Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#pos=5;-88

² См.: Мельник Р. С. Концепція людиноцентризму у сучасній доктрині адміністративного права // Право України. 2015. № 10. С. 157–165.

³ См.: Kirchhof P. Die Struktur der Grundrechte. Das Grundrechtsverhältnis (Eingriffsabwehr, Schutz, Teilhabe). S. 1. URL: https://jura.urz.uni-heidelberg.de/mat/file_viewer.php?fid=6368

дарственной власти и соответствующие им формы реализации, исходя из сущности принципа разделения властей, не могут объединяться, поскольку следствием этого будет концентрация всей полноты власти в одних руках¹. Иными словами, законодательством может заниматься исключительно законодательная власть², публичным управлением – преимущественно исполнительная власть, а на осуществление правосудия уполномочена лишь судебная власть³. Итак, публичное управление – это форма деятельности тех органов публичной власти, которые по своей сути являются **исполнительными**, т.е. не относятся ни к органам законодательной власти, ни к органам судебной власти.

ВНИМАНИЕ!

Сформулированное положение о том, что публичное управление является видом деятельности, который реализуется за пределами законодательной и судебной ветвей власти, требует ряда пояснений, поскольку имеют место определенные исключения. В данном случае речь идет о том, что в процессе деятельности и органа законодательной власти (Парламента), и органов судебной власти имеют место **проявления публичного управления**. Это касается тех сфер и случаев, когда Парламент и суды действуют вне законодательских и судебных процедур. Так, они обязаны рассматривать обращения граждан, предоставлять доступ к открытой информации, информировать общественность о своей работе и ее результатах. В части выполнения этих обязательств Парламент и суды действуют как субъекты публичного управления, т.е. реализуют публичное управление.

Д) Следует обратить внимание на тот факт, что в форме публичного управления действуют не только органы публичной власти, но и ряд других субъектов, которые, не имея статуса органа власти, реализуют, тем не менее, полномочия исполнительного типа или **административные полномочия**. Речь идет, например, о **субъектах делегированных полномочий**, которые, не будучи органами публичной власти, уполномочены на реализацию публичных функций, т.е. на осуществление публичного управления.

¹ Конституция Республики Казахстан. Научно-практический комментарий. Алматы: Раритет, 2015. С. 33–34.

² Парламент Республики Казахстан является высшим представительным органом Республики, осуществляющим законодательную власть (ч. 1 ст. 49 Конституции РК).

³ Правосудие в Республике Казахстан осуществляется только судом (ч. 1 ст. 75 Конституции РК).

ПРИМЕР

К субъектам делегированных полномочий могут быть отнесены саморегулируемые организации – некоммерческие организации в форме ассоциации (союза), общественного объединения или иной организационно-правовой форме, установленной законами Республики Казахстан, основанные на добровольном либо обязательном членстве (участии) субъектов частного предпринимательства или субъектов профессиональной деятельности по принципу общности деятельности, отрасли, видов экономической деятельности, рынка произведенных товаров (работ, услуг)¹. Применение мер воздействия, предусмотренных законами Республики Казахстан и уставом саморегулируемой организации, относительно членов (участников) такой организации осуществляется в форме публичного (делегированного) управления.

Е) Характерной особенностью публичного управления является и то, что оно имеет **внешнюю направленность**, т.е. осуществляется за пределами соответствующего органа. Таким образом, участником публичного управления всегда будет субъект, реализующий публично-властные управленческие функции (административные полномочия), с одной стороны, и **частное лицо**² – с другой. Соответственно, не является публичным управлением деятельность, связанная с внутренней организацией функционирования органов публичной власти (реорганизация подразделений, перемещение государственных служащих и т.п.). Указанную деятельность можно назвать **административным распоряжительством**. При этом следует обратить внимание, что административное распоряительство также основано на нормах права, преимущественно на нормах административного права.

ВНИМАНИЕ!

Необходимость разграничения публичного управления и административного распоряительства объясняется, в частности, потребностями административного судопроизводства. Так, частное лицо может рассчитывать на судебную защиту со стороны административного суда только в том случае, если его правам, свободам или законным интересам нанесен ущерб и если причинителем такого ущерба является субъект публичного управления (административный орган). Субъект публичного управления может нанести ущерб частному лицу только в пределах соответствующих отношений внешнего характера, которые возникают в процессе осуществления публичного управления. В то же время в рамках административного распоряительства

¹ О саморегулировании: закон Республики Казахстан от 12 ноября 2015 г. № 390-V. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36858926#pos=3;-106

² **Частное лицо** – здесь и далее обобщающий термин, обозначающий физических лиц (граждане РК, иностранцы, лица без гражданства и т.п.), юридических лиц (коммерческие организации).

вред частному лицу не может быть нанесен, ведь здесь нет непосредственного общения (отношений) между таким лицом и субъектом публичного управления. Участниками отношений административного распорядительства являются только работники и служащие органа публичной власти. Таким образом, в административном суде не могут быть обжалованы действия, решения или бездействие субъекта публичного управления, в случае если они приняты (совершены) в процессе реализации таким субъектом административного распорядительства.

Здесь, однако, могут быть и отдельные исключения. Если вследствие административного распорядительства будет нанесен ущерб частному лицу, его правам и интересам, то такое решение сможет стать предметом судебного контроля.

Е) Говоря о публичном управлении, нельзя не упомянуть и о том, что оно всегда **направлено в будущее**. Его задача в большинстве случаев заключается в применении абстрактных норм и правил, сформулированных Парламентом в законах, в конкретных жизненных ситуациях, участниками которых являются конкретные лица¹. Этим будут заниматься уже правительство, министерства и другие органы власти исполнительского типа.

Ж) Публичное управление также нельзя смешивать с **политической деятельностью**, представляющей собой самостоятельный вид социальной активности отдельной группы лиц – политиков. **Политическая деятельность**, в отличие от публичного управления, **не регулируется нормами административного права**, а следовательно, не входит в его предмет. Различны также и формы реагирования на нарушения порядка публичного управления и политической деятельности. В первом случае может наступить юридическая ответственность (уголовная или административная), а во втором – политическая.

При этом, однако, необходимо отметить, что субъекты публичного управления могут реализовывать в процессе своей деятельности **политические решения**, принятые политиками.

ПРИМЕР

К политической деятельности можно отнести: выступление Премьер-Министра РК или министров на заседании Парламента; обращение Президента РК с посланием к народу; проведение консультаций на уровне политических партий, входящих в состав Парламента, и тому подобное.

¹ См.: *Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht*. S. 5.

Таким образом, под **публичным управлением** следует понимать форму деятельности разветвленной системы субъектов, осуществляющих управленческие (исполнительные) функции, направленные на применение законов, подзаконных актов и реализацию политических решений, с целью утверждения и обеспечения прав и свобод человека и гражданина.

Правовой основой осуществления публичного управления в подавляющем большинстве случаев выступают **нормы административного права**.

1.2. Субъекты публичного управления

В осуществлении публичного управления в обязательном порядке принимают участие субъекты, реализующие управленческие функции, – **субъекты публичного управления**, к которым относятся:

- органы исполнительной власти;
- иные органы государственной власти, занимающиеся исполнительской деятельностью, но не входящие в систему органов исполнительной власти, например Президент РК (в рамках реализации отдельных полномочий), Национальный Банк РК¹, Комитет национальной безопасности РК и др.;
- органы местного самоуправления;
- субъекты делегированных полномочий².

Попутно необходимо отметить, что категорию «субъект публичного управления» следует рассматривать не с институциональной, а с **функциональной точки зрения**. Иными словами, определяющим для отнесения того или иного органа (лица) к числу субъектов публичного управления является не его место в системе публичной власти, а функции, которые он выполняет, причем функции эти должны быть связаны с реализацией публичного управления.

Этот вывод является чрезвычайно важным с точки зрения административного судопроизводства, поскольку он создает необ-

¹ В соответствии с абз. 1 ст. 2 Закона РК «О Национальном Банке Республики Казахстан» Национальный Банк является государственным органом.

² Полный перечень субъектов будет представлен в подразделе 5.3.

ходимую основу (юридическую возможность) для обжалования в административный суд не только действий и решений органов публичной власти, но и решений/действий иных субъектов, которые с функциональной точки зрения реализуют управленческие функции.

ПРИМЕР

Администрация школы с институциональной точки зрения не является субъектом публичного управления, ведь она (администрация/школа) не имеет статуса органа публичной власти. Но, несмотря на это, администрация школы может принимать решения управленческого характера по отношению к частным лицам – ученикам; например, принять решение об отчислении учащегося из школы. В части принятия такого решения (административного акта) администрация школы будет осуществлять публичное управление. Иначе говоря, с функциональной точки зрения она (администрация школы) должна быть признана субъектом публичного управления.

Решение об отчислении учащегося из школы может быть обжаловано в порядке административного судопроизводства.

1.3. Формы публичного управления

Публичное управление является сложным видом деятельности не только во внешнем, но и во внутреннем измерении, поскольку осуществляется разветвленной системой субъектов с помощью многочисленных средств (инструментов¹), которые вызывают различные последствия (юридические и фактические) для объектов управленческого воздействия (прежде всего частных лиц)².

Учитывая это, необходимо различать следующие формы публичного управления³:

- **обременяющее публичное управление** – связано с ограничением прав, свобод и законных интересов частного лица и проявляется в возложении на него обязанностей, запретов, ограничений. Обременение также будет иметь место в тех случаях,

¹ См.: *Подопригора Р.* Инструменты деятельности административных органов в свете принятия Административного процедурно-процессуального кодекса Республики Казахстан // Ежегодник публичного права 2021: Инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 26.

² См.: *Detterbeck S.* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht. München: Verlag C.H. Beck, 2006. S. 4–5.

³ См.: *Пуделька Й.* Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 19–22.

когда лицу отказывается в предоставлении определенного блага (например финансовой помощи). Иначе говоря, когда в результате применения обременяющих мероприятий правовое положение личности ухудшается. При этом, однако, нужно учитывать, что обременяющее мероприятие (решение) является допустимой формой работы субъекта публичного управления; следовательно, частное лицо, в случае если обременяющее решение (действие) основано на правовой норме, не может утверждать, что обременение является правонарушением. В подавляющем большинстве случаев обременяющее публичное управление реализуется путем издания (принятия) **обременяющего административного акта**, под которым, в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 4 АПК, понимается акт, отказывающий в реализации, ограничивающий, прекращающий право участника административной процедуры или возлагающий на него обязанность, а также иным образом ухудшающий его положение.

ПРИМЕР

Принятие исполнительным органом решения о принудительном выкупе земельного участка, принадлежащего гражданину; лишение права управления транспортным средством; введение карантина; отказ в повышении (перерасчете) пенсии и др. — всё это будет примером реализации обременяющего публичного управления.

• **благоприятствующее публичное управление** — направлено на помощь (содействие) частным лицам в реализации предоставленных им прав, свобод и удовлетворении законных интересов. Оно проявляется в предоставлении субъектами публичного управления государственных услуг, выдаче разрешений, пособий, справок и т.п., что часто сопровождается изданием **благоприятного административного акта**, т.е. акта, реализующего право участника административной процедуры или прекращающего возложенную на него обязанность, а также иным образом улучшающего его положение (п. 21 ч. 1 ст. 4 АПК). Соответственно результатом благоприятствующего публичного управления становится улучшение юридического или фактического состояния частного лица. При этом «содействие» можно понимать в более широком контексте: оно будет иметь место и в тех случаях, когда,

например, полиция, обеспечивая общественный порядок¹, будет создавать тем самым условия для гарантирования безопасности частных лиц.

ПРИМЕР

Выдача лицензии на занятие предпринимательской деятельностью; предоставление субсидии; выплата государственной помощи в связи с рождением ребенка; выплата пенсии; постановка на учет граждан, нуждающихся в жилище; выделение земельного участка и т. д.

• **обеспечительное публичное управление** – связано с обеспечением нормального (полноценного) существования частных лиц и, как следствие, направлено на решение вопросов обеспечения населения водой, электричеством, газом, предоставление информационных, образовательных услуг и т.п. К данному виду можно также отнести деятельность субъектов публичного управления по развитию объектов инфраструктуры (автомобильные дороги, парки, спортивные сооружения и т.п.)². Особенностью этой формы публичного управления является то, что оно может реализовываться путем применения как административно-правовых (административный акт, административный договор), так и частноправовых (гражданский договор и т.п.) инструментов, последние подпадают уже под регулирующее воздействие норм частного права. Иными словами, правовой основой обеспечительного управления могут выступать как нормы административного, так и гражданского (частного) права.

1.4. Публичное управление и хозяйственная деятельность субъектов публичного управления

Публичное управление является центральной и основной формой деятельности субъектов публичного управления. Можно даже сказать, что последние создаются для того, чтобы заниматься публичным управлением, направленным на выполнение главной обязанности государства – утверждение и обеспечение

¹ См.: Unruh, Polizei als Tätigkeit der leistenden Verwaltung, DVBl. 1972. S. 469.

² См.: Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 7–9.

прав и свобод человека и гражданина. Вместе с тем надо помнить и понимать, что публичное управление является не единственной формой деятельности названных субъектов. Отдельные субъекты публичного управления, в частности те из них, которые на праве хозяйственного ведения и оперативного управления¹ обладают различными объектами государственной или коммунальной собственности² (такими как предприятия, банки, гостиницы, санатории и др.), наряду с публичным управлением могут вести еще и **хозяйственную деятельность**, получая прибыль от ее осуществления. Такая хозяйственная деятельность, хотя она и осуществляется субъектом публичного управления, не приобретает, однако, признаков публичного управления. Правовой основой для ее реализации являются преимущественно нормы частного права. Но с другой стороны, поскольку хозяйственная деятельность все равно служит удовлетворению общего блага (ведь субъекты публичного управления, которые ее осуществляют, создаются и функционируют исключительно для достижения общественно значимых целей), она частично подпадает и под действие норм административного права, которые названные субъекты, таким образом, должны учитывать и руководствоваться ими.

Одновременное действие норм частноправовой и публично-правовой природы в сфере хозяйствования с участием субъектов публичного управления связано с необходимостью соблюдения последними (поскольку они не теряют статуса представителя публичной власти даже в хозяйственных отношениях) базовых принципов функционирования публичной власти, зафиксированных в Конституции РК. В данном случае речь, в частности, идет о:

– ч. 1 ст. 1: *«Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы»;*

– ч. 4 ст. 3: *«Государственная власть в Республике едина, осуществляется на основе Конституции и законов в соответствии с принципом ее разделения на законодательную, исполнительную*

¹ См. ст. 196, 209 Гражданского кодекса РК.

² См.: Сулейменов М. Конституционные основы права собственности в Казахстане. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30958225#pos=6;-106

и судебную ветви и взаимодействия между собой с использованием системы сдержек и противовесов»;

– ч. 1 ст. 87: *«Местные исполнительные органы входят в единую систему исполнительных органов Республики Казахстан, обеспечивают проведение общегосударственной политики исполнительной власти в сочетании с интересами и потребностями развития соответствующей территории».*

При этом ни в Конституции РК, ни в законах РК нет никаких исключений в части действия этих принципов в отношении тех субъектов публичного управления, которые занимаются хозяйственной деятельностью.

Таким образом, **субъекты публичного управления** при осуществлении хозяйственной деятельности обязаны:

- соблюдать, не нарушать и гарантировать конституционные права и свободы человека и гражданина;
- гарантировать реализацию принципа равенства конституционных прав и свобод и принципа равенства перед законом;
- выбирать прежде всего административно-правовые инструменты деятельности, если закон этого требует, или если этого требуют общие принципы деятельности субъектов публичного управления;
- избегать ситуаций, которые, прежде всего в сфере обеспечения публичного управления, приводили бы к неправомерному получению субъектами его осуществления денежных поступлений (например, установление чрезмерной (необоснованно высокой) стоимости проезда в общественном транспорте);
- избегать ситуаций, при которых (в отдельных сферах) субъекты публичного управления действовали бы по отношению к частным лицам исключительно посредством частноправовых инструментов (неправомерное сужение сферы публичного управления)¹.

Проблема сочетания публичного и частного регулирования в сфере хозяйственной деятельности субъектов публичного

¹ См.: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre von Dr. Hans Peter Bull, Dr. Veith Mehde. 7, völlig neu bearbeitete Auflage. C.F. Müller Verlag, 2005. S. 117–119.

управления становится еще более сложной в случае переноса ее на сферу деятельности совместных (смешанных) предприятий, в которых государству принадлежит определенная доля. Такие предприятия защищаются от государственного вмешательства в их хозяйственную деятельность, опираясь на основные (конституционные) права, хотя, согласно господствующей точке зрения, это возможно лишь в том случае, когда доля государственного участия в таком предприятии будет доминирующей (преобладающей). В том случае, если субъекты публичного управления сотрудничают с предпринимателями на правовых принципах и последние инвестируют принадлежащую им корпоративную часть в публичное предприятие, им (предпринимателям) принадлежат вполне обоснованные права касательно соблюдения их хозяйственных интересов в процессе деятельности такого совместного предприятия. Как следствие, в данной сфере часто возникает противоречие между желанием государства использовать выгоды приватизации и нежеланием согласиться с необходимостью уменьшения государственного влияния на предпринимателей¹.

Учитывая изложенное, можно поддержать мнение немецких авторов, которые считают, что в сфере хозяйствования, участником которого является субъект публичного управления, частноправовые нормы дополняются и модифицируются путем воздействия на них публичного (административного) права, что, как следствие, приводит к оформлению нового правового образования – «административно-частного права»².

¹ См.: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre von Dr. Hans Peter Bull, Dr. Veith Mehde. 7, völlig neu bearbeitete Auflage. C. F. Müller Verlag, 2005. S. 120–121.

² См.: Erichsen / Ebber Die Grundrechtsbindung des privatrechtlich handelnden Staates, Jura 1999. S. 373; Васильева А.Ф. Зарубежный опыт правового регулирования публичных услуг // Журнал российского права. 2007. № 12. С. 68.

1.5. Публичное управление и публичный интерес

1.5.1. Вступительные пояснения

Аксиоматичным на сегодняшний день выступает утверждение, что публичное управление всегда направлено на реализацию и обеспечение публичного интереса, является связанным с ним и неотделимым от него¹. Эти тезисы принимаются и поддерживаются большинством отечественных правоведов, однако, на наш взгляд, такой подход является поверхностным; он не учитывает все те изменения, которые произошли и продолжают происходить в сфере взаимоотношений государства и личности. В этой части достаточно вспомнить ч. 1 ст. 1 Конституции РК, где сказано, что человек, его жизнь, права и свободы являются высшими ценностями в Республике. Эта конституционная формула делает очевидным наличие определенной нестыковки между «тотальным» приоритетом публичного интереса (о чем было сказано выше) и верховенством (первостепенностью) прав и свобод – а стало быть и интересов – частного лица в государстве.

При этом некорректно утверждать, что права и свободы человека в с е г д а будут иметь приоритет по отношению к публичному интересу. Ярчайшим примером здесь могут служить все те нормативные и индивидуальные мероприятия, которые были реализованы в государстве с целью предотвращения распространения коронавируса. Ограничение работы кафе, ресторанов, торгово-развлекательных центров и т.п. – всё это было реализовано под эгидой охраны/защиты публичного интереса (жизни и здоровья населения), что, в свою очередь, сопровождалось масштабными ограничениями прав как предпринимателей, так и обычных граждан.

¹ См.: Волков А.М., Дугенец А. С. Административное право: учебник, М.: ИД «Форум»: ИНФРА-М, 2017. С. 6–8; Таранов А. А. Административное право Республики Казахстан. Академический курс. 2-е изд., перераб. и доп. Алматы: Норма-К, 2003. С. 6, 11; Адміністративне право України. Повний курс: підручник / В. Галунько, П. Діхтієвський, О. Кузьменко та інш.; за заг. ред. В. Галунька, О. Правоторової. Видання четверте. Херсон: ОЛДІ-ПЛЮС, 2021. С. 24; Галунько В.В. Публічний інтерес в адміністративному праві // Форум права. 2010. № 4. С. 178, 179.

ПРИМЕР

Федеральный Конституционный суд Германии в конце 2021 г. рассмотрел дело, предметом которого являлось обжалование ограничений, установленных Законом о защите от инфекций с поправками, внесенными законом о защите населения в случае эпидемической ситуации национальных последствий от 22 апреля 2021 г. (ограничения на въезд в страну и ограничения на контакты). Суд решил, что названные мероприятия совместимы с Основным законом, являются соразмерными и направлены на защиту жизни и здоровья населения, а также поддержание работоспособности системы здравоохранения как первостепенной заботы об общем благе¹.

Вместе с тем нельзя сбрасывать со счетов и тот факт, что публичное управление может быть реализовано и во имя немногочисленной группы людей (например, содействие проведению мирного собрания несколькими людьми, которые отстаивают непопулярное мнение/позицию). Это соответственно исключает утверждение о том, что управленческая деятельность всегда направлена на реализацию публичного интереса, т.е. такого интереса, который является важным/существенным для значительного числа людей². Поддержка государством непопулярных взглядов меньшинства, по мнению Европейского суда по правам человека, является признаком демократического государства³. Более того, публичное управление может смещаться и на уровень индивида, обеспечивая потребности и ожидания отдельных личностей (например их социальное обеспечение)⁴.

Таким образом, изложенное требует более детального анализа категории публичного интереса с последующим определением его значения для публичного управления в современных условиях.

¹ См.: *Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021*. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20211119_1bvr078121.html

² См.: *Адміністративне право України. Повний курс: підручник* / В. Галунько, П. Діхтєвський, О. Кузьменко та інш.; за заг. ред. В. Галунька, О. Правоторової. Видання четверте. С. 25.

³ См.: Решение Европейского суда по правам человека по делу «Бачковский и др. против Польши» от 3 мая 2007 г. // *Свобода собраний в постановлениях Европейского суда по правам человека*. – Воронеж: Артефакт, 2009. § 64.

⁴ См.: *Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht*. S. 5.

1.5.2. Историческая ретроспектива проблематики

Содержательное понимание многих юридических терминов, которыми мы оперируем сегодня, сложилось в советский период, что, как следствие, вызывает немало проблем, особенно в сфере административного права. Данная отрасль права, если смотреть на нее сквозь призму действующих нормативных правовых актов, в сравнении с советским правом изменилась радикально. Все ранее действующие нормативные правовые акты вытеснены новыми, современными, которые основываются на Конституции независимого, демократического и правового Казахстана. Но в сфере административной доктрины ситуация иная. Ученые не спешат отказываться от тех наработок и устоев, которые сформировались в рамках предыдущего исторического периода существования нашего государства, продолжая цитировать в своих работах позиции советских авторов для объяснения современных процессов и тенденций. Возможно, в отдельных случаях это допустимо (особенно в работах исторического профиля), но это не может быть правилом! Юридическая наука, желающая соответствовать реалиям сегодняшнего дня, должна позаботиться о глубоком очищении своего терминологического аппарата; выработать адекватные современному правовому регулированию подходы к пониманию соответствующих терминов. Это касается и категории «публичный интерес».

Анализ юридической литературы позволяет сделать вывод, что современное понимание категории «публичный интерес» (в ее различных вариациях) во многом базируется на советской юридической доктрине, которая, в свою очередь, отображала стремление правящей партии обобществить и подчинить государственному контролю все сферы жизнедеятельности человека. Для реализации этой задачи была разработана концепция безусловного приоритета общественных интересов (они же публичные интересы) над интересами личности. Характеризуя положения индивида в советском государстве, Н.П. Карадже-Искров в 1927 г. писал следующее: «Индивидуальная свобода не является у нас таким основным принципом, как на Западе: наше государство проникнуто идеями коллективизма»; «...наше государство

не склонно выдвигать на первый план личность. Наоборот, оно рассматривает отдельных лиц лишь как средство для достижения своей цели»; «...у нас личность не является чем-то самоценным»; «...обеспечение ее прав стоит на втором плане»¹. В связи с этим в советской административно-правовой литературе появились сотни упоминаний и отсылок к «интересам абсолютного большинства населения»², «интересам социалистического общества»³, «интересам трудящихся, которые совпадают с интересами государственными»⁴, при помощи которых утверждалось мнение, что государственное управление всегда направлено на обеспечение и реализацию общих интересов, а правовой основой для этого процесса выступают нормы административного права.

С позиций сегодняшнего дня мы прекрасно понимаем, что под эгидой защиты и реализации общих интересов в советском государстве происходило лишь угнетение и, фактически, порабощение граждан. Общие (коллективные) интересы стали удобной ширмой, которая прикрывала злоупотребления, нарушения и безмерные ограничения прав, свобод и интересов частных лиц. Государство было единственной силой, имеющей право/возможность признавать тот или иной интерес общим (публичным), а после этого, используя механизмы принуждения, обеспечивать его реализацию. В этой связи мы категорически не можем согласиться с теми современными авторами, которые, определяя категорию «публичный интерес», считают, что таковым является лишь тот интерес, который признан (согласован, установлен) государством⁵. Такой подход есть не что иное, как продолжение советской идеологии всемерного подчинения личности государству. Он подлежит основательному пересмотру.

¹ Карадже-Искров Н.П. Новейшая эволюция административного права. Иркутск, 1927. С. 24, 29, 30.

² Студеникин С.С. Советское административное право. М., 1945. С. 72.

³ Там же. С. 48.

⁴ Евтихийев И. И. Советское административное право. М., 1946. С. 7.

⁵ См.: Горшунгов Д.Н. Интересы в частном праве: вопросы теории. Казань, 2005. С. 82–83; Тихомиров Ю. А. Публичное право. М.: АО «Центр ЮриИнфоР», 2001. С. 68; Кряжсков А. В. Публичный интерес: понятие, виды, защита // Государство и право. 1999. № 10. С. 92; Альхименко В.В., Салищева Н.Г., Гришкова А.А. Публичный интерес в административном праве // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2011. № 4. С. 100.

1.5.3. Терминология

Анализ действующих нормативных актов показывает, что они достаточно часто оперируют терминами, созвучными с категорией «публичный интерес». Так, в Конституции РК говорится о: жизненно важных интересах Республики Казахстан (ч. 2 ст. 10); интересах государственной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья, защиты прав и свобод других лиц (ст. 32); интересах защиты прав и свобод человека и гражданина, обеспечения национальной безопасности, суверенитета и целостности государства (пп. 10–1 ч. 1 ст. 44).

В законах РК можно встретить такие категории, как «интересы Республики Казахстан» (п. 4 ч. 1 ст. 16 закона РК «О прокуратуре»¹), «законные интересы большинства жителей соответствующей административно-территориальной единицы» (пп. 7 ч. 1 ст. 1 закона РК «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан»²). В свою очередь АППК оперирует категориями «общественный интерес» (ч. 1 ст. 5), «интересы общества и государства» (ч. 3 ст. 32), «интересы местного государственного управления» (пп. 7 ч. 2 ст. 57).

Комментируя наличествующие вариации терминов, предположим, что это связано прежде всего с неразвитостью доктринальных представлений о публичном интересе, а также с отсутствием у ученых единой позиции в части применения того или иного понятия. Как уже было отмечено выше, с одной стороны, в юридической литературе продолжает существовать постсоциалистическое представление о категории государственного (публичного) интереса, а с другой стороны, современные авторы все чаще и чаще обращают внимание на современные европейские концепции, решения международных организаций, в том числе и судов, которые активно используют категорию «публичный интерес», вбирающую (включающую) в себя любые интересы, отображающие потребности общества и государства.

^{1 41} См.: О прокуратуре: закон Республики Казахстан от 30 июня 2017 года № 81-VI // Ведомости Парламента РК. 2017. № 13. Ст. 46.

^{2 42} «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан: закон Республики Казахстан от 23 января 2001 г. № 148-II. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1021546#pos=5;-106

В связи с этим, на наш взгляд, перечисленные выше понятия являются разновидностью публичных интересов. Их применение можно объяснить необходимостью конкретизировать вид публичного интереса в зависимости от уровня и сферы юридического регулирования¹.

1.5.4. Определение понятия «публичный интерес»

Анализ существующих в юридической литературе точек зрения показывает, что в определении категории «публичный интерес», а также иных сходных/смежных по звучанию с ней понятий, господствует идея о том, что публичный интерес представляет собой желания, стремления, ценности больших (отдельных) социальных групп². Иными словами, в данном случае субъектный состав носителей того или иного интереса является определяющим для его квалификации. Главной проблемой данного подхода является невозможность установления/определения минимального числа носителей какого-либо интереса для его признания публичным. Тысяча носителей интереса является достаточным основанием для его отнесения к числу публичных? Уверен, что найдутся те, кто утвердительно ответят на этот вопрос; не исключая, что будут и те, кто выскажется против. Поэтому, на наш взгляд, интересы, которые поддерживаются определенной общностью носителей права (независимо от ее количественной характеристики), целесообразнее будет называть коллективными (групповыми), но не публичными.

Наряду с этим присутствует и иная точка зрения; ее приверженцы считают, что «публичный интерес представляет собой

¹ См.: 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособие / под ред. Р. С. Мельника. Киев: Юринком Интер, 2017. С. 27.

² См.: *Шарнина Л. А.* Частные и публичные интересы в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 4. С. 4; *Андрушко І.П.* Категорія «публічний інтерес» у конституційному праві: поняття та зміст // Часопис Київського університету права. 2011. № 4. С. 139; *Галунько В.В.* Публічний інтерес в адміністративному праві // Форум права. 2010. № 4. С. 181; *Дмитренко Е.* Особливості співвідношення публічного і приватного інтересу у фінансовому праві// Науковий вісник Національної академії прокуратури України. 2016. № 2. С. 91.

систему частных интересов»¹, которые могут объединяться в групповые². С подобной постановкой вопроса сложно согласиться с учетом бесконечного видового разнообразия частных интересов, с одной стороны, и возможностью объединения больших групп частных лиц вокруг интересов низменных, аморальных, которые едва ли заслуживают отнесения их к категории публичных интересов, – с другой. Кроме того, могут возникнуть ситуации и иного порядка. Так, например, отсутствие у значительного числа частных лиц интереса к охране окружающей среды, если следовать логике автора, неминуемо приведет к исключению охраны окружающей среды из числа публичных интересов.

Неправильным будет и рассматривать публичный интерес через призму государственного интереса или отождествлять их³. Государственный интерес может быть определен как система ценностей, важных и значимых прежде всего для функционирования государства, его органов и должностных лиц. Так, в качестве государственного интереса можно рассматривать оптимизацию внутренних управленческих процессов или улучшение процедуры замещения вакантных должностей государственной службы. В некоторых сферах и вопросах государственный интерес может совпадать с публичным интересом (обеспечение национальной безопасности), что, однако, не является правилом. В связи с этим государственный интерес целесообразно рассматривать в качестве подвида коллективного интереса.

Представленные выше подходы к определению публичного интереса, как представляется, являются упрощенными, ориентированными, так сказать, на механическое выделение публичного интереса из некой совокупности существующих в обществе, в государстве и на индивидуальном уровне потребностей, ценностей и т.п. В этой связи более обоснованной выглядит позиция евро-

¹ Курочкин С.А. Частные и публичные интересы в праве – системное исследование // Юридический мир. 201. № 10. С. 60.

² См.: Шерстобоев О.Н. Теория интересов в административно-правовом измерении: на примере высылки иностранных граждан за пределы принимающего государства // Российский юридический журнал. 2014. № 3. С. 104.

³ См.: Ситдикова Р. И. Частный, публичный и общественный интерес в авторском праве // История и теория цивилистической мысли. 2012. № 2. С. 19; Андрушко І.П. Категорія «публічний інтерес» у конституційному праві: поняття та зміст // Часопис Київського університету права. 2011. № 4. С. 138.

пейских авторов, которые небезосновательно считают, что квалификация определенного интереса как публичного должна и может производиться только с учетом обстоятельств места и времени, в исторических границах конкретного государства, определенного политического режима и государственного управления¹. Это означает, **во-первых**, что отнесение того или иного интереса к разряду публичных не может быть постоянным. Под действием различных факторов те или иные интересы могут превращаться в публичные, а публичные переходить в разряд частных. Иными словами, должны производиться постоянные и системные пересмотр и переоценка тех или иных интересов на предмет возможности/невозможности их отнесения к интересам публичным. Эта задача является чрезвычайно важной для государства, исповедующего принципы демократии и правовой государственности, ибо расширительное толкование категории «публичный интерес» может привести к формированию патерналистского государства, которое под эгидой защиты публичного интереса будет вмешиваться во все (многие) сферы жизнедеятельности своих граждан. **Во-вторых**, такая квалификация зависит от большого количества разнообразных факторов и условий, которые непременно должны приниматься во внимание, дабы сформулированные выводы не были поверхностными и оторванными от реалий государственной и общественной жизни.

1.5.5. Доктринальное понимание категории «публичный интерес»

Формулируя определение публичного интереса, прежде всего обратим внимание на тот факт, что таковым может быть лишь тот интерес, который в одинаковой мере значим и важен для всех в целом и для каждого в отдельности. «Публичные интересы имеют характер общечеловеческий, доступный и присущий всем людям, независимо от социального статуса»². Иными словами, **публич-**

¹ См.: Брэбан Г. Французское административное право / пер. с фр. Д.И. Васильева, В.Д. Карповича; под ред. и со вступ. ст. С. В. Боботова. М.: Прогресс, 1988. С. 22.

² Шарнина Л. А. Частные и публичные интересы в конституционном праве. С. 5.

ный интерес представляет собой ценность высшего порядка, приоритет которой по отношению к иным ценностям, в том числе и личным, индивидуальным, является часто безоговорочным.

1.5.6. Конституция РК и публичный интерес

Очевидно, что публичные интересы имеют место и могут быть реализованы лишь в сфере права и на основе права, истоки (начала) которого заложены именно в Конституции. Поиск и выделение публичных интересов при таком подходе несколько упрощаются, поскольку в Конституции большое количество аспектов и проявлений государственной, общественной и частной жизни уже приведены в определенную согласованную систему, которая предопределена историческими, культурными и иными особенностями становления и развития страны. Иными словами, Основной закон заложил необходимые и достаточные предпосылки для выделения перечня/системы публичных интересов. Это означает, что публичный интерес становится **конституционной ценностью**; это позволяет ему конкурировать с иными конституционными ценностями (в частности с основными правами и свободами человека) и иметь приоритет по отношению к ценностям, нашедшим закрепление на уровне законов и подзаконных актов.

Анализ положений Конституции РК позволяет сделать вывод, что под категорию **публичных интересов** подпадают интересы, связанные с:

- обеспечением безопасности жизни и здоровья граждан;
- гарантированием прав, свобод и достоинства человека;
- демократией и правовой государственностью;
- охраной конституционного строя;
- обороной и безопасностью государства;
- обеспечением общественного порядка;
- финансовой стабильностью государства;
- охраной окружающей среды;
- общественным здоровьем;
- образованием;

- экономикой благосостояния;
- социальной справедливостью;
- инфраструктурным обеспечением;
- доступом к информации;
- культурой и нравственностью.

Фиксация перечня публичных интересов в Конституции РК исключает, таким образом, необходимость их государственного санкционирования. Иными словами, публичные интересы являются конкретизацией духа и идей, заложенных в Основном законе государства, принятом народом Казахстана.

1.5.7. Значение публичного интереса для публичного управления

Сложно в полной мере согласиться с высказанной в литературе мыслью, что первоначальной целью публичного управления в демократическом и социальном государстве является сохранение и продвижение публичных интересов¹. Это связано с тем, что такой подход не согласуется с положением ч. 1 ст. 1 Конституции РК, где, напомним, сказано, что *«Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы»*. Таким образом, для Республики Казахстан, а следовательно, и для публичного управления, основной и первостепенной целью является не публичный интерес, а человек, его жизнь, права и свободы.

Это, однако, не означает, что публичный интерес не значим и не важен. Безусловно, это не так. Публичный интерес выступает вторым (следующим) приоритетом для публичного управления после человека, его жизни, прав и свобод. Развивая сформулированную мысль, подчеркнем, что в тех сферах, которые не касаются прав и свобод человека непосредственно; там, где права и свободы человека обеспечены, гарантированы и реализованы;

¹ См.: Wolff / Bachof / Stober / Kluth, Verwaltungsrecht: Band I, 13., neu bearbeitete Auflage, C.H.Beck, 2017. S. 323.

там, где речь идет о вопросах, касающихся одновременно всех и каждого (например, экология) – в этих случаях и при таких ситуациях публичный интерес выступает импульсом для публичного управления, приводя его в постоянное движение. Но вместе с тем публичный интерес и «связывает» публичное управление. «При упорядоченном государственном устройстве субъекты публичного управления должны придерживаться публичных интересов, выраженных и установленных в Конституции (например, положениями о целях государства), в законах (в их мотивах и в целях регулирования), в уставах или иных обязательных документах, соблюдать и реализовывать их»¹.

Справедливым является утверждение и о том, что реализация публичного интереса выступает условием реализации частных интересов. Например, условием реализации интереса по получению конкретным гражданином высшего профессионального образования является реализация публичного интереса по организации системы высшего профессионального образования. Условием реализации частного интереса – навещать родных, проживающих в ином населенном пункте, является организация транспортного сообщения².

Исходя из изложенного, можно сделать промежуточный вывод, который сводится к тому, что эффективное обеспечение публичных интересов придает легитимность государству. Те государства, которые извлекают ресурсы из своего населения, не обеспечивая его необходимыми благами, вынуждены применять силу в процессе осуществления публичного управления, и даже в этом случае затруднительным является создание стабильных институций³.

При этом важно понимать, что публичный интерес в сфере публичного управления может выполнять и иную роль. Там и тогда, когда ставится вопрос об ограничении прав и свобод человека,

¹ Wolff / Bachof / Stober / Kluth, Verwaltungsrecht: Band I, 13., neu bearbeitete Auflage, C.H.Beck, 2017, s. 327.

² См.: Шарнина Л.А. Частные и публичные интересы в конституционном праве. С. 5.

³ См.: Аристов Е.В. Общественные блага: концепция и конституционно-правовая характеристика // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. Вып. 32. С. 152.

мы обращаемся к публичному интересу. Иными словами, основанием для ограничения прав и свобод человека может быть необходимость обеспечить (гарантировать, защитить, восстановить и т.п.) публичный интерес.

1.5.8. Публичный интерес как основание ограничения прав человека

В определенных ситуациях права, свободы частного лица могут быть ограничены государством. Это является допустимым лишь для обеспечения (гарантирования, защиты, восстановления и т.п.) благ более высокого порядка, т.е. **публичного интереса**. «Поскольку в публичном интересе заключается общее благо, обладание которым ценно для каждого индивида, ограничение прав и свобод личности вполне возможно исходя из публичных интересов... Ограничение права производится не в пользу какого-то лица, а в пользу общего блага, значит, и блага лица, права которого ограничиваются»¹.

ПРИМЕР

В статье 32 Конституции РК закреплено: граждане Республики Казахстан вправе мирно и без оружия собираться, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование. Пользование этим правом может **ограничиваться законом в интересах** (выделено мной. – *Р.М.*) государственной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья, защиты прав и свобод других лиц.

Признавая возможным и допустимым ограничение прав и свобод человека с целью обеспечения (гарантирования, защиты, восстановления и т.п.) публичного интереса, необходимо, однако, отметить, что это основание не является безапелляционным. Права и свободы человека могут быть ограничены со ссылкой на необходимость обеспечения публичного интереса при одновременном выполнении двух условий:

1) цель, для достижения которой ограничиваются права и свободы человека, должна быть легитимна. Цель будет счи-

¹ Шарнина Л.А. Частные и публичные интересы в конституционном праве. С. 5.

таться легитимной при условии, что она разрешена (допускается) Конституцией РК, а также законами РК и/или вытекает из их положений;

2) отсутствие прямого конституционного запрета на совершение действий (решений), направленных на достижение той или иной цели¹.

ПРИМЕР

В ч. 1 ст. 17 Конституции РК определено, что достоинство человека неприкосновенно. Это означает, что ни при каких условиях государство (должностные лица) не имеют права совершать действия, нарушающие достоинство человека. Таким образом, не допускается ограничение прав или свобод человека с целью обеспечения публичного интереса, если это может привести к нарушению неприкосновенности достоинства человека.

Достаточно ярко сформулированный вывод продемонстрирован в решении Федерального Конституционного суда Германии по делу о проверке конституционности закона об авиационной безопасности. Конституционный суд, проверил на предмет соответствия Основному закону абз. 3 ст. 14 Закона об авиационной безопасности, дающего право вооруженным силам сбивать пассажирские воздушные суда, используемые в качестве орудий преступления против жизни людей, и признал его неконституционным. «Положения абз. 3 ст. 14 Закона об авиационной безопасности также не совместимы с правом на жизнь (предл. 1 абз. 2 ст. 2 Основного закона) во взаимосвязи с гарантией уважения достоинства личности (абз. 1 ст. 1 Основного закона), если применение вооруженных сил затрагивает невиновных в преступлении лиц, находящихся на борту воздушного судна. Подверженные такому воздействию пассажиры и члены экипажа находятся в безвыходной ситуации. Они не могут сами, независимо от других, повлиять на свои жизненные обстоятельства. Данный факт превращает их в объект не только преступников. И государство, которое в такой ситуации прибегает к использованию вооруженных сил в соответствии с абз. 3 ст. 14 Закона об авиационной безопасности, превращает их в объект своей спасательной операции для защиты других людей. Такое обращение пренебрегает достоинством и неотъемлемыми правами затронутых лиц как субъектов. Использование их уничтожения в качестве средства для спасения других превращает их в предмет и лишает их прав, поскольку государство в одностороннем порядке распоряжается их жизнями, [тогда как они], будучи жертвами, сами нуждаются в защите; им отказывают в человеческой ценности, которой они обладают сами по себе»².

Следует также отметить, что ограничение прав и свобод человека, в том числе в связи с необходимостью обеспечения пу-

¹ См.: Шлинк Б. Баланс и пропорциональность // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2 (87). С. 60.

² Швабе Ю., Гайслер Т. Избранные решения Федерального Конституционного суда Германии. М.: Инфотропик-медиа, 2018. С. 48.

бличного интереса, должно быть осуществлено с соблюдением принципа **соразмерности**¹.

Обобщение к главе 1 **«Публичное управление»**

1. Категории «публичное управление» и «публичное администрирование» являются синонимами, а значит, могут использоваться как взаимозаменяемые. Государственное управление является частью (элементом) публичного управления наряду с муниципальным и делегированным управлением.

2. Публичное управление:

- не охватывает деятельность, которая реализуется юридическими лицами, преследующими извлечение дохода в качестве основной цели своей деятельности (коммерческие организации), или общественными объединениями. Данный вид деятельности представляет собой частное управление;*

- осуществляется во имя других лиц, а не в интересах субъекта управления;*

- ориентируется на утверждение и обеспечение прав и свобод человека;*

- это форма деятельности тех органов публичной власти, которые по своей сути являются исполнительными, т.е. не относятся ни к органам законодательной власти, ни к органам судебной власти;*

- может осуществляться также и субъектами делегированных полномочий, т.е. частными лицами, получившими право (временно) реализовывать отдельные административные полномочия;*

- имеет внешнюю направленность, т.е. осуществляется за пределами соответствующего органа (субъекта публичного управления);*

- всегда направлено в будущее;*

- связано с осуществлением публичных управленческих функций;*

¹ Детальнее о принципе соразмерности см. подраздел 4.4.4.

• необходимо отделять от политики. Это принципиально разные виды социальной деятельности.

3. Под публичным управлением следует понимать форму деятельности разветвленной системы субъектов, осуществляющих управленческие (исполнительные) функции, направленные на применение законов, подзаконных актов и реализацию политических решений, с целью утверждения и обеспечения прав и свобод человека и гражданина.

4. В осуществлении публичного управления в обязательном порядке участвуют субъекты, которые реализуют публичные управленческие функции, или субъекты публичного управления.

5. Категорию «субъект публичного управления» следует рассматривать не с институциональной, а с функциональной точки зрения. Иными словами, определяющим для отнесения того или иного органа (лица) к кругу субъектов публичного управления является не его место в системе публичной власти, а функции, которые он выполняет.

6. Необходимо различать три основные формы публичного управления:

- обременяющее публичное управление – связано с ограничением прав, свобод и законных интересов частного лица и проявляется в возложении на него обязанностей, запретов и ограничений;
- благоприятствующее публичное управление – направлено на помощь (содействие) частным лицам в реализации предоставленных им прав, свобод и удовлетворении законных интересов;
- обеспечительное публичное управление – связано с обеспечением нормального (полноценного) существования частных лиц (газо- и водоснабжение, транспорт и т.п.).

7. Субъекты публичного управления наряду с реализацией административных полномочий могут заниматься и хозяйственной деятельностью, получая от ее осуществления прибыль. Такая деятельность, хотя и осуществляется субъектом публичного управления, не приобретает признаков публичного управления. Правовой основой для ее реализации являются преимущественно нормы частного права.

8. Субъекты публичного управления при осуществлении хозяйственной деятельности обязаны:

- *соблюдать, не нарушать и гарантировать конституционные права и свободы человека и гражданина;*
- *гарантировать реализацию принципа равенства конституционных прав и свобод и принципа равенства перед законом;*
- *выбирать прежде всего административно-правовые инструменты деятельности, если закон этого требует, или если этого требуют общие принципы деятельности субъектов публичного управления;*
- *избегать ситуаций, которые, прежде всего в сфере обеспечения публичного управления, приводили бы к неправомерному получению субъектами его осуществления денежных поступлений (например, установление чрезмерной (необоснованно высокой) стоимости проезда в общественном транспорте);*
- *избегать ситуаций, при которых (в отдельных сферах) субъекты публичного управления действовали бы по отношению к частным лицам исключительно посредством частноправовых инструментов (неправомерное сужение сферы публичного управления)¹.*

9. Публичным интересом может быть лишь тот интерес, который в одинаковой мере значим и важен для всех в целом и для каждого в отдельности. Иными словами, публичный интерес представляет собой ценность высшего порядка, приоритет которой по отношению к иным ценностям, в том числе и личным, индивидуальным, является часто безоговорочным. В связи с этим публичный интерес может быть основанием для ограничения государством прав, свобод частного лица. Однако ограничение прав и свобод человека на основании публичного интереса не является безапелляционным; при этом должен быть соблюден ряд условий.

¹ См.: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre von Dr. Hans Peter Bull, Dr. Veith Mehde. 7., völlig neu bearbeitete Auflage. C.F.Müller Verlag, 2005. S. 117–119.

ГЛАВА 2

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО – ЮРИДИЧЕСКАЯ ОСНОВА РЕАЛИЗАЦИИ ПУБЛИЧНОГО УПРАВЛЕНИЯ

2.1. Понятие и предмет регулирования административного права

2.1.1. Понятие административного права

Административное право или **право публичного управления** регулирует деятельность отдельной группы субъектов публичной власти – субъектов публичного управления, направленную на применение законов, подзаконных актов и политических решений, с целью выполнения публичных функций, направленных в первую очередь на утверждение и обеспечение прав и свобод человека и гражданина. Контрагентом субъектов публичного управления в подавляющем большинстве случаев являются **частные лица** – граждане РК, иностранцы, коммерческие организации и т. д. При этом надо отметить, что административное право может регулировать и отношения между двумя или большим количеством субъектов публично-го управления (без участия в таких отношениях частных лиц).

Характеризуя **административное право**, немецкие авторы пишут: «административное право – это, прежде всего, представление о порядке: административное право упорядочивает и гарантирует возможности органов исполнительной власти касательно выполнения законов и решения проблем. Оно наделяет органы исполнительной власти способностью выполнять свои задачи эффективно, грамотно и в согласовании с законом, устанавливая формы совершения действий исполнительной власти, а также регламентирует организацию структуры и организацию хода процедуры. Это – одна сторона вопроса. Вместе с тем административное право не только дает органам исполнительной власти способность выполнять свои задачи, но и ограничивает их по мере необходимости. Это – другая сторона. Административное право должно обеспечить то, чтобы органы исполнительной власти действовали в соответствии с законом, т.е. соблюдали Конституцию и законы и претворили в жизнь установки законодателя и правительства»¹.

¹ Брокер Л. Инквизиционный принцип в административном праве (административная процедура и административный процесс) // Вестник законодательства Республики Казахстан. 2017. № 4 (49). С. 28.

2.1.2. Предмет административного права¹

Предмет административного права обсуждается на страницах научной и учебной литературы довольно часто², однако до сих пор ученые не пришли к однозначному выводу относительно такого его понимания, которое в полной мере соответствовало бы запросам правоприменительной практики. Речь идет, собственно говоря, о запросах административного судопроизводства, которое ждет от административно-правовой доктрины четких и понятных ответов на вопросы о границах юрисдикции административных судов. А это возможно только после точного выяснения предмета административного права.

Правильное и полное определение предмета административного права является важным и для подготовки будущих юристов, поскольку они должны изучать только те нормы и институты, которые являются действительно административно-правовыми. В учебной литературе по административному праву часто, к сожалению, рассматриваются вопросы, которые не имеют прямой связи с административным правом и его предметом, что приводит к размыванию точного понимания сущности и назначения данной отрасли права в современном демократическом, правовом и социальном государстве.

Бесспорно, предмет административного права влияет на объем и направления профессиональных научных исследований. К примеру, иногда именно нечеткость определения предмета административного права порождает полемику среди ученых относительно того, может ли определенная диссертация быть защищена по соответствующей научной специальности.

¹ См.: Мельник Р.С. Предмет адміністративного права // Право України. 2018. № 3. С. 159–182.

² См.: Бойко І. До питання про предмет адміністративного права // Адміністративне право і процес. 2016. № 1. С. 5; Стеценко С. Сучасний погляд на предмет адміністративного права // Публічне право. 2016. № 1. С. 20; Курінний Є. Об'єкт та предмет українського адміністративного права: змістовна та аксіологічна сутність категорій // Публічне право. 2016. № 1. С. 43; Подопрігора Р.А. Административное право как отрасль публичного права. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35626029; Кононов П. И. Предмет административного права: новый взгляд на проблему // Вестник ВятГУ. 2006. № 15. С. 57; Громов Р. М. Понятие административного права // Молодой ученый. 2016. № 17 (121). С. 193, и др.

Итак, правильное и однозначное понимание предмета административного права, определение объемов регулирования являются залогом дальнейшего развития данной отрасли права, причем как на уровне теории, так и на уровне практики.

Современное административное право выполняет те задачи, которые были не известны этой отрасли права на предыдущем историческом отрезке развития нашей правовой системы. **Концепция человекоцентризма**, ориентация на современные стандарты в сфере прав человека, принцип правового государства – это лишь часть юридических явлений и категорий, которые определяют цель административного права, влияют на внутреннюю структуру и формируют предмет его регулирования. Поэтому следующие шаги на пути дальнейшего совершенствования теоретического арсенала административного права, как справедливо отмечает Е. Куренной, требуют использования нестандартных, оригинальных подходов, научной креативности и соответствующих им интеллектуальных прорывов¹. Это и должно стать основанием для обновления понимания предмета административного права.

Осмысливая предмет административного права, ученые единодушно отмечают, что его (предмет) образуют соответствующие группы общественных отношений, т.е. делается вывод, что административное право (нормы административного права) могут регулировать исключительно общественные отношения, которые возникают как минимум между двумя субъектами права. Мы все так привыкли к этой идее, что даже не сомневаемся в ее достоверности и обоснованности, воспринимаем как аксиому.

Однако подобный подход к пониманию предмета административного права представляется в некоторой степени узким (неполным), так как оставляет за рамками предмета данной отрасли права большое количество правовых явлений, требующих регулирования именно нормами административного права.

В этом плане стоит поддержать И.В. Бойко, которая справедливо отмечает, что «нормы права могут закреплять также полномочия субъектов, осуществляющих властные управленческие функции. Например, ряд законов

¹ См.: Курінний Є. Об'єкт та предмет українського адміністративного права: змістовна та аксіологічна сутність категорій // Публічне право. 2016. № 1. С. 43.

обязывает органы, осуществляющие функции публичного управления, принимать подзаконные акты нормативного правового характера ... Выполняя предписания законодательных актов, уполномоченные органы осуществляют определенные действия, имеющие односторонний характер и заключающиеся в выполнении возложенных на орган обязанностей. Считаем, что при этом субъекты правотворчества не вступают в общественные отношения с другими субъектами права. Они только выполняют предусмотренные законодательством полномочия по определенным правилам ... Таким образом, можно утверждать, что деятельность как совокупность активных действий по реализации полномочия осуществляется как в правоотношениях, так и вне их... Это означает, что общественные отношения, являющиеся предметом отрасли права, могут существовать как в форме правоотношений, так и в виде деятельности уполномоченных субъектов, физических и юридических лиц»¹.

Это утверждение И.В. Бойко в полной мере согласуется с высказанными мною ранее соображениями о необходимости расширения предмета административного права за счет отношений «усеченного» вида, которые формируются в сфере управления объектами публичной собственности², т.е. **публичным имуществом**. Данное направление административной деятельности является особенным, поскольку воздействие со стороны субъектов публичного управления направляется не на частных лиц, не на иных субъектов публичной власти, а именно на имущество, т.е. на объекты материального мира. В рамках данных отношений происходит решение юридической судьбы таких объектов (например, передача в аренду, обеспечение доступа к ним частных лиц, уничтожение, приватизация и т.д.), что сопровождается изданием соответствующего юридического акта уполномоченным субъектом публичного управления.

В современных условиях развития права и государства **предмет административного права** формируется из следующих элементов.

I. Отношения, возникающие во время непосредственной реализации власти Казахстанским народом

В Конституции РК (ч. 1, 2 ст. 3) закреплено, что «Единственным источником государственной власти является народ. Народ осуществляет власть непосредственно...». Очевидно, что такая непосредственная реализации власти казахстанским народом не может осуществляться в неправовых формах, поскольку это

¹ Бойко И. До питання про предмет адміністративного права. С. 5.

² См.: Мельник Р., Бевзенко В. Загальне адміністративне право: навч. посіб. Баїте, 2014. С. 58.

непрерывно приведет к формированию охлократии (др.-греч. οχλοκρατία (лат. Ochlocratia), от ὄχλος – толпа и κρατία – власть) – вырожденной формы демократии, основанной на меняющихся прихотях толпы¹. Средством обеспечения безопасности от возникновения такой ситуации, с одной стороны, и средством реализации процитированного конституционного положения – с другой может быть только совершенное правовое регулирование, которое в этой сфере должно осуществляться с помощью норм административного права.

Формами непосредственной реализации власти народа являются: мирные собрания, общественные слушания, общественный контроль, запросы на доступ к информации и т.п. Отношения, возникающие в этой сфере, с очевидностью являются административно-правовыми, поскольку: 1) их участником является не отдельный человек, а народ, который реализует один из видов публичной власти – власть Казахстанского народа; 2) побудительным фактором для непосредственной реализации власти народом будет публичный интерес, связанный, например, с защитой демократического устройства, соблюдением прав человека представителями государственной власти, противодействием узурпации власти и тому подобное; 3) контрагентом в таких отношениях в большинстве случаев будут органы государственной власти или органы местного самоуправления.

II. Отношения, возникающие в процессе реализации (применения) инструментов публичного управления², адресатом которых является частное лицо

Субъекты публичного управления располагают большим арсеналом инструментов, используя которые, они могут выполнять возложенные на них публичные функции, в том числе связанные с регулированием жизнедеятельности частных лиц. К таким инструментам относятся: нормативные правовые акты, административ-

¹ URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9E%D1%85%D0%BB%D0%BE%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%82%D1%96%D1%8F>

² Подробнее об инструментах публичного управления см. в гл. 6.

ные акты, административные договоры, планы, административные действия. Отношения, возникающие при применении названных инструментов, по своей природе являются административно-правовыми, а потому составляют предмет административного права.

ВНИМАНИЕ!

Если субъект публичного управления выполняет возложенные на него функции не с использованием административно-правовых инструментов, а посредством инструментов частного права (например гражданско-правовых договоров), то отношения, которые возникают между ним и частным лицом, не будут административно-правовыми и, следовательно, не будут входить в предмет административного права.

III. Отношения, возникающие между субъектом публичного управления и другим субъектом публичной власти

Публичное управление, будучи чрезвычайно объемной по своему содержанию сферой, предусматривает взаимодействие субъектов его осуществления не только с частными лицами, но и с другими представителями публичной власти. Так, например, отношения между маслихатом и акиматом по поводу реализации возложенных на них полномочий тоже будут регулироваться нормами административного права.

Необходимо отметить, что полнота административно-правового регулирования таких отношений также должна быть чрезвычайно высокой, поскольку, как справедливо писал в свое время профессор А. И. Елистратов, усмотрение, удобно обосновавшееся во взаимоотношениях между правящими, неизбежно превратится в источник произвола для населения¹.

IV. Отношения, возникающие в рамках внутри-организационной деятельности органа публичной власти

Вопросы организации функционирования органа публичной власти, распределения компетенции между его структурными

¹ См.: *Елистратов А.И.* Основные начала административного права М., 1914. С. 42.

подразделениями, предоставления полномочий и т.д. — определяются нормами административного права, которые могут быть объединены в рамках **внутриорганизационного права**.

ВНИМАНИЕ!

АПК наряду с регулирование административных процедур и административного судопроизводства регулирует также и порядок осуществления **внутренних административных процедур** (ст. 36–61), под которыми понимается единоличная распорядительная деятельность должностного лица или деятельность коллегиального государственного органа, связанная с вопросами организации государственного органа, внутреннего порядка рассмотрения, прохождения служебных документов и внутреннего контроля за их исполнением, процедуры, регламентирующие информационный обмен между государственными органами, их структурными и территориальными подразделениями и должностными лицами, а также осуществление передачи государственных функций в конкурентную среду.

Нормы, регулирующие порядок осуществления внутренних административных процедур, собственно говоря, и образуют **внутриорганизационное право**.

При этом необходимо подчеркнуть, что речь идет только о тех отношениях, которые возникают во внутриорганизационной деятельности не любого субъекта права, а лишь того, который имеет статус **органа публичной власти**, причем независимо от того, идет ли речь об органе исполнительной или законодательной власти или об органе власти, который не относится к одной из трех ветвей власти (например, Национальный Банк РК). Иначе говоря, нормы административного права «обслуживают» внутриорганизационную деятельность абсолютно всех органов публичной власти.

V. Отношения, возникающие между субъектом публичного управления и «особо подчиненными лицами» по поводу изменения их правового статуса (увольнение, наказание, установление ограничений и т.д.)

Полезным для понимания административно-правовой природы данной группы общественных отношений представляется европейский опыт соответствующего правового регулирования. Так, Административно-процессуальный кодекс Латвии предус-

матривает, что в случаях, когда в отношении **особо подчиненных административному учреждению лиц**, т.е. тех, кто больше других подлежит правилам внутреннего распорядка (государственные служащие, военнослужащие, судьи, студенты, школьники, пользователи общественных учреждений (библиотек, музеев и т.п.)), принимаются распоряжения (указания), которые влекут установление, изменение или прекращение их правового статуса, имеют место административно-правовые отношения. Такие решения считаются административными актами, поскольку они существенно затрагивают права и законные интересы соответствующих лиц. Это означает, что данные решения не только влияют на соответствующее лицо как на работника учреждения, лицо, особо подчиненное учреждению или как на личность, но и имеют внешнее воздействие¹.

ПРИМЕР

Сформулированный выше вывод является чрезвычайно важным в контексте ответа на вопрос, который в свое время был поставлен Высшим административным судом Украины перед членами научно-консультативного совета: распространяется ли юрисдикция административных судов на споры по обжалованию действий должностных лиц исправительной колонии, связанных с открытием и прочтением адресованной осужденному корреспонденции? Чтобы дать правильный ответ на этот вопрос, необходимо прежде всего выяснить правовую природу отношений, возникающих между должностным лицом исправительной колонии и осужденным. И если такие отношения являются административно-правовыми (входят в предмет административного права), то такие дела должны рассматриваться по правилам административного судопроизводства. На определение правовой природы названных отношений не влияет тот факт, что лицо отбывает наказание за преступление, т.е. раньше было участником уголовно-правовых и уголовно-процессуальных отношений, ведь последние закончились в момент вступления судебного решения в законную силу. С момента пребывания в исправительной колонии осужденный «находится в особом подчинении» субъекта публичного управления (администрации колонии), который своими действиями ограничивает правовой статус частного лица (осужденного), вмешиваясь в его конституционное право на тайну корреспонденции. Такие отношения, учитывая изложенное, необходимо признать административно-правовыми, включив их в предмет административного права. Защита права частного лица, нарушенного в рамках этих отношений, должна осуществляться по правилам административного судопроизводства.

¹ См.: *Коре-Перконе К.* Признаки административного акта: в понимании Административно-процессуального закона Латвии и практики судов // Ежегодник публичного права 2016: Административный акт. М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. 51.

VI. Отношения, связанные с управлением объектами публичной собственности (публичным имуществом)

В распоряжении субъектов публичного управления находится большое количество различных объектов публичной собственности (публичного имущества), управление которыми регулируется нормами административного права. В этой сфере возникают так называемые **усеченные административно-правовые отношения**. Публичное имущество состоит из: 1) публичных вещей общего пользования (природные объекты общего пользования, дороги общего пользования, площади, мосты и т.п.); 2) публичных вещей специального пользования (водные ресурсы для специального использования); 3) публичных вещей, находящихся в распоряжении субъектов публичного управления (учебные заведения, музеи, больницы и т.п.); 4) служебного имущества (служебные здания, оружие работника полиции и т.д.); 5) финансовых средств (бюджетные средства, деньги и т.п.); 6) корпоративных прав государства, органов местного самоуправления; 7) публичной информации¹.

ПРИМЕР

В соответствии со ст. 7 Закона РК «О государственном имуществе»² в зависимости от вида государственного имущества управление государственным имуществом осуществляет Республика Казахстан или административно-территориальная единица Республики Казахстан. От имени Республики Казахстан Правительство Республики Казахстан организует управление государственным имуществом и управляет республиканским имуществом. От имени административно-территориальной единицы области, города республиканского значения, столицы, района, города областного значения управление коммунальным имуществом осуществляется местным исполнительным органом.

В процессе управления государственным имуществом принимаются различные решения. Например, о передаче государственного имущества из одного уровня местного государственного управления коммунальным имуществом в другой.

Отношения, возникающие в процессе реализации указанных полномочий (решений), являются административно-правовыми и входят в предмет административного права.

¹ См.: 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособие / под ред. Р.С. Мельника. С. 223–225.

² См.: О государственном имуществе: закон Республики Казахстан от 1 марта 2011 г. № 413-IV // Ведомости Парламента РК. 2011. № 5 (2582). Ст. 42.

VII. Отношения, связанные с материальной ответственностью субъекта публичного управления за вред, причиненный частному лицу решением (действием)

Данный вид общественных отношений в контексте предмета административного права нельзя назвать совершенно новым, он подвергался соответствующему анализу еще в трудах А. И. Елистратова (1914 г.), А. Ф. Евтихиева (1925 г.), М. П. Карадже-Искрова (1936 г.) и др. Рассматривая материальную ответственность представителей власти, ученые утверждали, что этот институт должен регулироваться нормами именно административного права. Однако должного признания и закрепления в советской доктрине и практике нормативного регулирования эта теория не получила, поскольку она не согласовывалась с концепцией тоталитарного государства, в котором исключалась ответственность власти перед частным лицом.

Необходимость урегулирования отношений, связанных с материальной ответственностью субъектов публичного управления за вред, причиненный частному лицу решением (действием), нормами административного права, обуславливается необходимостью полной реализации и эффективной защиты прав частных лиц в сфере публичного управления.

Следует отметить, что далеко не во всех постсоветских странах на сегодняшний день созданы необходимые нормативные основы для института материальной ответственности субъектов публичного управления, тогда как в западноевропейских государствах он давно занял прочное место в системе Общего административного права¹. Его публично-правовая природа также поддерживается и на нормативном (официальном) уровне². По мнению европейских авторов, нормы административного права в этой сфере более эффективно, чем нормы гражданского, будут содействовать тому, чтобы пострадавшее лицо не осталось ни с чем из-за возможного отсутствия имущества у чиновника, который нанес вред; ведь государство всегда способно нести ответственность. Кроме того, такой особый (административный) порядок матери-

¹ См.: *Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht. S. 355-460.*

² См.: Рекомендация R(84)15 Комитету Министров государств-членов касательно публично-правовой ответственности за причиненный вред: принята Комитетом Министров 11 сентября 1984 года на 375-м совещании заместителей министров // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_126

альной ответственности служит и интересам чиновника, потому что последний ничем не рискует в случае возникновения обязательной личной ответственности; следовательно, боязнь материальной ответственности за неправильное решение не будет вызывать его служебную инициативу¹. При этом следует отметить, что данный институт не является исключительно административно-правовым, поскольку в нем одновременно «работают» как нормы административного, так и нормы частного (гражданского) права, дополняя друг друга.

Тенденции к признанию административно-правовой природы отношений, связанных с возмещением убытков, причиненных субъектом публичного управления (административным органом), административным актом, административным действием (бездействием), проявились в положениях АППК, который (ч. 3 ст. 107) разрешил заявлять требование о возмещении таких убытков в рамках административного судопроизводства, предметом которого, как известно, являются споры, вытекающие из публично-правовых отношений. Таким образом, отношения, связанные с возмещением убытков, причиненных субъектом публичного управления (административным органом), являются подвидом публично-правовых (административных) отношений.

VIII. Регулирование административных действий²

Субъекты публичного управления при выполнении возложенных на них полномочий совершают (осуществляют) различные административные действия, которые не вызывают юридических последствий, в том числе и для частных лиц, поэтому в данном случае не возникает и никаких правоотношений. Административные действия, таким образом, вызывают только фактические (реальные), а не юридические последствия. В данном случае речь идет, например, о патрулировании улиц полицией; информировании населения о распространении инфекционной болезни и т.п. Однако подобные административные действия не могут осуществляться в произвольном (внеправовом) порядке, поскольку

¹ См.: Демкова М. С., Коба С. С., Лавриненко І. О., Український Д. Я. Відшкодування в позасудовому порядку шкоди, завданої державою або органами влади. Київ: Конус-Ю, 2007. С. 39–44.

² Детальнее об административных действиях см. подраздел 6.7.

это противоречило бы ч. 4 ст. 3 Конституции РК, которая требует, чтобы государственная власть, т.е. любые действия и решения органов и должностных лиц, представляющих государство, осуществлялась на основе Конституции и законов. Изложенное обуславливает необходимость регулирования административных действий нормами административного права, а следовательно, и включение этого института в предмет данной отрасли права.

IX. Регулирование юридического статуса субъектов административно-правовых отношений

Речь идет о той части норм административного права, которые закрепляют за субъектами публичного управления полномочия и предоставляют частным лицам права и/или возлагают на них обязанности административно-правового характера, которыми они могут и не воспользоваться (не выполнить) или выполнять их без вступления в правоотношения с другими субъектами. Однако регулирование (закрепление) юридического статуса является важным и необходимым для потенциального возникновения правоотношений, поэтому он (статус) должен найти закрепление в нормах административного права.

2.2. Назначение административного права

Первостепенное назначение административного права состоит в создании правовых условий для утверждения и обеспечения прав и свобод человека и гражданина субъектами публичного управления. Это прямо вытекает из положения ч. 1 ст. 1 Конституции РК, где сказано, что высшими ценностями государства являются человек, его жизнь, права и свободы.

В отличие от других отраслей казахстанского права, назначение административного права зависит от большого количества факторов, в частности: формы государственного правления, формы государственного устройства, состояния развития демократии, политической ситуации, складывающейся в обществе и т. п.

Таким образом, назначение и соответственно приоритеты административного права в регулировании общественных отношений могут время от времени меняться, что влечет за собой изменение внутреннего наполнения этой отрасли права.

ВНИМАНИЕ!

По мнению европейских авторов, в настоящее время можно выделить большое количество факторов, которые будут влиять на обновление задач и содержания административного права, в частности:

- возникновение новых форм сотрудничества между субъектами публичного управления и частными лицами (неформальные административные действия, обсуждения процедур, обсуждение планов), а с ними и нового правового образования – **права административной кооперации**;

- интенсификация вовлечения граждан в процессы планирования и реализации масштабных проектов;

- изменение демографической ситуации;

- обновление субъективного правового положения частных лиц в сфере публичного управления (право на надлежащее управление, право на доступ к административной информации, обеспечение равных прав женщины и мужчины и т.п.);

- развитие новых, административно релевантных отраслей (социальные медиа, защита персональных данных, информатизация, геномная инженерия и т.п.);

- делегирование публичных полномочий частным субъектам;

- экономическая деятельность субъектов публичного управления;

- государственные монополии;

- развитие системы качества в сфере публичного управления и т.п.¹.

Наряду с изложенным для современного публичного (административного) права характерны еще и следующие **два процесса**, которые неизменно повлекут за собой изменения в его содержании (наполнение новыми нормами и институтами, отмена действующих норм). **Первый** – «публицизация» частного права, а именно проникновение публичного (административного) права в область частного, в результате чего в частном праве становится все больше императивных норм. Публичное (административное) право теперь не просто гарантирует применение частного права, оно ограничивает и контролирует виды экономической деятельности, предписывает обязательные виды договоров, ограничивает право собственности. В широком смысле это называется «социализацией» права. Возникает так называемое социальное право, в котором публичные и частные элементы тесно переплетены (образование, здравоохранение, пенсионное обеспечение). **Второй** процесс – «цивилизация» или «приватизация» публичного (административного) права: расширяющееся регулирование нормами частного права отношений с участием властных субъектов. Публичное (административное) право активно заимствует частноправовые институты и конструкции, используя их в экономике и в непосредственном государственном управлении. Проведение

¹ Wolff/Bachof/Stober/Kluth Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, C.H.Beck, 2017. S. 116–117.

административной реформы, появление в публичном (административном) праве государственных и муниципальных услуг – это не просто внешний атрибут, а новая сущность государства, которое отказывается от исключительно традиционных властных методов, используя договорные¹.

Сейчас Казахстан находится на стадии стабилизации демократических процессов, которые должны обеспечить становление его как социального и правового государства, в котором признается принцип верховенства права и гарантируются все без исключения основные права и свободы граждан. Указанное во многом достигается за счет административного права и его норм².

Достаточно точно по поводу назначения административного права в 1917 г. высказался профессор А. И. Елистратов, отметив, что административное право защищает личность от чрезмерного, не совместимого с условиями ее свободного развития государственного вторжения³.

2.3. Задачи административного права

Учитывая назначение административного права, можно утверждать, что его **задачи** состоят в:

- конкретизации, прежде всего, конституционных прав и свобод частных лиц, которые могут быть реализованы ими в сфере публичного управления;
- формировании совершенных механизмов реализации прав и свобод человека и гражданина в сфере публичного управления;
- унификации и закреплении на законодательном уровне процедур деятельности субъектов публичного управления;
- вовлечении частных лиц в процессы стратегического планирования в сфере публичного управления;
- оптимизации механизмов взаимодействия и контроля институтов гражданского общества за деятельностью субъектов публичного управления;

¹ См.: Яковлев В.Ф., Талапина Э.В. Роль публичного и частного права в регулировании экономики // Журнал российского права. 2012. № 2. С. 12.

² См. также: Подопригора Р.А. Правозащитная роль административного права // Зангер. 2017. № 5. С. 8–10.

³ См.: Елистратов А. И. Основные начала административного права. М.: Г.А. Леман и С.И. Сахаров, 1917. С. 129.

- совершенствовании института юридической ответственности субъектов публичного управления.

Необходимо отметить, что перечень задач, решаемых с помощью административного права, не является неизменным. Он зависит от развития казахстанского законодательства, уровня эффективности функционирования органов публичной власти, повышения правосознания населения страны.

2.4. Концепция «человекоцентричности» и ее влияние на задачи и содержание административного права

В специальной литературе все чаще обсуждается идеология, согласно которой государство должно служить интересам граждан, т.е. действовать во имя и для частных лиц путем всестороннего обеспечения приоритета их прав, свобод и интересов в публичной сфере¹. Кроме того, и это главное, в последнее время **человекоцентричность** получила признание на уровне власти. Все чаще от политиков и чиновников², судей и депутатов можно услышать призывы к ориентации государства в процессе его функционирования на человека, гражданина, на их запросы и ожидания.

ПРИМЕР

Указом Президента Республики Казахстан от 26 февраля 2021 г. № 522 была утверждена Концепция развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года: построение «человекоцентричной модели – «Люди прежде всего», в которой зафиксировано следующее положение: «Переход от «бюрократической» модели отношения государства и общества к проактивной, сервисной и отзывчивой к запросам граждан форме управления должен стать основной целью для государственных органов. Тем самым население получит возможность быть

¹ См.: *Аверьянов В. Б.* Обновление украинской административно-правовой доктрины на основе принципа верховенства права // Часопис Київського університету права. 2008. № 3. С. 9–14.

² См.: «Человекоцентричность – фундаментальная ценность реформ». URL: <https://zonakz.net/2021/02/03/chelovekocentrchnost-fundamentalnaya-cennost-reform-ideologiya-stabilnosti-i-bezopasnosti-lezhit-v-osnove-rezhima-kogda-pod-etim-predlogom-gosudarstvo-pronikaet-pochti-vezde-za-pyat-let/>; Казахстан переходит на «человекоцентричную» модель государственного управления. Главные ценности – граждане и их благополучие. URL: <https://ortcom.kz/ru/novosti/210317-1>

услышанным и выбирать важные для себя решения, что, в свою очередь, повысит уровень доверия к государству и сформирует «человекоцентричное» государство»¹.

Однако в этом контексте целесообразно сделать некоторые уточнения и дополнения.

Во-первых, развивая положения о сущности и содержании упомянутой концепции, недостаточно сказать, что человекоцентричность обязывает государство служить интересам граждан, ведь такое служение, с одной стороны, может осуществляться в формах, которые не будут удовлетворять частных лиц; с другой – «служение» может существовать только на теоретическом уровне, что также недопустимо. Исходя из изложенного, можем сделать вывод, что человекоцентричность – это не только требование к государству «служить» личности, но и его обязанность. Более того, решать эту задачу оно должно в сроки и в порядке, определенных Конституцией и законами РК и в постоянной коммуникации с обществом.

Во-вторых, не совсем правильно было бы ограничивать сферу человекоцентричности только «публично-сервисной» составляющей деятельности субъектов публичного управления. Это объясняется тем, что названную концепцию необходимо рассматривать как универсальное требование к представителям публичной власти, а если так, то ни один вектор их функционирования (в том числе и принудительная деятельность) не может быть выведен за пределы данной концепции.

В-третьих, данная концепция не совпадает с предметом регулирования административного права. Она должна распространяться на все сферы публичного права. Иначе говоря, в пределах любой отрасли публичного права должна найти закрепление концепция человекоцентричности.

В-четвертых, основой данной концепции являются права и свободы человека, гражданина. Без их закрепления на нормативном и изучения на доктринальном уровне человекоцентричность останется только удобным лозунгом лжеборцов за идеи демократии и правового государства.

¹ Об утверждении Концепции развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года: указ Президента Республики Казахстан от 26 февраля 2021 г. № 522. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/U2100000522>

Таким образом, **задача концепции человекоцентричности** заключается в том, чтобы:

- обеспечить социально-правовую трансформацию общества и государства, результатом которой станет «преобразование» частных лиц в граждан, свободных личностей;
- освободить частных лиц от мысли о том, что они лишь «винтики» государственного механизма;
- способствовать активной разработке норм административного права, которые обязывали бы государство эффективно и последовательно служить интересам частных лиц;
- стать связующим звеном между принципом правового государства (верховенства права) и его реализацией на практике;
- воплотить в жизнь идею, сформулированную Франклином Делано Рузвельтом: «обязанность государства перед гражданином – это обязанность слуги перед хозяином».

Таким образом, **человекоцентричность** должна стать не просто доктринальной идеей, она должна превратиться в образ жизни казахстанского народа и безальтернативный принцип функционирования власти. В связи с этим, первоочередной, даже, можно сказать, приоритетной, задачей науки административного права следует признать изучение содержания каждого из прав (свобод) человека и гражданина, а также процедур их реализации в сфере публичного управления, что, в свою очередь, позволит наполнить административное право новыми нормами и институтами, которые, собственно, и обеспечат полную и эффективную реализацию данной концепции на практике¹.

¹ Детальной об этом см.: *Мельник Р.С.* Концепція людиноцентризму у сучасній доктрині адміністративного права // *Право України*. 2015. № 10. С. 157–165.

2.5. Разграничение административного и частного права

2.5.1. Необходимость разграничения

Нормы административного права регулируют огромное количество разнообразных общественных отношений, которые возникают, изменяются и прекращаются в сфере публичного управления. Однако субъекты публичного управления в процессе своей деятельности могут руководствоваться и нормами частного права, вступая, соответственно, в частноправовые отношения с физическими и юридическими лицами. В некоторых случаях правовая природа правоотношений, участниками которых является субъект публичного управления, нуждается в уточнении.

ПРИМЕР

1. Акимат закупает у частного предпринимателя К. канцелярские принадлежности, необходимые для работы должностных и служебных лиц исполнительного органа власти.

2. Аким города районного значения принимает решение о предоставлении права на земельный участок (путем заключения договора купли-продажи), находящийся в границах соответствующего города.

Вопрос: какова правовая природа (публичная или частная) правоотношений, возникающих по поводу 1) приобретения канцелярских принадлежностей и 2) предоставления права на земельный участок?

Четкий ответ на вопрос о правовой природе правоотношений, возникающих между субъектом публичного управления и частным лицом, имеет важное значение, что объясняется:

- необходимостью правильного определения юрисдикции (административной, экономической или гражданской) спора, который может возникнуть между субъектом публичного управления и частным лицом;
- различным порядком регулирования деятельности субъектов публичного управления: если речь идет об издании административных актов – применяется АППК; если о заключении гражданских договоров – ГК РК;
- существованием различных режимов ответственности субъектов публичного управления. Последние могут нести материальную ответственность за вред, причиненный лицам, или

в соответствии с положениями Гражданского кодекса РК, или на основании норм административного права;

- возможностью субъектов публичного управления заключать как частноправовые, так и административные договоры (последние, кстати, как раз и разрабатываются с учетом норм административного права);

- различным порядком принудительного исполнения решений субъектов публичного управления в зависимости от их правовой природы;

- необходимостью осуществления классификации норм права, например, в процессе проведения кодификации. Во время создания кодификационного акта необходимо понимать правовую природу соответствующей нормы для ее включения / не включения в тот или иной нормативный правовой акт¹.

На сегодняшний день в отечественной юридической науке отсутствует устоявшаяся **теория разграничения норм публичного (административного) и частного права**². Это связывается, на наш взгляд, с особенностями исторического развития отечественной юридической теории. В советское время на официальном уровне разделение права на частное и публичное отрицалось и не признавалось³. Отсутствие в СССР специализированных судов, в том числе административных, лишало такое разделение и практического смысла: не возникало вопроса о том, какому суду подведомственно то или иное дело.

Сегодня в литературе высказываются отдельные мнения по поводу критериев разграничения публичного (административного) и частного права⁴. Однако их практическая ценность невысо-

¹ См.: Allgemeines Verwaltungsrecht von Dr. Jörn Ipsen. 6., neue bearbeitete Auflage. Carl Heymanns Verlag, 2009. S. 2–4; Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht. S. 9–10.

² См.: *Маштаков К.М.* Генезис теорий разграничения публичного и частного права // *Философия права*. 2014. № 2 (63). С. 18–22.

³ См.: *Банчук О. А.* Публічне і приватне право: історія українських вчень та сучасність. Київ: Конус-Ю, 2008. С. 134–144; *Азми Д., Запольский С.* Роль частного и публичного права в строении права // *Annual Center Review*. 2018. No. 11. С. 24; *Яковлев В., Талатина Э.* Роль публичного и частного права в регулировании экономики // *Журнал российского права*. 2012. № 2. С. 5, 6.

⁴ См.: *Маштаков К.М.* Генезис теорий разграничения публичного и частного права // *Философия права*. 2014. № 2 (63). С. 18–22; *Сулейменов М.К.* Гражданское право в системе права. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30120944#pos=4;-118

ка, что связано, опять-таки, с тем, что предложенные отечественными авторами подходы не прошли проверку практикой административного судопроизводства.

Вместе с тем категорически не согласимся с теми авторами, которые считают, что отграничить публичное право от частного права невозможно¹. Более чем столетний опыт функционирования административных судов Германии, а также соответствующие немецкие правовые исследования, показывают, что такое разграничение должно и, главное, может быть проведено.

Принимая во внимание наработки европейских ученых-правоведов², можно предложить применять теории разграничения административного и частного права, которые будут представлены ниже. При этом следует отметить, что в практической деятельности не обязательно должны быть применены все теории одновременно. В зависимости от фактических обстоятельств того или иного дела применяется только определенная теория. Главное правило в связи с этим следующее: применять следует ту теорию, при помощи которой можно более четко и однозначно установить правовую природу юридической нормы или юридического спора. Конечно, это не исключает применения в случае необходимости и нескольких теорий одновременно.

2.5.2. Теория субординации³

Теория субординации применяется прежде всего в случаях, когда необходимо установить правовую природу действий субъекта публичного управления или юридического спора, возникшего между гражданином и государством. Для классификации нормативных предписаний она не применяется. Теория субординации ориентируется на (право) отношения, возникающие между их участниками. Эта теория применима фактически

¹ См.: Васильев А. В. Публичное и частное в праве // Право и государство: теория и практика. 2008. № 10. С. 9.

² См.: Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht; Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. München: Verlag C. H. Beck, 2004.

³ См.: Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht. S. 11–12.

лишь тогда, когда государство (орган) и гражданин противостоят друг другу.

Если между субъектом публичного управления и гражданином возникают отношения власти–подчинения, то соответствующие действия такого субъекта или административные акты, касающиеся этих отношений, имеют публично-правовую природу. Изложенное также применимо и в отношении споров о праве, касающихся этих отношений. В случае, если между государством и гражданином возникают отношения, в которых они взаимодействуют как равнозначные стороны, действия субъекта публичного управления или административные акты могут иметь частно-правовую природу. Хотя, конечно же, допустимы и исключения, связанные с тем, что «власть и подчинение» на сегодняшний день не являются обязательным признаком административно-правовых отношений.

ПРИМЕР

Сотрудник полиции приказывает водителю транспортного средства остановиться. Между сотрудником полиции и водителем возникают отношения власти–подчинения, поскольку гражданин не имеет права выбора в данной ситуации. Он обязан подчиниться. Невыполнение требований может стать основанием для привлечения гражданина к административной ответственности. Следовательно, требование об остановке транспортного средства является публично-правовым (административным) по своему содержанию.

Соответственно, публично-правовым (административным) будет и правовой спор, вытекающий из этих отношений.

Вместе с тем следует обратить внимание и на тот факт, что субъект публичного управления может быть участником публично-правовых (административных) отношений даже при отсутствии между ним и частным лицом отношений власти–подчинения¹.

ПРИМЕР

1. Предоставление частному лицу субсидии на возмещение расходов на оплату жилищно-коммунальных услуг.

2. Заключение между субъектом публичного управления и частным лицом административного договора.

¹ См.: *Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht.* S. 12.

Однако могут иметь место случаи, когда при наличии отношений власти–подчинения между частным лицом и субъектом публичного управления последний будет действовать в частно-правовой форме.

ПРИМЕР¹

Бездомный зашел зимой в помещение административного органа для того, чтобы погреться. Через некоторое время он начал грубо обращаться с другими гражданами, которые выражали недовольство его внешним видом. Руководитель административного органа, увидев это, приказал бездомному покинуть помещение. Требование должностного лица в этой ситуации является частноправовым, поскольку в данном случае он не выполнял по отношению к бездомному никаких управленческих функций. Однако это же требование носило бы публично-правовой (административный) характер, если бы бездомный обратился в этот административный орган с вопросом, отнесенным к его компетенции (например, получение документа), а ему приказали бы покинуть помещение².

Изложенное свидетельствует о том, что данная теория несовершенна и может быть использована далеко не во всех случаях, что и вызывает необходимость для определения правовой природы тех или иных правоотношений (споров) применять одновременно различные (другие) теории разграничения.

2.5.3. Специально-правовая теория³

Главная идея этой теории сводится к тому, что норма считается публично-правовой (нормой административного права) в том случае, если она (при любых условиях ее применения) уполномочивает или обязывает исключительно субъекта публичного управления к определенному действию или решению. Все остальные нормы считаются частноправовыми. Это означает, что есть нормы, регулирующие деятельность исключительно субъекта публичного управления (публичные), а есть нормы, которые содержат предписания, которыми могут пользоваться и частные лица, и субъекты публичного управления.

¹ См.: *Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht.* S.12–13.

² Ibid.

³ Ibid. S. 13–14.

Специально-правовая теория используется преимущественно для разграничения публично-правовых (административных) и частноправовых споров. Применение данной теории проходит в два логически связанных этапа: сначала необходимо установить, какие именно правовые предписания являются объектом правового спора. И только после этого можно выяснять, они публично-правовые (административные), или частноправовые.

ПРИМЕР

1. Акимат покупает у частного предпринимателя П. шариковые ручки для служебных нужд. Поскольку эти ручки плохо пишут и быстро выходят из строя, акимат отказывается оплачивать последнюю партию, полученную от частного предпринимателя П., который, в свою очередь, требует оплаты товара.

Спор какой правовой природы (публично-правовой (административной), или частной) имеет место в данном случае?

2. Аким города районного значения принимает решение о предоставлении права на земельный участок (путем заключения договора купли-продажи), находящийся в границах соответствующего города.

Аким города районного значения рассматривает заявления частных лиц о продаже им земельного участка. Принимая решение по заявлению гражданина К., аким отказал ему в выделении земельного участка. Гражданин К. хочет обжаловать отказ в суде.

Спор какой правовой природы (публично-правовой (административной), или частной) имеет место в данном случае?

В случае с шариковыми ручками, в первую очередь, необходимо определить правовые предписания, которые являются объектом спора (первый этап). Таковыми являются положения статей 406, 407, 422 Гражданского кодекса РК. В соответствии с ними можно установить обязан ли акимат оплатить полную стоимость шариковых ручек. Только после этого можно определить, идет ли речь о публично-правовых (административных) или о частноправовых предписаниях (второй этап). В этом случае Гражданский кодекс РК обязывает акимат, который является субъектом публичного управления, оплатить стоимость шариковых ручек. Упомянутые статьи Гражданского кодекса РК в этом и подобных случаях возлагаются обязанности в равной степени на всех участников правоотношений, а не только на субъекта публичного управления. Учитывая это ст. 406, 407, 422 Гражданского кодекса РК по своей правовой природе являются частноправовыми. Таким образом, в данном случае речь идет о частноправовом споре.

В ситуации с земельным участком объектом правового спора являются нормы, закрепленные 43 Земельного кодекса РК¹. Согласно этим нормам правом на принятие решения о выделении земельного участка (в рамках города районного значения) наделен исключительно аким. Никто другой, кроме данного субъекта, не уполномочен на решение этого вопроса. Таким образом, правоотношения являются административно-правовыми, поскольку они вытекают из норм, уполномочивающих к определенному решению исключительно субъекта публичного управления – акима.

2.5.4. Двухступенчатая теория²

В основу данной теории положен вывод о том, что субъект публичного управления может воплощать в жизнь публично-правовые решения с помощью частноправовых действий, совершение которых регулируется положениями гражданского права. Это говорит о существовании правоотношений, в которых имеют место как публично-правовые (административные), так и частноправовые элементы, которые, соответственно, должны быть разграничены. Именно для таких случаев и разработана данная теория.

Двухступенчатая теория разграничивает определенные правоотношения в зависимости от уровней принятия решения:

- первый уровень (отвечает на вопрос «если»): решение субъекта публичного управления, **если** он действует, является публично-правовым;
- второй уровень (отвечает на вопрос «как»): вид и способ того, **как** действует субъект публичного управления, могут быть публично-правовыми (административными) и частноправовыми³.

¹ См.: Земельный кодекс Республики Казахстан: Кодекс Республики Казахстан от 20 июня 2003 г. № 442 // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2003. № 13. Ст. 99.

² См.: *Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht.* S. 18–27.

³ См.: *Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht.* S. 18–27.

Вместе с тем следует учитывать, что наличие этой теории не является свидетельством того, что во всех правоотношениях могут быть выделены два уровня. Эта теория не свидетельствует также и о том, что во всех двухуровневых правоотношениях второй уровень всегда будет частноправовым (это только возможность). Кроме того, указанная теория не является той теорией, на основании которой во всех случаях может осуществляться разграничение публичного (административного) и частного права.

Двухступенчатая теория применяется преимущественно в двух сферах: в сфере предоставления субвенций (субсидий, дотаций) и в сфере пользования публичными учреждениями (объектами).

А) Предоставление субвенций (субсидий, дотаций)

Правовая природа отношений, возникающих при предоставлении субъектом публичного управления субвенций (субсидий, дотаций), довольно сложная. В связи с этим принципиальным становится ответ на вопрос, каковы эти отношения: публично-правовые (административные) или частноправовые?

Ответ будет определять способ судебной защиты (гражданский иск или административный иск) нарушенных в этой сфере прав.

Однако перед тем, как перейти к решению данного вопроса, следует подчеркнуть необходимость разграничения существующих видов субвенций (субсидий, дотаций). Прежде всего необходимо различать безвозвратные выплаты и возвратные выплаты.

Безвозвратные выплаты

Безвозвратные выплаты всегда предоставляются субъектом публичного управления в публично-правовом (административном) порядке. Это происходит либо через односторонний административный акт, либо через административный договор, который заключается между субъектом публичного управления и получателем выплаты. Следовательно, предоставление выплаты осуществляется на основании административного акта или

административного договора, которые непосредственно регламентируют выплату соответствующих средств (оплату).

Оплата представляет собой лишь реализацию предоставления выплаты, иначе говоря, оплата является публично-правовым (административным) действием субъекта публичного управления. Изложенное также касается случаев, когда оплата по поручению субъекта публичного управления осуществляется через частный банк. Частный банк в этом случае является лишь средством платежа, который используется субъектом публичного управления.

С учетом изложенного иск частного лица в сфере предоставления безвозвратной выплаты, связанный с требованием о принятии административного акта или заключении административного договора, должен быть подан в административный суд. Это касается и случаев, когда решение о предоставлении выплаты принято, однако не реализуется. Требование о предоставлении безвозвратной выплаты является по своей природе публично-правовым (административным), и, таким образом, должно рассматриваться в порядке административного судопроизводства.

Возвратные выплаты (займы)

Принципиально иной является ситуация, имеющая место в случае предоставления субъектом публичного управления возвратных выплат (займов). В этом случае возникает необходимость разграничения двух уровней правоотношений.

На первом уровне решается вопрос о том, будет ли запрашиваемая выплата предоставлена. Решение о предоставлении или непредоставлении выплаты представляет собой административный акт. Отношения, возникающие в таком случае, можно назвать базовыми.

На втором уровне с соблюдением требований Гражданского кодекса происходит заключение частноправового договора займа между субъектом публичного управления и частным лицом или между частным банком, уполномоченным субъектом публичного управления на заключение такого договора, и частным лицом. Таким образом, на втором уровне речь идет о процедуре предоставления займа и его реализации. Эти отношения могут быть названы отношениями реализации. С учетом вышеизложенного

отношения второго уровня всегда будут иметь частноправовую природу.

Итак, спор о предоставлении (непредоставлении) возвратной выплаты (займа) будет публично-правовым (административным), и он в соответствии с положениями АППК должен рассматриваться административным судом. Спор же, касающийся второго уровня (оплата займа), будет представлять собой частноправовой спор, рассмотрение которого будет осуществляться в порядке гражданского судопроизводства.

Б) Пользование публичными учреждениями (объектами)

К категории публичных учреждений (объектов) относятся учреждения (объекты), которые обслуживаются органами местного самоуправления или исполнительными органами власти в публичных интересах, пользование которыми осуществляется на основании соответствующего титула (положение об учреждении, распоряжения, сложившейся практики и т.п.).

В качестве примера публичного учреждения (объекта) можно назвать бассейн, музей, библиотеку, детский сад, городской парк, кладбище, водоснабжающее предприятие и т.п.

Во время пользования такими публичными учреждениями (объектами), а также в рамках юридических споров, возникающих между органом местного самоуправления (исполнительным органом власти) и гражданином, необходимо различать два упомянутых выше уровня.

Первый уровень касается допуска граждан к пользованию публичными учреждениями (объектами). Здесь решается вопрос о существовании вообще права на пользование публичным учреждением (объектом), ответ на который всегда осуществляется исходя из норм публичного (административного) права. Такие нормы сосредотачиваются в нормативных актах (положениях), которые гарантируют (предоставляют) частным лицам право доступа к публичным учреждениям (объектам).

ПРИМЕР

В соответствии с ч. 1 ст. 70 Закона РК «О государственном имуществе» физические лица и негосударственные юридические лица вправе владеть и (или) пользоваться государственным имуществом для извлечения ими полезных свойств имущества, а также получения из него выгод в виде дохода, приращения, плодов, приплода и в иных формах.

Таким образом, споры, связанные с реализацией права на пользование публичными учреждениями (объектами), должны рассматриваться в порядке административного судопроизводства.

Второй уровень касается отношений, связанных с использованием публичными учреждениями (объектами). Такие отношения могут быть либо частноправовыми, либо публично-правовыми. Это связано с тем, что субъект публичного управления может самостоятельно выбирать форму, в которой будет происходить пользования соответствующим учреждением (объектом). Вместе с этим публично-правовое построение того или иного учреждения (государственного учреждения и т.д.) еще не является бесспорным свидетельством того, что отношения, возникающие в связи с его использованием, являются публично-правовыми.

Для ответа на вопрос о правовой природе правоотношений, связанных с использованием публичным учреждением (объектом), необходимо учитывать соответствующие критерии. Критериями, свидетельствующими о **публично-правовой природе** отношений, связанных с использованием публичным учреждением (объектом), являются следующие:

- правила пользования утверждены решением исполнительного органа власти или органа местного самоуправления;
- сбор (плата) за пользование направляется в бюджет;
- имеет место указание о защите нарушенных прав путем обращения в административный суд.

Критерии, свидетельствующие о **частноправовой природе** отношений, связанных с использованием публичным учреждением (объектом), следующие:

- правила пользования учреждением (объектом) определены в гражданском законодательстве;

- плата за пользование не поступает непосредственно в бюджет;
- имеет место указание о защите нарушенных прав путем обращения в суд общей юрисдикции¹.

2.6. Система административного права

2.6.1. Понятие и элементы системы административного права

Административное право является чрезвычайно объемным по своему содержанию правовым образованием. Это затрудняет его понимание и изучение, поскольку и студенты, и практикующие юристы вынуждены отыскивать необходимую им норму или положение среди тысяч юридических актов. В связи с этим возникает необходимость «разложения» административного права на определенные элементы, совокупность которых, собственно говоря, и образует систему административного права.

Характеризуя систему административного права, надо отметить, что данная система, если смотреть на нее через призму теории систем, относится к категории динамично неустойчивых систем². Ее динамизм проявляется прежде всего в том, что она находится в прямой зависимости от общественных отношений, которые имеют постоянную тенденцию к развитию (изменениям), что, как следствие, вызывает постоянное «рождение» и «отмирание» норм административного права, а соответственно и изменение самой системы. Неустойчивый характер системы административного права связан с наличием большого количества факторов (импульсов), которые выполняют в отношении ее системообразующую роль, вызывая постоянные изменения в ее структуре.

¹ См.: *Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht.* S. 18–27.

² См.: *Диалектика познания сложных систем / под ред. В. С. Тюхтина.* М.: Мысль, 1988. С. 9.

Наряду с этим стоит обратить внимание на тот факт, что **системы административного права как объективной действительности не существует**. Она является юридической фикцией. Это связано с тем, что упомянутая система формируется (создается) исключительно учеными, которые ставят перед собой задачу систематизировать и объединить в определенные группы тысячи норм административного права, которые разрабатываются и принимаются субъектами правотворчества в основном в бессистемном (хаотическом) порядке. Это означает, что не существует раз и навсегда сложившейся системы административного права, ведь фактически каждый ученый может (имеет право) предложить научному и юридическому сообществу собственную систему административного права, которая в наибольшей степени будет отвечать запросам науки, образования и практике правоприменения.

По мнению представителей науки теории права, система любой отрасли права состоит из следующих элементов: норма права, подинститут права, институт права, суботрасль права, подотрасль права и т.д.¹. Естественно, считается, что административное право не является исключением². Однако необходимо отметить, что выделение в рамках системы права таких элементов, как институт, подотрасль и отрасль права является достаточно условным, поскольку в правовой науке до настоящего времени не определены четкие критерии разграничения названных правовых образований. В качестве критерия их разграничения используется категория «объем правового регулирования». Например, считается, что если некая совокупность норм регулирует небольшой круг однородных общественных отношений, то она (совокупность) образует институт права. Если же такая совокупность норм является значительной по своему объему, то в таком случае необходимо говорить уже о подотрасли права. Однако указанный критерий является крайне размытым, поскольку не содержит

¹ См.: *Погребной И.М.* Теория права: учеб. пособие. 3-е изд., испр. и доп. Харьков: Государственное специализированное издательство «Основа», 2003. С. 67; *Габдуллин М.Т., Жакупов Р.Е.* Основы казахстанского права: учеб. пособие. Астана: Фолиант, 2013. С. 14.

² См.: *Таранов А.А.* Административное право Республики Казахстан. Академический курс. – 2-е изд., перераб. и доп. С. 7–8; *Волков А.М., Дугенец А.С.* Административное право: учебник. С.17–18.

ответа на главный вопрос: какой же в количественном измерении должна быть совокупность правовых норм, чтобы ее можно было назвать, скажем, подотраслью права?

С учетом этого будет неуместным при анализе системы права или системы любой отрасли права пользоваться теми категориями, содержание и объем которых невозможно понять и четко описать. Употребление в юридическом языке подобных терминов только затрудняет понимание соответствующих юридических конструкций, не принося, как следствие, никакой пользы ни науке, ни практике.

Логичным и обоснованным является использование для характеристики системы административного права **только трех категорий (элементов)**:

- **норма административного права** – это базовый и объективно существующий элемент системы административного права. Под нормой права необходимо понимать писаное (формализованное) или неписаное (неформализованное) правило поведения, направленное на регулирование общественных отношений в сфере публичного управления или закрепление правового статуса участников таких отношений;

- **институт административного права** – совокупность норм административного права, которые регулируют однородные или близкие группы общественных отношений (например, институт административного акта или институт административного обжалования);

- **отрасль Особенного административного права** – совокупность норм административного права и институтов административного права, связанных общей целью юридического регулирования (например, служебное право является отраслью Особенного административного права; его цель – закрепление юридического статуса государственных служащих и порядка его реализации).

Таким образом, под **системой административного права** необходимо понимать размещенную в логической последовательности совокупность различных нормативных регуляторов (норм, институтов и отраслей Особенного административного права), с помощью которых осуществляется воздействие на поведение и сознание участников общественных отношений, формирующих в сфере публичного управления и административного распорядительства.

2.6.2. Факторы, влияющие на формирование системы административного права

Определение системообразующих факторов является важнейшим условием построения совершенной системы административного права. Система административного права должна соответствовать следующим критериям:

- а) исходить из административно-правовых реалий и дифференцировать нормы административного права в соответствии с ними;
- б) давать наиболее полное представление об административном праве;
- в) создавать должное основание для систематизации административного законодательства, для его кодификации¹;
- г) облегчать процесс правоприменения и изучения административного права.

Несмотря на то, что система административного права представляет собой субъективный взгляд на объективную действительность (совокупность писаных и неписаных норм административного права), она не может формироваться произвольно. Разработчики системы административного права должны в обязательном порядке обращать внимание на отдельные факторы, которые должны учитываться при ее построении. Всю совокупность таких факторов можно подразделить на две группы – внешние и внутренние.

Внешние системообразующие факторы способствуют формированию внешней оболочки системы административного права и наполнению ее соответствующими элементами. Что касается внутренних факторов, то их задача состоит в обеспечении надежного объединения и взаимодействия элементов системы (норм, институтов, отраслей), ограниченных внешней оболочкой системы административного права².

К **внешним факторам**, которые влияют на формирование содержания системы административного права, необходимо отнести:

¹ См.: Бельский К. С. О системе административного права // Государство и право. 1998. № 3. С. 5–11.

² См.: Мельник Р.С. Система адміністративного права України: дис. ... д-ра юрид. наук. Харьков, 2010. С. 366.

- **Конституцию РК¹;**

- **концепцию человекоцентричности.** Заложенный в ч. 2 ст. 12 Конституции РК принцип человекоцентричности, согласно которому «права и свободы человека определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов», не мог не сказаться на системе административного права, вызвав включение в нее, например, института субъективных публичных прав частных лиц.

Что касается **внутренних факторов**, которые должны учитываться при формировании системы административного права, то необходимо остановиться на следующем. Общность юридической природы административно-правовых норм способствует формированию системы административного права, отделенной от других отраслевых систем. Это достигается благодаря тому, что нормы административного права обладают особыми, присущими только им связями. Формирование таких связей может быть объяснено тем, что эти нормы создаются с общей целью, направляются на регулирование однородных общественных отношений, содержатся в нормативных актах, объединенных близкими регулятивными задачами, изданными одними и теми же субъектами и т.п.²

Взаимодополнение обеспечивает связь как однородных (административно-правовых), так и разнородных (норм других отраслей права) элементов. Известно, что дифференциация элементов до определенного предела ведет к укреплению и совершенствованию системы³. Взаимное дополнение элементов (норм), которые отличаются в нашем случае юридической природой, обеспечивает более прочную связь системы в целом. В рамках системы административного права взаимодополнение норм можно наблюдать на примере института административного договора или института материальной ответственности субъектов публичного

¹ О взаимосвязи конституционного права и Конституции РК с административным правом см. подраздел 3.4.

² Детальнее об этом см.: *Мельник Р. С.* Система адміністративного права України: монографія. Харків: Вид-во Харків. нац. ун-ту внутр. справ, 2010. С. 117–119.

³ См.: *Аверьянов А. Н.* Системное познание мира: Методологические проблемы. М.: Политиздат, 1985. С. 58.

управления. Указанные институты наполнены нормами административного и гражданского права, взаимодополняют друг друга во время регулирования соответствующего вида административно-правовых отношений. Необходимость в взаимодополнении может вызвать образование в рамках системы административного права новых институтов, что, безусловно, положительно повлияет на развитие и совершенствование системы административного права в целом.

Система административного права также испытывает на себе действие факторов индукции, которые отражают присущие системам свойства «достраивать» себя до совершенства¹. Иначе говоря, речь идет о саморазвитии системы, которое может быть вызвано интенсификацией общественных отношений, подпадающих под регулятивное воздействие норм административного права. Так, довольно часто приходится слышать о том, что законодательство не успевает за развитием общественных процессов. Это происходит по той причине, что особенности общественных отношений, их внутренние и внешние характеристики не учитываются или ненадлежащим образом учитываются в ходе создания соответствующего нормативного правового акта. Иначе говоря, общественные отношения должны индуцировать систему административного права, которая благодаря этому сможет приобрести адекватные общественным отношениям содержание и форму.

Между элементами системы административного права непременно возникают функциональные связи, которые направляются на регулирование определенных групп или определенного вида общественных отношений. Так, функциональные связи возникают между общими и специальными институтами административного права, между общими нормами административного права и нормами, которые образуют отдельную отрасль Особенного административного права. Такие функциональные связи требуют, чтобы в рамках системы административного права были сосредоточены соответствующие элементы, без которых данные связи вообще не могут возникнуть. Так, для того чтобы в сфере выдачи разрешений на проведение строительных работ не было нарушений законности, злоупотреблений властью, ограничения конку-

¹ Там же. С. 58–59.

ренции, в содержании Общего административного права должны найти закрепление нормы, которые заложат правовую основу любой административной процедуры. Эта задача решена, в частности, посредством принятия АППК.

2.6.3. Общее административное право

Общее административное право, складываясь исключительно из норм административного права и административно-правовых институтов, объединяет лишь те из них, регулирующие влияние которых распространяется на все направления и виды деятельности субъектов публичного управления, независимо от сферы, в которой оно осуществляется.

ПРИМЕР

Нормы административного права, устанавливающие требования к административному акту, являются общими для любой сферы деятельности субъектов публичного управления. Административный акт, соответственно, должен издаваться на основании одинаковых правил – как в области охраны здоровья, так и в сфере функционирования транспорта.

Общее административное право состоит из следующих обязательных элементов:

- института юридических регуляторов деятельности субъектов публичного управления (источники административного права);
- института принципов деятельности субъектов публичного управления;
- института субъектов публичного управления, включая внутренние административные процедуры;
- института субъективных публичных прав частных лиц;
- института инструментов публичного управления;
- института административной процедуры.

2.6.4. Особенное административное право

Особенное административное право, складываясь из соответствующих отраслей права, в свою очередь, регулирует отдельные функциональные направления деятельности субъектов публичного управления (полицейское право, миграционное право и др.). Таким образом, становится понятным, что Особенное административное право фактически представляет собой только правовую оболочку (нечто вроде публичного права), в рамках которой объединяются десятки по сути самостоятельных отраслей права. Однако самостоятельность этих отраслей является условной, ведь ни одна из них не может существовать без «поддержки» со стороны норм и институтов Общего административного права, которые закладывают необходимую основу их полноценной реализации.

ПРИМЕР

Одним из составляющих элементов Особенного административного права выступает **полицейское право**, задачей которого является регулирование деятельности правоохранительных органов в сфере охраны общественного порядка и общественной безопасности. В процессе выполнения названными органами возложенных на них функций последние издают различные административные акты (например разрешение на приобретение, хранение и ношение огнестрельного оружия) в соответствии с процедурой, определенной одновременно и нормами полицейского права (специальные требования), и нормами Общего административного права (общие требования). Издание названного административного акта без учета требований Общего административного права не допускается, что, собственно, и делает полицейское право зависимым (несамостоятельным) от Общего административного права.

Перечень отраслей, составляющих Особенное административное право, является открытым. Соответственно, с увеличением числа функций, выполняемых субъектами публичного управления, будет увеличиваться и число отраслей Особенного административного права.

ПРИМЕР

Активное развитие телекоммуникационных технологий (мобильная, спутниковая связь, Интернет и т.п.) вызвало необходимость введения их государственного регулирования. Такое регулирование осуществляется за счет юридических норм административно-правовой природы, объединенных, соответственно, в рамках телекоммуникационного права.

Изложенное в равной мере касается и сферы ядерной энергетики. Отношения между государством, производителями ядерной энергии, населением должны получать надлежащее юридическое регулирование, преимущественно за счет норм Особенного административного права, объединенных в рамках атомного права.

Особенное административное право состоит из следующих элементов (отраслей):

- административно-хозяйственное право;
- муниципальное право;
- полицейское право;
- служебное право;
- финансовое право;
- административно-деликтное право;
- миграционное право;
- транспортное право;
- телекоммуникационное право;
- атомное право;
- право социального обеспечения;
- право охраны окружающей среды и т. д.

В подтверждение обоснованности изложенного подхода к разделению административного права на Общее и Особенное административное право можно процитировать К. С. Бельского и А.А. Гришковца, которые пишут: «Основное назначение теоретических знаний, которые содержатся в Общей части, – классификация и организация научных знаний, содержащихся в Особенной части, сообщение им надлежащих форм, точнее – приведение их в порядок, построение в систему. Иными словами, теоретические знания выходят за границу Особенной части и воздействуют на опытные или практические знания... Знания теоретические, место которых философия и наука определили в Общей части, можно охарактеризовать как знания руководящие, а знания, относящиеся к Особенной части, являются сущностными, воздействующими на реальную жизнь, положительно ее изменяющими...». По мнению авторов, игнорирование озвученных подходов к формированию системы административного права приводит к тому, что в Общей части многих учебников административного права

ошибочно / необоснованно располагаются практические знания, представленные нормами административного права, образующие институты государственной службы, производства по делам об административных правонарушениях, административных режимов.

2.6.5. Современные тенденции развития системы административного права

Система административного права является правовым образованием, пребывающим в постоянном движении (развитии). Она развивается вместе с развитием и усложнением общественных отношений, которые регламентируются нормами административного права.

Это, собственно, и объясняет возникновение новых институтов административного права, их трансформацию в самостоятельные отрасли права. Иными словами, система административного права не является постоянным образованием, она находится в состоянии трансформационного развития. Необходимо обратить внимание и на тот факт, что система административного права имеет два уровня: **базовый и текущий**¹.

В рамках «базового» уровня сосредоточены нормы, выработанные в течение всего времени существования человечества, которые действуют независимо от каких-либо изменений и воплощаются, прежде всего, в принципах права (в частности таких, как верховенство права, правовое государство, справедливость, равенство, соразмерность и др.). Нормы базового уровня существуют объективно независимо от воли и желания законодателя, отдельных лиц, а потому в рамках этого уровня система права является объективным образованием. Более того, он становится основой формирования текущего уровня системы права, внутренний объем которого зависит от многих факторов: уровня развития правосознания, формы правления, активности законодательного процесса и т.п. Это позволяет говорить о его субъективных харак-

¹ См.: Мельник Р. С. Що розуміти під категорією «система права»? // Адміністративне право і процес. 2012. № 1 (1). С. 10–16.

теристиках. В идеале названные уровни системы административного права должны согласовываться между собой, преследовать одну цель – достижение сбалансированного и согласованного с потребностями отдельной личности, общества и государства регулирования общественных отношений. Разрыв между базовым и текущим уровнями приводит, соответственно, к возникновению противоречий между правом и законом, деструктивным процессам внутри системы права.

Система административного права в современных условиях развивается в разных направлениях и проекциях:

во-первых, происходит процесс замены Общей и Особенной частей административного права соответственно Общим и Особенным административным правом;

во-вторых, завершённый вид приобретает вывод о невозможности включения в систему административного права института административного процесса (административно-процессуального права), призванного регулировать порядок отправления административными судами административного судопроизводства, поскольку это противоречит принципу разделения властей. Идея названного принципа, кстати сказать, сводится к тому, что обособленность и независимость друг от друга органов государственной власти – Парламента, исполнительных органов власти и суда обеспечивается за счет существования для каждого из этих органов своей нормативной базы деятельности (отдельных законов). Из этого следует, что нормы административного права не могут одновременно регулировать и деятельность субъектов публичного управления, и деятельность административных судов, осуществляемую на основании АППК (административный процесс). Нормы административного права «обслуживают» исключительно деятельность субъектов публичного управления;

в-третьих, выкристаллизовывается идея о том, что такие традиционные элементы Общей части административного права, как институты публичной службы и административной ответственности, должны быть перенесены в Особенное административное право. Главным и определяющим аргументом, который не позволяет отнести названные правовые образования к катего-

рии общих, является то, что последние общими для норм Особенного административного права не выступают. Так, институт публичной службы включает в себя нормы административного права, касающиеся только одной группы субъектов административного права – публичных служащих. Это же касается и административной ответственности, которая, как известно, наступает за нарушение далеко не любой нормы административного права. Соответственно, сложились все основания для вывода о том, что названные институты сегодня представляют собой самостоятельные отрасли Особенного административного права – служебное право и административно-деликтное право.

Обобщение к главе 2

«Административное право – юридическая основа реализации публичного управления»

1. Административное право или право публичного управления, будучи элементом публичного права, регулирует деятельность отдельной группы субъектов публичной власти – субъектов публичного управления, направленную на применение законов, подзаконных актов и политических решений, с целью удовлетворения общественных интересов во имя утверждения и обеспечения прав и свобод человека и гражданина.

2. Предмет административного права составляет следующее:

- отношения, возникающие при непосредственной реализации власти казахстанским народом;*
- отношения, возникающие в процессе реализации (применения) инструментов публичного управления, адресатом которых является частное лицо;*
- отношения, возникающие между субъектом публичного управления и другим субъектом публичной власти;*
- отношения, возникающие в рамках внутриорганизационной деятельности органа публичной власти;*
- отношения, возникающие между субъектом публичного управления и «особо подчиненными лицами» по поводу измене-*

ния их правового статуса (увольнение, наказание, установление ограничений и т.п.);

- отношения, связанные с управлением объектами публичной собственности (публичным имуществом);

- отношения, связанные с материальной ответственностью субъекта публичного управления за вред, причиненный частному лицу решением (действием);

- регулирование административных действий;

- регулирование юридического статуса субъектов административно-правовых отношений.

3. Основное (определяющее) назначение административного права состоит в создании правовых условий для утверждения и обеспечения прав и свобод человека и гражданина субъектами публичного управления.

4. Принцип человекоцентричности должен превратиться в образ жизни казахстанского народа и безальтернативный принцип функционирования власти. В связи с этим, первоочередной, даже, можно сказать, приоритетной задачей отечественной науки административного права следует признать изучение содержания каждого из прав (свобод) человека и гражданина, а также процедур их реализации в сфере публичного управления, что, в свою очередь, позволит наполнить административное право новыми нормами и институтами, которые, собственно, и обеспечат полную и эффективную реализацию данной концепции на практике.

5. Для разграничения административного и частного права применяются три основные теории:

- теория субординации ориентируется на (право) отношения, возникающие между их участниками. Если между субъектом публичного управления и гражданином возникают отношения власти–подчинения, то соответствующие действия такого субъекта или административные акты, касающиеся этих отношений, имеют публично-правовую природу;

- специально-правовая теория – главная идея этой теории сводится к тому, что норма считается публично-правовой (нормой административного права) в том случае, если она (при любых условиях ее применения) уполномочивает или обязывает

исключительно субъекта публичного управления к определенному действию или решению. Все остальные нормы считаются частноправовыми;

- *двухступенчатая теория. Разграничивает определенные правоотношения в зависимости от уровней принятия решения:*

- *первый уровень (отвечает на вопрос «если»): решение субъекта публичного управления, если он действует, является публично-правовым;*

- *второй уровень (отвечает на вопрос «как»): вид и способ того, как действует субъект публичного управления, могут быть публично-правовыми (административными) и частноправовыми.*

6. Под системой административного права необходимо понимать размещенную в логической последовательности совокупность различных нормативных регуляторов (норм, институтов и отраслей Особенного административного права), с помощью которых осуществляется воздействие на поведение и сознание участников общественных отношений, формирующихся в сфере публичного управления и административного распорядительства.

7. Общее административное право, имея в своей структуре исключительно нормы административного права и административно-правовые институты, объединяет лишь те из них, регулирующее влияние которых распространяется на все направления, виды деятельности субъектов публичного управления, независимо от сферы, в которой оно осуществляется.

8. Особенное административное право, складываясь из соответствующих отраслей права, в свою очередь, регулирует функциональные направления деятельности субъектов публичного управления (полицейское право, миграционное право и др.). Особенное административное право фактически представляет собой только правовую оболочку (нечто вроде публичного права), в рамках которой объединяются десятки по сути самостоятельных отраслей права.

ГЛАВА 3

ЮРИДИЧЕСКИЕ РЕГУЛЯТОРЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУБЪЕКТОВ ПУБЛИЧНОГО УПРАВЛЕНИЯ (ИСТОЧНИКИ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА)

3.1. Категория «источник административного права» и проблемы ее использования в современных условиях

Для административно-правовой доктрины традиционной является категория «источник административного права», под которой, несмотря на наличие различных взглядов, в подавляющем большинстве случаев понимают внешнюю форму закрепления и выражения норм административного права¹. Анализируя эту проблематику, авторы пишут следующее: «Потребности практического решения задач по обеспечению комплексного регулирования публичного управления обуславливают разнообразие и многочисленность источников административного права. Это усложняет процесс реализации административно-правовых норм государственными и негосударственными органами, объединениями граждан, предприятиями, учреждениями, организациями, гражданами...»². Эти и другие подобные мысли, безусловно, являются правильными, однако в них не делается акцент на том, что мы должны изучать их не просто потому, что это важно для реализации правовых норм, а потому, что они определяют границы деятельности субъектов правоприменения, создают необходимую почву для контроля за их действиями и решениями, способствуют утверждению правовой определенности во взаимоотношениях между частными лицами и представителями государства. Именно этот аспект является более важным для налаживания

¹ См.: Административное право: учебный курс / под ред. Р. А. Подопригоры. С. 81, 82.

² Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у двох томах: Т. 1: Загальна частина / ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). Київ: Юридична думка, 2004. С. 140.

административно-правовых отношений. В связи с этим представляется обоснованным вывод о том, что традиционные на сегодняшний день категории «источник права» / «форма права» не отражают в полной мере те задачи, которые возлагаются на нормы административного права в сфере публичного управления; посредством их акцентируется внимание на форме (способе) закрепления нормы административного права, а не на тех функциях, которые выполняются с помощью этой нормы.

Соглашаются с изложенной мыслью также и немецкие авторы, которые пишут по этому поводу следующее. Использование категории «**правовой источник**» проблематично с разных позиций. Прежде всего надо сказать, что эта категория представляет собой метафору, которая, несмотря на свою наглядность, является неточной. «Системная картина» источников не позволяет понять, какая правовая категория положена в ее основу. Если понимается полная правовая масса административного права, то категория «источник» является лишней. Административное право может быть представлено в виде сосуда, который наполняется из разных источников. Однако поскольку в современном правовом государстве право не только «течет из источников», но и творится путем законотворчества, подзаконного нормотворчества, понятие «правовой источник» охватывает собой не то, откуда берется право, а формы, в которых оно существует. Решающее возражение против использования учения о правовых источниках заключается в том, что оно не способно обосновать обязательность правовой нормы. Основания для этого достаточно просты. Основной закон устанавливает, что исполнительная власть связана законом и правом. Таким образом, обязательность права для администрации устанавливается непосредственно Основным законом, а не вытекает из размытого учения о правовом источнике. «Какие категории правовых норм подпадают под понятие «право», является, таким образом, конституционно-правовым вопросом, а не вопросом учения о правовых источниках». Итак, понятие «правовой источник» должно ограничиваться исключительно теоретико-правовыми дискуссиями. В административно-правовой догматике, наоборот, должен подниматься конституционно-правовой вопрос о том, какие виды норм права – категории норм – связывают администрацию¹.

Таким образом, целесообразнее/правильнее будет вести речь не об источниках административного права, а о **юридических регуляторах деятельности субъектов публичного управления**, представленных многочисленными нормами права, содержащимися в разнообразных юридических актах/документах, система которых будет представлена ниже. При этом следует подчеркнуть,

¹ См.: Allgemeines Verwaltungsrecht von Dr. Jörn Ipsen. 6., neue bearbeitete Auflage. S. 25–26.

что регуляторами деятельности субъектов публичного управления могут выступать нормы не только административного, но и конституционного, гражданского и других отраслей права. Этот вывод никогда не вписывался в категорию «источники административного права», так как предполагалось, что в данном случае необходимо (разрешено) вести речь только о юридических актах административно-правовой природы. Соответственно за границами изучения оставались акты других отраслей права, которыми реально в своей деятельности пользуются субъекты публичного управления. Для них обязательными являются Конституция РК (источник конституционного права); Гражданский кодекс РК (источник гражданского права) – когда они заключают частноправовые сделки; международные договоры (источник международного публичного права) и др. Таким образом, отказ от категории «источник административного права» позволяет, в том числе, и с более широких (правильных) позиций смотреть на юридическую основу деятельности субъектов публичного управления.

ВАЖНО!

Необходимо подчеркнуть, что норма административного права, регулируя деятельность субъектов публичного управления, также и ограничивает ее. Она (норма) не только определяет способ действия, но и предписывает границы допустимости решений (действий) названных субъектов. Это связано с тем, что субъекты публичного управления действуют на основании общего и обязательного для них принципа «разрешено только то, что прямо предусмотрено законом». Этот принцип, таким образом, находит свою конкретизацию именно в нормах административного права, которые обозначают/определяют для субъектов публичного управления разрешенные формы, способы и границы деятельности.

3.2. Структура нормы административного права

Норма административного права, выступая базовым (начальным) регулятором деятельности субъектов публичного управления, имеет соответствующую внутреннюю структуру, изучение которой необходимо для более полного понимания сущности этого юридического явления.

Норма права содержит в себе обязывающее предписание, соблюдение (исполнение) которого может обеспечиваться путем

применения правовой санкции. Правовая норма, таким образом, не описывает состояние, а требует (при определенных условиях) соблюдения определенного поведения. Правовое обязательство ограничивается не только обязанностью, но может содержать и права, а также полномочия. Таким образом, нормы права могут приписывать определенное поведение в виде приказов, разрешений или запретов¹.

Норма права не идентична отдельной статье, предложению или части предложения закона или иного нормативного акта. Норма может содержать в себе дефиницию, содержание которой, в то же время, раскрывается в другой норме. При этом нужно постоянно помнить о том, что норма ориентируется исключительно на отношения между людьми. Поэтому, если определенный орган уполномочивается на определенные действия, то соответствующая норма направлена на людей, которые работают в этом органе².

Говоря о структуре нормы административного права, нельзя не обратить внимания и на следующий момент. Традиционно считается, что норма права состоит из трех элементов: **гипотезы, диспозиции, санкции**³. Такой подход к построению правовой нормы мы находим в работах Канта и Рудольфа фон Иеринга⁴. Впоследствии данный подход был заимствован дореволюционной российской теорией права⁵, откуда «перекочевал» в советскую теорию права⁶. Однако на протяжении всех этих исторических периодов (как, впрочем, и сегодня) не была разработана методология решения юридических казусов (дел), которая требует несколько

¹ См.: Allgemeines Verwaltungsrecht von Dr. Jörn Ipsen. 6., neue bearbeitete Auflage. S. 26.

² См.: Ibid.

³ См.: Илалутдинов А.И. Структура нормы права и первичные правовые средства: вопросы соотношения // Russian Journal of Economics and Law. 2012. № 1 (21). С. 207–211; Погребной И.М. Теория права: учеб. пособие. 3-е изд., испр. и доп. Харьков: Государственное специализированное издательство «Основа», 2003. С. 42–43.

⁴ См.: Ihering R. Der Kampf ums Recht. Band VIII 10. S. 321; Kant I. Die Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre. Bd 8. Frankfurt am Main, 1977.

⁵ См.: Коркунов М.М. Лекции по общей теории права. 6-е изд. СПб.: Юрид. кн. магазин Н. К. Мартынова, 1904. С. 69, 73, 117, 148, 137, 281.

⁶ См.: Явич Л.С. Общая теория права. Ленинград: Из-во Ленинград. ун-та, 1976. С. 124.

иного подхода к построению юридической нормы. Вследствие этого в отечественной юридической литературе по-прежнему используется универсальное (трехсоставное) понятие нормы¹.

Если смотреть на норму права с позиции правоприменения, то станет очевидным, что она содержит последствие (реакцию), которое вступает в действие (реализуется/применяется), когда в деле (или в реальной жизни) имеются названные в норме предпосылки, которые называются элементами юридического состава нормы. Обязанность (обязанности), право (права), санкции, обязательства — всё это суть юридические последствия. Предпосылки могут быть фактическими (например, определенный возраст лица) или правовыми; они также могут быть следствием другой нормы. Поэтому **норма права состоит из двух частей**, которые соединены между собой отношением «если ..., то» или представлены только в форме последствия².

«Санкции» как третьего элемента нормы права здесь нет, так как она охватывается понятием «юридическое последствие». В данном случае следует принимать во внимание необходимость разграничения теоретико-правового и технико-юридического понятий, поскольку законы формулируются по иным правилам, нежели чистая теория права³.

В литературе эти составляющие выражены комбинациями из трех названных выше терминов: гипотеза — диспозиция, гипотеза — санкция⁴. В данном случае имеет место попытка перевести терминологию теории права в практическую плоскость, но в реальной жизни часто используются понятия, которые более просто и четко выражают мысль: жизненные обстоятельства или юридические факты — гипотеза и последствие — диспозиция (санкция). В связи с этим, а также принимая во внимание ориентирован-

¹ См.: Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти: навч. посіб. / Б. Шлоер, В. Поединок, І. Лукач, О. Косілова; за заг. редакцією Р. Мельника. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2020. С. 38.

² См.: Скакун О.Ф. Теорія держава і права. Харків: Консум. 2001. С. 289; Крестовська Н.М., Матвеева Л.Г. Теорія держава і права. Харків: ТОВ «Одісей», 2008. С. 295; Циппеліус Р. Методика правозастосування. Київ: Юстиніан, 2016. С. 50.

³ См.: Скакун О.Ф. Теорія держава і права. С. 289; Крестовська Н.М., Матвеева Л.Г. Теорія держава і права.. С. 295.

⁴ Там же.

ность данного учебника на практику правоприменения, мы будем исходить из того, что норма права имеет не три, а два структурных элемента: **юридический состав** или **юридические факты** (гипотеза) и **юридическое последствие** (диспозиция/санкция)¹.

3.2.1. Адресат нормы

Если отличительной чертой нормы является предписание определенного поведения, то, очевидно, что такое предписание должно кому-то адресоваться, поскольку в противном случае никто бы не знал, что он должен (требование) или что он может (разрешение) делать. В отличие от административного акта, адресат которого всегда является индивидуально определенным, норма административного права, не имея индивидуально определенного адресата, определяет его только в общих чертах. Если бы адресат нормы права был индивидуально определенным, речь шла бы не о норме права, а об акте применения права или, иначе говоря, об акте применения нормы административного права к конкретному лицу (ситуации)².

3.2.2. Предмет нормы

Зачастую норма предписывает необходимое поведение на соответствующем абстрактном уровне, который требует конкретизации. В отличие от административного акта, который регулирует частный случай (конкретную ситуацию), норма права должна «накладываться» на конкретный случай, т.е. получить конкретизацию³.

¹ Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти: навч. посіб. / Б. Шлоер, В. Поединок, І. Лукач, О. Косілова; за заг. редакцією Р. Мельника. .С. 39; *Соколов Е., Росснер С., Мельник Р.* Немецкая методика права. Алматы: ТОО «Издательство LEM», 2021. С. 12.

² См.: *Allgemeines Verwaltungsrecht von Dr. Jörn Ipsen.* 6., neue bearbeitete Auflage. S. 27

³ Ibid.

3.2.3. Правовая ситуация

Если понятно, кто и каким образом должен себя вести, то открытым может остаться вопрос о том, когда и где должно найти проявление такое поведение. Соответственно, в норме может содержаться предписание о правовой ситуации, на урегулирование которой она направлена. Если последние названные структурные элементы (когда и где) отсутствуют в норме, то она будет действовать неограниченное время. Что касается ее пространственного действия, то оно зависит от компетенции субъекта, ее издавшего¹.

3.3. Юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления: построение системы

Регулирование деятельности субъектов публичного управления осуществляется при помощи норм права, зафиксированных в юридических актах, о которых (прежде всего их видах) пойдет речь далее.

Юридические акты, содержащие обязательные для субъектов публичного управления нормы, могут приниматься/издаваться на **международном**, включая наднациональный, и **национальном** уровнях.

Что касается их правовой природы, то она может быть тройной. Деятельность субъектов публичного управления, связанная с выполнением ими управленческих/административных функций, может регулироваться юридическими актами, содержащими:

1) **нормы конституционного права**²:

«Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики» (ч. 2 ст. 4 Конституции РК).

¹ Ibid.

² О роли Конституции в регулировании публичного управления см. подраздел 3.4.

2) нормы международного права:

«Действующим правом в Республике Казахстан являются нормы ... международных договорных и иных обязательств Республики. Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами...» (ч. 1, ч. 3 ст. 4 Конституции РК)

3) нормы административного права.

Важно!

Сформулированный выше вывод о тройственной юридической природе норм права, регулирующих деятельность субъектов публичного управления, является чрезвычайно важным – он ориентирует субъектов публичного управления на необходимость соблюдения и выполнения в процессе своей деятельности не только национальных законов и подзаконных нормативных правовых актов, но и Конституции РК и международных договоров¹. Обязательность Конституции и международных договоров для субъектов публичного управления не превращает их в акты административного законодательства (или говоря традиционным языком – источники административного права), их природа (конституционно-правовая и международно-правовая) остается неизменной, а их обязательность для публичного управления определяется их особым местом/статусом в системе правовых регуляторов общественных отношений, закрепленным в Основном законе. В связи с этим необходимо подчеркнуть, что административное право как особая/отдельная совокупность норм (отрасль права), не совпадает по объему с институтом регуляторов деятельности субъектов публичного управления, в котором, как было указано выше, кроме норм административного права присутствуют также нормы конституционного и нормы международного права.

3.4. Конституционно-правовые основы административного права и публичного управления

3.4.1. Взаимодействие и взаимозависимость конституционного и административного права

Административное право в основном формируется под влиянием конституционного права и меняется вместе с ним². Иначе говоря, именно конституционное право, олицетворенное прежде всего в Конституции РК, определяет внешние границы админи-

¹ Об особенностях действия международных договоров в сфере публичного управления см. подраздел 3.5.

² См.: Allgemeines Verwaltungsrecht von Dr. Jörn Ipsen. 6., neue bearbeitete Auflage. S. 21.

стративного права и его систему, а вместе с тем и общий смысл административно-правовых норм; выступает «позвоночником» административного права¹. Идеи и принципы, закрепленные в конституционном праве, должны обрести свою дальнейшую «жизнь» в нормах административного права, наполнив их соответствующей (конституционной) идеологией. Административное право, таким образом, является отражением конституционного права, в связи с чем важно достичь максимального единства между двумя этими отраслями. В правовом государстве не может быть ситуаций, при которых административное право не будет согласовываться с конституционным.

Изложенные положения имеют не только теоретическое, но и практическое значение. В данном случае речь идет о том, что ими должны руководствоваться и принимать во внимание:

• **субъекты правотворческой деятельности.** В нашем случае субъекты публичного управления, которые разрабатывают и принимают нормативные акты, содержащие нормы административного права. Субъект публичного управления, создавая норму административного права, которая может быть зафиксирована, например, в приказе министерства, распоряжении акима и т.п., должен в обязательном порядке проверить ее на предмет согласованности с положениями Конституции РК.

ПРИМЕР

В части 1 ст. 37 Закона РК «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан»² установлено: «Акимат на основе и во исполнение Конституции Республики Казахстан, законов, актов Президента и Правительства Республики Казахстан, иных нормативных правовых актов издает постановления». Изложенное означает, что юридические акты, которые разрабатываются и принимаются акимом и/или акиматами, должны согласовываться с положениями Конституции РК. Иными словами, норма административного права, зафиксированная в постановлении акима, должна согласовываться с соответствующей нормой конституционного права (при наличии такой нормы) или с общими конституционными принципами.

¹ См.: Wolff/Bachof/Stober/Kluth Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, C.H. Beck, 2017. S. 157.

² См.: О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан: закон Республики Казахстан от 23 января 2001 г. № 148 // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001. № 3. Ст. 17.

• **суды административной юрисдикции.** В рамках производства по обжалованию административных актов они проверяют соответствие акта, который оспаривается, актам высшей юридической силы, в том числе и Конституции РК. В случае, если суд установит, что административный акт не согласуется с нормой конституционного права, зафиксированной в Конституции РК, он должен принять решение о противоправности, а фактически – о неконституционности юридического акта (полностью или частично) субъекта публичного управления.

Имеющая место зависимость административного права от конституционного также проявляется в том, что каждое административное решение (административный акт) является потенциально конституционным решением. Такие государственные (конституционные) цели, как безопасность, свобода, социальное благополучие выступают одновременно и задачами субъектов публичного управления, на которые они ориентируются в процессе своего функционирования. При этом необходимо учитывать, что государственные цели, государственные задачи не представляют собой закрытую систему, а зависят от временных, содержательных и политических факторов. И в этой части административное право формирует с ориентацией на Конституцию собственные масштабы, от которых, в свою очередь, может получать выгоду и конституционное право¹.

В развитие последнего положения необходимо напомнить о наличии между конституционным и административным правом связи и иного порядка, обусловленной тем, что вряд ли можно рассчитывать на «действенную и работоспособную» Конституцию РК без наличия норм административного права, которые конкретизировали бы ее положения до уровня, обеспечивающего их эффективное применение в реальной жизни. С учетом последнего абсолютно справедливым и обоснованным выглядит мнение немецкого профессора Ф. Вернера, который писал, что **административное право представляет собой конкретизированное конституционное право**². Необходимость (целесообразность)

¹ Wolff/Bachof/Stober/Kluth Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, C.H.Beck, 2017. S 158.

² См.: Werner F. Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht // DVBl. 1959. S. 527.

такого вывода, в частности, связана с тем, что нормы Конституции РК характеризуются чрезвычайно высоким уровнем абстрактности, что, с одной стороны, обеспечивает универсальность их действия, однако с другой – вызывает существенные трудности в процессе их правоприменения, когда перед субъектом правоприменения возникает сложная задача – дать верное толкование абстрактным понятиям (положениям), которыми наполнена Конституция РК.

ПРИМЕР

Статья 32 Конституции РК содержит следующее положение: «Граждане Республики Казахстан вправе мирно и без оружия собираться, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование. Пользование этим правом может ограничиваться законом в интересах государственной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья, защиты прав и свобод других лиц».

Реализация данного конституционного права осуществляется при непосредственном участии субъектов публичного управления – местных исполнительных органов, поскольку подготовка и проведение мирного собрания без их участия не может произойти. Местные исполнительные органы в данной сфере совершают различные действия: рассматривают уведомления о проведении мирных собраний; в случае угрозы государственной безопасности, общественному порядку, охране здоровья, защите прав и свобод других лиц отказывают в установлении палаток, юрт, сооружений, использовании звукоусиливающих технических средств, транспортных средств при проведении мирных собраний; предлагают организатору мирных собраний иные место и (или) маршрут следования либо время проведения мирных собраний; требуют от организатора мирных собраний приостановления или прекращения таковых собраний и т.д.

Однако для того, чтобы ответственные субъекты публичного управления смогли должным образом выполнить предоставленные им в этой сфере полномочия, им необходимы нормы административного права, в которых будут конкретизированы положения ст. 32 Конституции РК. Очевидно, что им надо понимать/знать: содержание категории «мирность»; что понимает законодатель под категорией «оружие»; является ли одиночный пикет собранием в понимании ст. 32 Конституции РК и т.п.

Ответы на эти и другие вопросы могут найти свое закрепление исключительно в нормах административного права, которые, соответственно, и должны конкретизировать положения ст. 32 Конституции РК. Эту задачу частично решает Закон РК «О порядке организации и проведения мирных собраний в Республике Казахстан»¹.

¹ См.: О порядке организации и проведения мирных собраний в Республике Казахстан: закон Республики Казахстан от 25 мая 2020 г. № 333-VI ЗРК // Ведомости Парламента РК 2020. № 10. Ст. 45.

Вместе с тем необходимо отметить, что административное право «конкретизирует» далеко не все нормы конституционного права. Очевидно, что такая конкретизация должна касаться только тех норм конституционного права, которые являются релевантными для сферы публичного управления. Те же нормы конституционного права, которые закрепляют общие принципы функционирования государства, организацию и деятельность Парламента и судов, субъектов политической деятельности, не могут быть конкретизированы за счет административного права, поскольку эти сферы регулируются нормами других отраслей права (не административным правом).

В то же время стоит добавить, что и административное право, и практика его применения (публичное управление), очевидно, могут влиять (со своей стороны) и на конституционное право, формулируя для него новые задачи и вызовы, которые могут быть решены, как следствие, только на конституционном уровне.

ПРИМЕР

В статью 33 Конституции РК в 1998 г. были внесены изменения, из пункта 4 данной статьи были исключены слова: «Возраст государственного служащего не должен превышать шестидесяти лет, а в исключительных случаях – шестидесяти пяти лет». Можно обоснованно предположить, что практика публичного управления доказала/показала, что 60-летний возраст государственного служащего не является предельным для эффективного выполнения им своих полномочий и, как следствие, в тексте Конституции РК были сняты данные возрастные ограничения для государственных служащих.

3.4.2. Конституционно-правовые стандарты публичного управления

Конституция РК состоит из **норм прямого действия** (ч. 2 ст. 4) и выступает, таким образом, непосредственным правовым регулятором и ограничителем деятельности субъектов публичного управления. Именно в тексте Конституции РК сосредоточены первые и важнейшие правила (нормы), которых должны придерживаться субъекты публичного управления в процессе

своей деятельности. Такие нормы не нуждаются в обязательной конкретизации с помощью норм административного права (хотя в определенных случаях это и не исключается), а потому должны применяться непосредственно.

Рассмотрим, к примеру, что означает для практики правоприменения положение ч. 2 ст. 4 Конституции РК, где сказано: «Конституция имеет высшую юридическую силу и **прямое действие** на всей территории Республики».

При кажущейся простоте и очевидности данной нормы могут возникнуть сложности с пониманием словосочетания «прямое действие». Остановимся на этом аспекте более детально.

Во-первых, следует сказать, что все органы государственной власти и их должностные лица обязаны руководствоваться этим положением: Президент, исполнительные органы, суды и т.д. Этот вывод основывается на том, что в Конституции нет никаких ограничений в части круга субъектов, уполномоченных данной нормой; значит, подразумевается, что все обязаны следовать этому положению. Все органы власти обязаны применять Конституцию и ее положения в качестве норм прямого действия.

Во-вторых, из данного конституционного положения вытекает также вывод о том, что и права граждан, закрепленные в Конституции, приобретают характер обязательных для власти (в контексте их соблюдения и гарантирования). Таким образом, граждане имеют право обращаться в суд / в административный орган за их защитой (охраной, реализацией), основываясь лишь на их закреплении в Конституции.

В-третьих, органы государственной власти и их должностные лица могут/должны применять положение о прямом действии Конституции в случае:

- 1) если отсутствует специальный нормативный акт, регулирующий вопросы, подлежащие рассмотрению государственного органа;
- 2) если имеется специальный нормативный акт, но он противоречит Конституции;
- 3) если положения Конституции по смыслу не требуют дополнительной регламентации¹.

Выделяются и дополнительные условия возможности/необходимости прямого применения норм Конституции. Непосредственное применение конституционных норм возможно, в частности, в случае:

- а) неприменения подзаконных нормативных актов, не имеющих нормативной взаимосвязи с законами ввиду их неконституционности;
- б) неприменения актов, неконституционность которых вытекает из правовых позиций Конституционного Суда;
- в) толкования действующего законодательства в конкретном деле в соответствии с нормами Конституции;
- г) применения норм Конституции к непосредственно урегулированным ими отношениям по организации публичной власти².

¹ См.: *Сапаргалиев Г.* Конституционное право Республики Казахстан: Академический курс. Изд. 3-е доп. Алматы: Жети Жаргы, 2014. С. 47.

² См.: *Белов С.А.* Непосредственное применение судами Конституции в Российской Федерации // Государство и право. 2014. № 1. С. 55.

Иначе говоря, эти нормы остаются конституционно-правовыми по своему содержанию; они не превращаются в нормы административного права в связи с тем, что ими руководствуется в своей деятельности субъект публичного управления. В этом заключается особенность норм конституционного права. С учетом этого нет никаких оснований для утверждения, что Конституция РК (в части названных выше норм) является источником административного права. **Нормы Конституции РК являются нормами конституционного права, а сама Конституция – его центральным источником.** Конституция не может быть источником, с одной стороны, конституционного права, а с другой – нескольких десятков других отраслей права, так как не существует нормы, которая одновременно была бы и нормой одной отрасли права, и нормой другой. Очевидно, что каждая норма, которая зафиксирована в Конституции РК, является нормой конституционного права и не может быть в то же время нормой административного права или любой другой (кроме конституционной) отрасли права. Существуют конституционно-административные или конституционно-уголовные нормы? Очевидно, что нет!

Таким образом, Конституция РК может выступать и реально выступает базой:

во-первых, для формирования системы нормативно-правовых актов, поскольку определяет их виды и соподчиненность между собой¹;

во-вторых, для наполнения норм административного права конкретным содержанием;

в-третьих, для проверки норм административного права на предмет их конституционности².

¹ См.: Утверждение верховенства права, общечеловеческих ценностей и приоритетов современного государства: деятельность Конституционного Совета Республики Казахстан / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами; предисл. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами. Нур-Султан: Деловой мир Астана, 2020. С. 28.

² См.: Мельник Р.С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2018. С. 117–118.

Возвращаясь к конституционно-правовым стандартам публичного управления, следует отметить, что в Конституции РК сосредоточен ряд положений и принципов, которые закладывают основы публичного управления. Иначе говоря, любое действие или решение субъекта публичного управления должны быть в обязательном порядке проверены последним на предмет согласованности с этими стандартами. Именно в этом и проявляется **непосредственное действие Конституции РК**, в нашем случае – в сфере публичного управления. Конституция – это не фетиш, а реально действующий, а следовательно, обязательный для исполнения субъектами публичного управления нормативный правовой акт высшей юридической силы.

О конституционности (т.е. соответствии Конституции РК) публичного управления можно говорить в том случае, когда субъекты его осуществления выполняют требования касательно:

- связанности конституционными правами и свободами человека и гражданина;
- соблюдения принципа правомерности;
- соблюдения принципа разделения властей;
- соблюдения других конституционно-правовых принципов;
- соблюдения требований/запретов, сформулированных в Основном законе (например, никто не должен подвергаться пыткам).

ВАЖНО!

В контексте последнего сформулированного положения (соблюдения требований/запретов, сформулированных в Основном законе) следует отметить, что в данном случае речь идет фактически о толковании Конституции субъектами публичного управления. Для того чтобы применить норму Конституции РК, ее необходимо понять, что предполагает ее толкование.

Наряду с этим сразу возникает резонный и обоснованный вопрос: а разве имеют право субъекты публичного управления (государственные служащие) толковать Конституцию РК? Несмотря на, казалось бы, очевидность ответа со ссылкой на п. 4 ч. 1 ст. 72 Конституции РК, где сказано, что только Конституционный Совет дает официальное толкование Конституции, нельзя отрицать допустимость толкования Основного закона субъектами правоприменения, ибо без этого невозможно будет выполнить требование самой Конституции о прямом действии ее норм.

Ответ на поставленный вопрос может быть следующим: государственный служащий должен / имеет право толковать лишь те нормы Конституции, которые содержат четкое, понятное, не вызывающее неоднозначного понимания положение/правило. К таким нормам, например, относятся

следующие: «Никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию» (ч. 2 ст. 17); «цензура запрещается» (ч. 1 ст. 20); «граждане Республики имеют право беспрепятственного возвращения в Республику» (ч. 2 ст. 21) и т.п.

3.4.3. Связанность публичного управления конституционными правами и свободами человека и гражданина

Зафиксированные в ч. 1 ст. 1 и в ч. 2 ст. 12 Конституции РК положения о том, что *«Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы»*, и что *«права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов»*, для субъектов публичного управления означают, что они в своих действиях и решениях **связаны правами и свободами человека**¹. Этот вывод/ требование вытекает из функций основных прав, среди которых на первый план выходит их оборонительная (защитная) функция, заставляющая государство воздерживаться от определенных действий². Все ветви государственной власти связаны основными правами человека как непосредственно действующим правом³.

Г. Еллинек, который в 1892 г. издал свою известную работу под названием «Система субъективных публичных прав», писал, что **государство, будучи созданным людьми, должно служить исключительно целям индивидуума**. «Только в той мере, которая разрешена целями индивидуума, – писал ученый, – может происходить ущемление прав человека. При этом такое ограниче-

¹ См.: Швабе Ю., Гайслер Т. Избранные решения Федерального Конституционного суда Германии. С. 30.

² Цит. по: Hans D. Jaras Funktionen und Dimensionen der Grundrechte / Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. C.F. Muller, Verlagsgruppe Huthing Jehle Rehm GmbH, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2006.

³ См.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. URL: <https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz>

ние должно направляться исключительно на максимальное обеспечение сохранности тех прав и свобод, которые не были нарушены вторжением государства»¹.

Развивая сформулированные позиции по поводу связанности субъектов публичного управления конституционными правами и свободами человека и гражданина, необходимо отметить, что данное **требование сводится к следующим аспектам:**

- требование соблюдения конституционных прав и свобод для субъектов публичного управления и, в частности, субъектов делегированных полномочий;
- требование соблюдения конституционных прав и свобод в рамках частнохозяйственной деятельности субъектов публичного управления;

В развитие данного положения следует обратить внимание на решение Федерального Конституционного суда Германии, который указал, что непосредственная связанность основными правами касается не только государственных компаний, которые полностью находятся в собственности государства, но и компаний со смешанным капиталом, когда они находятся под контролем государства. Как правило, это касается случаев, когда более половины акций (долей) принадлежит государству. Признание непосредственной связанности основными правами не только акционеров (участников), но и соответствующего предприятия само по себе соответствует его статусу самостоятельно действующей единицы и обеспечивает эффективную связанность основными правами независимо от того, могут ли собственник или собственники в какой-либо степени и в какой-либо форме оказывать влияние на управление деятельностью предприятия с точки зрения корпоративно-правовых отношений, и каким образом в компаниях с различными публичными акционерами (участниками) обеспечивается координация влияния различных публичных собственников².

¹ *Jellinek G.* System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg im Breisgau, 1892. S. 90.

² См.: *Швабе Ю., Гайслер Т.* Избранные решения Федерального Конституционного суда Германии. С. 31.

- требование соблюдения конституционных прав и свобод субъектами публичного управления в рамках правоотношений, возникающих при участии особенно подчиненных названным субъектам частных лиц (студенты; школьники; государственные служащие; лица, отбывающие наказание, и др.);
- обязанность для субъектов публичного управления устранять последствия нарушения конституционных прав и свобод;
- влияние конституционных прав и свобод на организацию и осуществление процедурной деятельности субъектов публичного управления;
- самосвязанность субъектов публичного управления;
- конституционные права и свободы как право на получение помощи и право на участие;
- объективный (реальный) долг защиты конституционных прав и свобод, а также недопущение случаев незащиты (уклонения от защиты) этих прав (например, отсутствие со стороны власти действий или решений, которые защищали бы некурящих граждан от негативного воздействия сигаретного дыма);
- запрет вторжения в конституционные права и свободы способом, который не согласуется с Конституцией;
- конституционные права и свободы как организационно-правовой критерий для отдельных субъектов публичного управления¹.

3.4.4. Принцип правомерности публичного управления

Традиционными для отечественной юридической доктрины и практики являются термины «законность» вообще и «законность публичного управления» в частности. Можно назвать много факторов и исторических фактов, объясняющих, почему в подавляющем большинстве случаев речь идет именно о законности, однако все они (факторы, причины и объяснения) на сегодня потеряли свой смысл. Категория «законность» является устаревшей и не отвечает требованиям и реалиям сегодняшнего дня. Главная

¹ См.: Wolff/Bachof/Stober/Kluth Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, C.H. Beck, 2017. S. 158–159.

проблема заключается в том, что законность или принцип законности в их современном восприятии (как требование соблюдать законы) «покрывает» собой далеко не все юридические акты, которыми должны руководствоваться в своей деятельности субъекты публичного управления¹.

Формирование принципа законности, его содержания в странах постсоветского региона происходило на фоне отсутствия принципа правового государства (принципа верховенства права)², который существенно изменил понимание многих юридических категорий, в том числе и принципа законности. Принцип правового государства (принцип верховенства права), указывая прежде всего государству на необходимость признания приоритета прав и свобод человека и гражданина перед всеми другими ценностями, на необходимость уважения, соблюдения и обеспечения прав частных лиц, требует от субъектов публичной власти **соблюдения в процессе их деятельности всех формализованных и неформализованных норм права**³.

Правильность подобного подхода может быть подтверждена ссылкой на АПК, где в ч. 2 ст. 6 сказано, что *«установленные в настоящей главе принципы административных процедур не являются исчерывающими и не могут быть препятствием для применения других принципов права»*.

Таким образом, законодатель допускает применение принципов-норм, которые не нашли закрепления в нормативных актах, а существуют, например, в юридической доктрине или на уровне международных источников права.

Учитывая изложенное, в настоящее время необходимо вывести из юридического оборота категорию «принцип законности» как устаревшую и заменить ее категорией **«принцип правомерности»**, под которым необходимо понимать обязанность органов

¹ Детальнее см.: Мельник Р.С. Принцип законности в странах постсоветского региона: уроки истории и требования современности // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 203–211.

² На мой взгляд, принцип правового государства и принцип верховенства права можно рассматривать в качестве синонимичных категорий. Детальнее об этом см. подраздел 4.3.1.

³ Детально о принципе верховенства права см.: Доклад Европейской комиссии «За демократию через право» от 25 марта 2011 г. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-ukr)

публичной власти выполнять требования всех норм права (формализованных и неформализованных), регулирующих их деятельность¹.

В п. 4 ч. 2 ст. 129 АППК можно встретить следующее положение: «по иску о признании – истец в части фактов, подтверждающих наличие или отсутствие какого-либо правоотношения, и ответчик в части фактов, обосновывающих **правомерность** (выделено мной. – Р.М.) обременяющего административного акта, не имеющего больше юридической силы, а также какого-либо совершенного действия (бездействия)». Как видим, законодатель в данном случае говорит не о «законности», а о «правомерности», чем подтверждает, что более емким и полным понятием является именно правомерность.

Исходными конституционными положениями, которые требуют от субъектов публичного управления соблюдения принципа правомерности, являются следующие:

ч. 3 ст. 3 Конституции РК: *«Правительство Республики и иные государственные органы выступают от имени государства в пределах делегированных им полномочий»;*

ч. 4 ст. 3 Конституции РК: *«Государственная власть в Республике едина, осуществляется на основе Конституции и законов...»;*

ч. 1 ст. 4 Конституции РК: *«Действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики»;*

ч. 2 ст. 12 Конституции РК: *«Права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов»;*

ч. 1 ст. 45 Конституции РК: *«Президент Республики Казахстан на основе и во исполнение Конституции и законов издает указы и распоряжения, имеющие обязательную силу на всей территории Республики»;*

¹ См.: Мельник Р.С. Принцип законності vs. принцип правомірності: до питання про оновлення юридичних засад діяльності органів публічної влади // Право України. 2018. № 11. С. 14–31.

ч. 3 ст. 69 Конституции РК: *«Постановления Правительства и распоряжения Премьер-Министра не должны противоречить Конституции, законодательным актам, указам и распоряжениям Президента Республики»;*

ч. 1 ст. 88 Конституции РК: *«Маслихаты принимают по вопросам своей компетенции решения, а акимы – решения и распоряжения, обязательные для исполнения на территории соответствующей административно-территориальной единицы».*

3.4.5. Принцип разделения властей и публичное управление

Конституция РК (ч. 4 ст. 3) содержит положение, согласно которому установлено: *«Государственная власть в Республике едина, осуществляется на основе Конституции и законов в соответствии с принципом ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную ветви и взаимодействия между собой с использованием системы сдержек и противовесов».* Принцип разделения властей, таким образом, с одной стороны, отделяет одну ветвь власти от другой, а с другой – конкретизирует их компетенцию.

Вопрос разделения властей и действия названного принципа является спорным, так как далеко не все авторы согласны с тем, что речь идет действительно о разделении властей, ведь считается, что власть является единой, и, следовательно, разделяется не государственная власть, а государственные функции. Такая точка зрения, очевидно, имеет право на существование. Наряду с этим также считается, что выделения только трех властей (трех функций) недостаточно, и, как следствие предлагается говорить о: конституционотворчестве, законотворчестве, внешнем и внутреннем управлении; публичном управлении и правосудии¹, с чем, однако, сложно не согласиться.

Названный конституционный принцип и положение о том, что каждая ветвь власти (органы) в своих действиях и решениях

¹ См.: Wolff/Bachof/Stober/Kluth Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, C.H.Beck, 2017. S. 177.

связана Конституцией и законами РК, означает, что а) субъекты публичного управления, представленные прежде всего органами исполнительной власти, имеют четко определенные (нормативные) границы для своей деятельности, и б) им запрещено принимать решения (совершать действия), которые отнесены к полномочиям органов иных (других) ветвей власти.

ПРИМЕР

Субъекты публичного управления не имеют права издавать нормативные акты по вопросам, которые отнесены к исключительной нормотворческой компетенции Парламента (ст. 53 Конституции РК), а также осуществлять функции, связанные с отправлением правосудия, которые принадлежат исключительно судам (ч. 1 ст. 75 Конституции РК).

Наряду с прочим это означает также и то, что субъекты публичного управления для своей деятельности не имеют права избирать инструменты, которыми пользуются органы и должностные лица других ветвей власти. Так, например, нормативный правовой акт субъекта публичного управления не может издаваться в форме «закона».

В то же самое время этот принцип защищает и субъектов публичного управления от «вторжения» в сферу их деятельности (ответственности) органов и должностных лиц, представляющих другие ветви государственной власти.

3.4.6. Иные конституционно-правовые принципы и их действие в сфере публичного управления

Конституция РК также содержит ряд иных принципов, которые должны быть соблюдены субъектами публичного управления в процессе функционирования. Речь идет о следующих принципах:

- **принцип равенства**, который зафиксирован в ряде статей Конституции РК, в частности в Преамбуле к Конституции; в ч. 2 ст. 5; ч. 1, ч. 2 ст. 14; ч. 2 ст. 24; ч. 4 ст. 33. Принцип равенства, таким образом, должен быть соблюден как по отношению ко всем

участникам административно-правовых отношений, так и во всех сферах, в которых действуют субъекты публичного управления.

Что касается его содержания, то целью введения названного принципа, согласно Рекомендации № R(80)2 относительно осуществления дискреционных полномочий административными органами, является предотвращение несправедливой дискриминации, обеспечение одинакового отношения к личности в ситуациях де-факто или де-юре, если это касается осуществления предоставленного дискреционного полномочия. Если различие в отношении базируется на справедливых основаниях, которые могут быть объективно доказаны, учитывая поставленную цель, то принцип равенства не нарушается. Несправедливая дискриминация существует только тогда, когда различие в отношении не обосновывается объективно, с учетом цели и последствий мероприятий, которые планируются. Данный принцип, в то же время, не исключает возможности того, что административный орган может изменить свое отношение по причине общего интереса или в связи с тем, что прежняя деятельность признана противоправной¹.

Принцип равенства запрещает, в том числе, и любые действия/решения, которые могут быть отнесены к «**этническому профайлингу**». Термин «этнический профайлинг» применяется для обозначения практики полиции, когда сотрудники правоохранительных органов при проведении досмотра и проверок, наблюдения или следственных мероприятий без каких-либо объективных или рациональных обоснований принимают решения о том, кто связан или может быть связан с преступной деятельностью, основываясь не на поведении данных лиц, а на таких характеристиках, как их расовая, этническая, религиозная или национальная принадлежность. Чаще всего ситуации этнического профайлинга возникают, когда сотрудники полиции принимают решения, кого следует задержать и потребовать предъявить документы, допросить, обыскать и даже арестовать.

¹ Рекомендація № R(80)2 Комітету Міністрів щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами, прийнята від 11 березня 1980 р. // Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / автор-упорядник В. П. Тимошук. Київ: Факт, 2003. С. 469–479.

Подобное поведение носит явно выраженный дискриминационный характер¹.

На сегодняшний день в практике деятельности судов отдельных государств выработалось четкое (негативное) отношение к этническому профайлингу как к недопустимой форме поведения сотрудников правоохранительных органов, которое нарушает конституционные принципы взаимоотношения государства (в лице полиции) и человека. В частности, суды не принимают в качестве доказательств те из них, которые были получены в результате действий сотрудников полиции, оцениваемых как дискриминационные. В подобных ситуациях судами применяется «доктрина плодов отравленного дерева», в соответствии с которой считается, что если источник доказательств является ненадлежащим, то все доказательства, полученные при его помощи, будут такими же. Недопустимыми являются доказательства, полученные путем существенного нарушения прав и свобод человека².

• **принцип демократии**, о котором сказано в ч. 1 ст. 1 Конституции РК: *«Республика Казахстан утверждает себя демократическим... государством...»*. Принцип демократии, означающий признание народа источником власти и позволяющий ему (народу) участвовать в осуществлении гражданской власти посредством прямой и представительной демократии³, возлагает на субъектов публичного управления обязанность организовать свою деятельность таким образом, чтобы народ (граждане) имели возможность реально влиять на содержание принимаемых решений, участвовать в их обсуждении и принятии. Исключение народа (граждан) из управленческих процедур делает эти процедуры противоречащими конституции (в части несоответствия принципу демократии). Следует отметить, что с вступлением в силу АППК, частные лица получили дополнительные возможности для принятия участия в публичном управлении, в частности, они должны быть

¹ Полиция и рома и синти: формирование доверия и взаимопонимания. Примеры надлежащей практики. Серия публикаций ОСВПД. Т. 9. 2010. С. 7, 36. URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/1/1/74952.pdf>

² См.: Як ККС ВС застосовує доктрину ЄСПЛ «плід отруйного дерева». URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/152870-yak-kks-vs-zastosovuye-doktrinu-yespil-plid-otruynogo-dereva>

³ См.: Вакулова Т. В., Матросов М. А. К вопросу о демократии: определения и основные принципы // Гуманитарная парадигма. 2017. № 3. С. 53.

в обязательном порядке вовлечены в процесс принятия/издания обременяющих административных актов (ст. 66, 73).

ВАЖНО!

В Концепции развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года: построение «человекоцентричной модели – «Люди прежде всего» содержится несколько важных положений, направленных на реализацию принципа демократии в данной сфере. В частности, в документе говорится:

«В условиях текущих социальных процессов и новых экономических вызовов, в том числе вследствие пандемии, серьезной задачей для системы государственного управления является необходимость формирования модели принятия решений, основанной на активном участии гражданского общества»;

«Принцип подотчетного государства основывается на участии граждан в принятии государственных решений, а также широкое использование современных информационных технологий и новых средств коммуникации при взаимодействии с гражданами»;

«Бюджетные планы должны формироваться при участии граждан и с учетом их потребностей».

На основании изложенного необходимо сделать вывод, что в самое ближайшее время должны быть разработаны и приняты новые правила (нормы административного права), позволяющие частным лицам стать активными участниками управленческих процессов.

3.5. Особенности применения норм международного права в сфере публичного управления

Юридические акты, содержащие нормы международного права, которыми регулируется деятельность субъектов публичного управления, имеют разную правовую природу и, соответственно, различную юридическую силу, что выносит на повестку дня вопрос о порядке (последовательности) их применения субъектами публичного управления. В связи с этим сформулируем здесь ответы на ряд принципиальных вопросов.

Какой юридический акт, международный договор / иное обязательство Республики или национальный нормативный правовой акт имеет высшую юридическую силу?

В законодательстве РК можно найти несколько положений, определяющих юридическую силу и порядок действия на территории страны **международных договоров** и иных обязательств Республики.

Международный договор Республики Казахстан – международное соглашение, заключенное Республикой Казахстан с иностранным государством (иностранными государствами) или с международной организацией (международными организациями) в письменной форме и регулируемое международным правом независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования¹.

В частности, речь идет о:

1) ч. 1 ст. 4 Конституции РК: *«Действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики»;*

2) ч. 3 ст. 4 Конституции РК: *«Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами. Порядок и условия действия на территории Республики Казахстан международных договоров, участником которых является Казахстан, определяются законодательством Республики»;*

3) ст. 20-1 Закона РК «О международных договорах Республики Казахстан»²: *«Международные договоры Республики Казахстан, ратифицированные Республикой Казахстан и являющиеся действующими, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона»;*

4) ч. 4 ст. 1 АППК: *«Международные договорные и иные обязательства Республики Казахстан, а также нормативные*

¹ Пункт 6 ч. 1 ст. 1 Закона Республики Казахстан «О международных договорах Республики Казахстан».

² См.: О международных договорах Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 30 мая 2005 г. № 54 // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2005. № 10. Ст. 35.

постановления Конституционного Совета и Верховного Суда Республики Казахстан являются составной частью административного и административно-процессуального права».

Из приведенных выше положений нормативных правовых актов вытекают следующие выводы, посредством которых может быть дан ответ на сформулированный выше вопрос:

во-первых, международные акты, обязательные для субъектов публичного управления, представлены исключительно международными договорами и иными обязательствами Республики;

«... **Иные обязательства** могут возникать как в рамках порождающих их международных договоров, выступая их составными частями, либо логическими содержательными (материальными) либо организационными (процессуальными) продолжениями, так и самостоятельно, вне международных договоров... »¹

во-вторых, высшей юридической силой на территории РК обладает Конституция РК. В случае возникновения коллизий/противоречий между Конституцией РК и международным договором применению подлежит Конституция РК. Подобным образом должна решаться также и коллизия между нормативным постановлением Конституционного Совета РК по вопросам толкования Конституции РК и международным договором;

«В Постановлении Конституционного Совета Республики Казахстан от 7 мая 2001 г. № 6/2 «О представлении Кызылординского областного суда о признании неконституционными части второй пункта 6.12 статьи 6 Договора аренды комплекса «Байконур», статей 5 и 11 Соглашения о взаимодействии правоохранительных органов в обеспечении правопорядка на территории комплекса «Байконур»» подтверждается принцип верховенства Конституции на территории Республики, указывается на обязательность соответствия ей международных договоров. В Постановлении Конституционного Совета Республики Казахстан от 18 мая 2006 г. № 2 «Об официальном

¹ См.: Об официальном толковании норм статьи 4 Конституции Республики Казахстан применительно к порядку исполнения решений международных организаций и их органов: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 5 ноября 2009 г. № 6 // Казахстанская правда. 2009. № 283 (26027); Оралова Е. Д. Международные обязательства в контексте Основного закона Республики Казахстан // Право и государство. 2015. № 3 (68). С. 59–65.

толковании подпункта 7) статьи 54 Конституции Республики Казахстан» указано, что в случае признания в установленном порядке международного договора Республики Казахстан или отдельных его положений противоречащими Конституции Республики, обладающей, согласно пункту 2 статьи 4 Основного Закона высшей юридической силой на территории Республики, такой договор полностью или в части, признанной не соответствующей Конституции, не подлежит исполнению»¹.

в-третьих, международные договоры, и иные обязательства республики Казахстан, которые прошли процедуры ратификации (или иную равную по своим юридическим последствиям процедуру), имеют приоритет перед всеми законами РК, независимо от их статуса и названия. «Это означает, что Республика Казахстан выражает свое согласие на преимущественную юридическую силу тех заключенных ею международных договоров перед национальным законодательством, которые ратифицированы Парламентом Республики путем принятия соответствующего закона»²;

«Решения международных организаций и их органов, участником которых является Республика Казахстан, могут приобретать юридические свойства ратифицированного Республикой международного договора в случае непосредственного указания на обязательный характер для Казахстана данных решений в международном договоре, ратифицированном Республикой Казахстан»³.

«В случае коллизии между обязательным для Казахстана решением международной организации и (или) ее органа и нормативными правовыми актами Республики Казахстан действует решение международной организации и (или) ее органа впредь до устранения такой коллизии»⁴.

При этом следует иметь в виду, что по Положению о Евразийской экономической комиссии (Приложение № 1 к Договору о Евразийском эконо-

¹ Об официальном толковании норм статьи 4 Конституции Республики Казахстан применительно к порядку исполнения решений международных организаций и их органов: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 5 ноября 2009 г. № 6.

² Об официальном толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан: постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 11 октября 2000 г. № 18/2 // Казахстанская правда. 2000. № 274-275.

³ Об официальном толковании норм статьи 4 Конституции Республики Казахстан применительно к порядку исполнения решений международных организаций и их органов: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 5 ноября 2009 г. № 6 // Казахстанская правда. 2009. № 283 (26027).

⁴ Там же.

мическом союзе) обязательными для исполнения государств – членов Евразийского экономического союза могут быть лишь решения Евразийской экономической комиссии, которые носят нормативный правовой характер, т.е. являются общеобязательными и распространяются на неопределенный круг субъектов¹.

«Если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены в настоящем Законе, то применяются правила международного договора»².

Что делать в случае возникновения конкуренции между международным договором / иным обязательством Республики и национальным нормативным правовым актом?

Ответ на данный вопрос зависит от того, между какими юридическими актами возникла конкуренция. В любом «конкурентном столкновении» приоритет всегда отдается нормам Конституции РК.

В случае же конкуренции между нормами международного договора и иных обязательств Республики, которые прошли процедуры ратификации (или иную равную по своим юридическим последствиям процедуру), и актами национального права (законами и подзаконными актами), приоритет имеют нормы международного права. В то же время это не означает отмену ими норм действующего права Казахстана. Приоритет предполагает лишь их ситуативное превосходство в случаях коллизий с нормами законов³. При этом, однако, не могут применяться непосредственно и, соответственно, иметь приоритет перед нормативными правовыми актами Республики Казахстан решения международных

¹ См.: О ратификации Договора о Евразийском экономическом союзе: закон Республики Казахстан от 14 октября 2014 г. № 240-V ЗРК // Ведомости Парламента РК. 2014. № 20. Ст. 99.

² О государственной службе Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 23 ноября 2015 г. № 416-V ЗРК (ч. 2 ст. 2).

³ См.: Об официальном толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан: постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 11 октября 2000 г. № 18/2 // Казахстанская правда. 2000. № 274-275; *Кубеев Е. К.* Права человека – основной приоритет современного казахстанского государства и права // Право и государство. 2013. № 2 (59). С. 43.

организаций и их органов, ущемляющие конституционные права и свободы человека и гражданина¹.

Каким образом субъекты публичного управления должны применять международный договор / иное обязательство Республики?

Для международного договора и иных обязательств Республики не требуется издания никакого дополнительного национального нормативного акта, если иное не предусмотрено в самом международном акте. Нормы международного права применяются непосредственно². Таким образом, субъекты публичного управления должны знать содержание международных актов, ратифицированных республикой, которые касаются соответствующего направления их деятельности, и относиться к ним как к действующему праву; руководствоваться ими в процессе своей работы;

ВАЖНО!

На сегодняшний день наблюдается коллизия между положением п. 6 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан», где сказано, что *«Ратифицированные международные договоры, имеющие непосредственное действие и не требующие издания законов для их применения, используются в качестве норм материального (за исключением сфер уголовно-правовых и административно-правовых отношений) или процессуального права при разрешении дел...»* и положением ч. 4 ст. 1 АППК, закрепившей положение о том, что *«Международные договорные и иные обязательства Республики Казахстан, а также нормативные постановления Конституционного Совета и Верховного Суда Республики Казахстан являются составной частью административного и административно-процессуального права»*.

¹ См.: Об официальном толковании норм статьи 4 Конституции Республики Казахстан применительно к порядку исполнения решений международных организаций и их органов: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 5 ноября 2009 г. № 6 // Казахстанская правда. 2009. № 283 (26027).

² См.: О международных договорах Республики Казахстан: закон Республики Казахстан (ст. 20-1); О применении норм международных договоров Республики Казахстан: нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 г. № 1 (абз. 2 п. 3).

Поскольку кодекс имеет более высокую юридическую силу, нет правовых препятствий для того, чтобы использовать ратифицированные международные договоры в качестве норм материального права, регламентирующих административно-процедурные и административно-процессуальные отношения.

Всеми ли международными договорами / иными обязательствами Республики должны/обязаны руководствоваться в процессе работы субъекты публичного управления?

Грамматическое толкование ч. 3 ст. 4 Конституции РК: *«Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами»* – позволяет сделать однозначный вывод о том, что юридически обязательными для субъектов публичного управления становятся только те международные договоры, которые прошли процедуру ратификации в Парламенте путем издания специального закона (закона о ратификации международного договора). Вместе с тем необходимо обратить внимание, что в соответствии с пунктом 2 Постановления Конституционного Совета Республики Казахстан «Об официальном толковании подпункта 7) статьи 54 Конституции Республики Казахстан» от 18 мая 2006 года, акты Республики Казахстан о ратификации международных договоров и акты Республики Казахстан о присоединении к международным договорам равнозначны по своей юридической силе и правовым последствиям. В связи с этим международные договоры, обязательность которых для Казахстана установлена нормативными правовыми актами о присоединении к международным договорам, принятыми высшим представительным органом Республики, осуществляющим законодательные функции (Верховным Советом, Парламентом Республики Казахстан) и указами Президента Республики Казахстан, имеющими силу закона, приравниваются к ратифицированным Республикой Казахстан международным договорам¹.

¹ Об официальном толковании подпункта 7) статьи 54 Конституции Республики Казахстан: постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 18 мая 2006 г. № 2 // Казахстанская правда. 2006. № 160 (25131).

Таким образом, субъекты публичного управления перед применением и оценкой юридической силы международного договора / иного обязательства Республики должны проверить¹, прошел ли такой договор процедуру ратификации или присоединилась ли РК к такому международному договору². Если эти условия выполнены, международный договор подлежит непосредственному применению / прямому действию³ (т.е. без необходимости детализации его положений национальными актами) в качестве регулятора соответствующего вида административно-правовых отношений.

Наряду с ратифицированными международными договорами существует/действует и определенное число международных договоров, которые не подлежат ратификации.

ВАЖНО!

Казахстан является участником большого числа международных договоров. Однако далеко не все международные договоры подлежат ратификации. В ст. 11 Закона РК «О международных договорах Республики Казахстан» перечислены международные договоры (виды), которые подлежат ратификации. Иные виды международных договоров, таким образом, не подлежат ратификации. Такие договоры вступают в юридическую силу иным путем / способом (подписанием, обменом документами, образующими договор, утверждением и т.д.). Договоры, не требующие ратификации, являются действующими и подлежат обязательному и добросовестному выполнению Республикой Казахстан (ст. 20 Закона РК «О международных договорах Республики Казахстан»).

Международные договоры, не подлежащие ратификации, **приоритетом перед законами Республики не обладают** и должны исполняться в той мере, в какой они не входят в противоречие с законами Республики⁴. Иными словами, в случае конкуренции

¹ Информация о международных договорах РК сосредоточена в **Государственном реестре международных договоров Республики Казахстан** – единой государственной системе регистрации, учета и хранения международных договоров Республики Казахстан, содержащей подлинники и официально заверенные депозитарием копии международных договоров, их реквизиты и другие сведения информационно-справочного характера о них, определяемые Министерством иностранных дел.

² См.: Статья 17 Закона РК «О международных договорах Республики Казахстан».

³ По аналогии с прямым действием норм Конституции (см. подраздел 3.4.2).

⁴ См.: Об официальном толковании подпункта 7) статьи 54 Конституции Республики Казахстан: постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 18 мая 2006 г. № 2 // Казахстанская правда. 2006. № 160 (25131).

между международным договором, не подлежащим ратификации, и законом РК применению подлежит закон, а не международный договор.

Вместе с тем открытым остается вопрос: в каком юридическом соподчинении находятся между собой международный договор, не подлежащий ратификации, и, скажем, постановление Правительства РК? Какой из названных актов обладает большей/высшей юридической силой? Ответ на данный вопрос, на наш взгляд, необходимо искать в ст. 26 и 27 Венской конвенции о праве международных договоров, где указано, что *«каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться. Участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора»*¹.

Принимая во внимание изложенное, а также учитывая положение Преамбулы Конституции РК, где говорится о том, что народ Казахстана желает занять достойное место в мировом сообществе, на мой взгляд, можно сделать вывод, что нератифицированный международный договор имеет приоритет по отношению к подзаконным нормативным правовым актам РК. При ином подходе едва ли может быть обеспечено добросовестное исполнение страной взятых на себя международно-правовых обязательств и прежде всего тех документов, которые были подписаны первыми лицами государства. Что касается норм национального права, которые не согласуются с положением международного договора, то, как справедливо отмечается в литературе, они должны быть откорректированы и приведены в соответствие с ним². В связи с изложенным, нельзя поддержать мысль о том, что «в ткань действующего права РК могут входить только ратифицированные международные договоры»³.

¹ Венская конвенция о праве международных договоров. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml

² См.: Третьяков Д. До питання про статус та місце міжнародних договорів у правовій системі України // Віче. 2008. № 14.

³ Утверждение верховенства права, общечеловеческих ценностей и приоритетов современного государства: деятельность Конституционного Совета Республики Казахстан / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами; предисл. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами. С. 44.

3.6. Юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления национального уровня

Подавляющее большинство норм административного права, которыми руководствуются в своей деятельности субъекты публичного управления, с одной стороны, и которые содержат права и обязанности частных лиц в сфере публичного управления, с другой стороны, содержится в национальных нормативных правовых актах, т.е. тех, которые изданы/приняты органами публичной власти РК. В связи с существованием большого количества органов публичной власти, которые при этом обладают еще и разной компетенцией, целесообразным будет разделить такие акты на отдельные подгруппы, выделив, соответственно:

- нормативные правовые акты субъектов общегосударственного уровня;
- нормативные правовые акты субъектов публичного управления местного уровня;
- нормативные правовые акты субъектов делегированных полномочий.

Рассмотрим названные группы нормативных правовых актов более детально.

3.6.1. Нормативные правовые акты субъектов общегосударственного уровня

Нормативные правовые акты общегосударственного уровня, содержащие нормы административного права, могут приниматься/издаваться органами и должностными лицами, относящимися к различным ветвям государственной власти, а также теми субъектами, которые функционируют вне рамок трех традиционно выделяемых ветвей власти. Выделим основных субъектов издания нормативных правовых актов данной группы:

1) Парламент РК

В соответствии с Конституцией РК (ст. 54) Парламент принимает конституционные законы и законы, многие из которых регу-

лируют деятельность субъектов публичного управления, устанавливая их функции и полномочия.

ПРИМЕР

Закон РК «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан»;

Закон РК «О государственной службе Республики Казахстан»;

Закон РК «О государственных услугах».

Вместе с тем необходимо отметить, что в соответствии с Законом РК «О правовых актах»¹ Парламент кроме конституционных законов и законов принимает также и иные виды законодательных актов, а именно:

- законы, вносящие изменения и дополнения в Конституцию Республики Казахстан²;
- кодексы;
- консолидированные законы;
- постановления Парламента Республики Казахстан;
- постановления Сената и Мажилиса Парламента Республики Казахстан.

Данные акты содержат многочисленные нормы, в том числе административного права, выступая, таким образом, юридическими регуляторами деятельности субъектов публичного управления. При этом необходимо отметить, что тот или иной закон, может содержать в себе одновременно нормы права различной правовой природы – административного права, экологического права, гражданского права и т.д. Так называемых «чистых» административно-правовых нормативных актов не так много. Такой подход в целом является обоснованным, поскольку позволяет обеспечить целостность (полноту) правового регулирования тех или иных общественных отношений.

В контексте анализа нормативных правовых актов Парламента как юридической основы публичного управления обращает на себя внимание проблема понимания и употребления терминологии, используемой в этой

¹ См.: О правовых актах: закон Республики Казахстан от 6 апреля 2016 г. № 480-V ЗРК // Ведомости Парламента РК. 2016. № 7-I. Ст. 46.

² В данном виде законов содержатся исключительно нормы конституционного права, поскольку речь идет о внесении изменений в Конституцию РК.

сфере. В соответствии с Законом РК «О правовых актах» нормативные акты, издаваемые Парламентом, обозначаются категорией «**законодательный акт**», которая включает в себя: закон, вносящий изменения и дополнения в Конституцию Республики Казахстан, конституционный закон, кодекс, консолидированный закон, закон, постановление Парламента Республики Казахстан, постановления Сената и Мажилиса Парламента Республики Казахстан.

Как видим, Конституция РК не отнесена к категории «законодательный акт».

Наряду с «законодательным актом» используется также термин «**законодательство Республики Казахстан**», который представляет собой более широкую/объемную категорию, включающую всю совокупность нормативных правовых актов, принятых в установленном порядке. Синонимичным для данной категории является термин «**система законодательства Республики Казахстан**»; данную систему составляют Конституция Республики Казахстан, соответствующие ей законодательные акты, **иные нормативные правовые акты**¹, в том числе нормативные постановления Конституционного Совета Республики Казахстан и Верховного Суда Республики Казахстан.

Более широкой/объемной, в сравнении с названными выше, является категория «**действующее право Республики Казахстан**», которая объединяет как все национальные (казахстанские) нормативные правовые акты (законодательство Республики Казахстан), так и международные договоры и иные обязательства Республики.

Система описанных выше категорий, таким образом, может быть построена следующим образом (от частного к общему):

- закон;
- законодательный акт;
- законодательство РК / система законодательства РК;
- действующее право РК.

¹ По мнению Конституционного Совета РК, к **иным правовым актам** относятся следующие акты, содержащие нормы права: акты, принятые на республиканском референдуме, изданные Президентом Республики в 1995–1996 гг., указы, имеющие силу законов, в том числе конституционных; а также указы, имеющие силу законов, принятые в соответствии с п. 2 ст. 61 Конституции РК; указы Президента, постановления Парламента, его палат и Правительства республики, акты министерств и государственных комитетов, центральных исполнительных органов, не входящих в состав Правительства РК, а также ведомств, осуществляющих в соответствии со ст. 23, 24 имеющего силу конституционного закона Указа Президента РК «О Правительстве Республики Казахстан» межотраслевую координацию, иные исполнительные и распорядительные функции, специальные исполнительные и контрольно-надзорные функции, решения местных представительных и исполнительных органов, решения органов местного самоуправления, а также акты, издание которых предусматривается законодательством // Об официальном толковании п. 1 ст. 4, п. 1 ст. 14, пп. 3 п. 3 ст. 77, п. 1 ст. 79 и п. ст. 83 Конституции РК: постановление Конституционного Совета РК от 6 марта 1997 г. № 3.

ВАЖНО!

В Конституции РК наряду с термином «закон» употребляется и категория «конституционный закон», в связи с чем возникает вопрос: в тех случаях, когда в тексте Конституции РК говорится о законе, включает ли он (закон) в себя также и конституционный закон? Например, в ч. 2 ст. 62 Конституции РК сказано: «Законы Республики вступают в силу после их подписания Президентом Республики». Ответ на данный вопрос сформулирован Конституционным Советом, который установил, что категория «закон», употребляемая в подпункте 2) статьи 44, пункте 2 статьи 61, пункте 2 статьи 62, подпункте 2) пункта 1 статьи 72 Конституции Республики Казахстан, охватывает своим содержанием понятие «конституционный закон»¹.

Наряду с названными выше нормативными правовыми актами Сенат Парламента и Межелис Парламента имеют право принимать и иные акты, **не носящие законодательного характера**:

- Сенат Парламента: обращения, декларации, заявления и иные акты²;
- Мажилис Парламента: обращения, декларации, заявления и иные акты³.

2) Президент РК

В соответствии с Конституцией РК (ст. 45), а также Законом РК «О правовых актах» (ст. 7) Президент РК издает **нормативные правовые указы**, имеющие обязательную силу на всей территории Республики и регулирующие широкий спектр вопросов в сфере публичного управления.

ПРИМЕР

Президент РК утверждает положения о государственных органах, ему непосредственно подчиненных и подотчетных; утверждает Положение о Центральной избирательной комиссии; положения о консультативно-со-

¹ Об официальном толковании подпункта 2) статьи 44, пункта 2 статьи 45, пункта 2 статьи 61, пункта 2 статьи 62, подпункта 2) пункта 1 статьи 72 Конституции Республики Казахстан: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 3 июля 2000 г. № 15/2. URL: <https://ksrk.gov.kz/index.php/ru/solutions/np-ks-rk-ot-03072000-g-no152-ob-oficialnom-tolkovanii-podpunkta-2-stati-44-punkta-2-stati>

² См.: Регламент Сената Парламента Республики Казахстан: постановление Сената Парламента Республики Казахстан от 8 февраля 1996 г. URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/B960000002_info

³ См.: Регламент Мажилиса Парламента Республики Казахстан: постановление Мажилиса Парламента Республики Казахстан от 8 февраля 1996 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1996. № 3. Ст. 213–216.

щательных органах, об Ассамблее народа Казахстана, иных учреждениях и организациях при Президенте Республики и т.д.¹

При этом важно обратить внимание на то, что Президент РК имеет право издавать также **распоряжения**, которые не являются нормативными правовыми актами, а представляют собой, в подавляющем большинстве случаев, акты применения права. Некоторые распоряжения Президента являются также **административными актами**.

3) Правительство РК

В соответствии с Конституцией РК (ст. 64, 69) и конституционным законом РК «О Правительстве Республики Казахстан» (ст. 10)² Правительство РК осуществляет исполнительную власть Республики Казахстан, возглавляет систему исполнительных органов и осуществляет руководство их деятельностью. Правительство уполномочено издавать по вопросам своей компетенции **постановления**, имеющие обязательную силу на всей территории Республики. Принимая во внимание центральную (определяющую) роль Правительства РК в управленческой деятельности, подавляющее большинство его постановлений содержат нормы административного права и, таким образом, выступают юридическим регулятором деятельности субъектов публичного управления.

ПРИМЕР

Постановление Правительства Республики Казахстан от 4 июня 2021 г. № 375 «Об утверждении Правил организации и проведения закупок лекарственных средств, медицинских изделий и специализированных лечебных продуктов в рамках гарантированного объема бесплатной медицинской помощи и (или) в системе обязательного социального медицинского страхования, фармацевтических услуг и признании утратившими силу некоторых решений Правительства Республики Казахстан».

Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 августа 2007 г. № 686 «Об утверждении Правил лицензирования и квалификацион-

¹ О Президенте Республики Казахстан: конституционный закон Республики Казахстан от 26 декабря 1995 г. № 2733 // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 24. Ст. 172.

² См.: О Правительстве Республики Казахстан: конституционный закон Республики Казахстан от 18 декабря 1995 г. № 2688 // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 23. Ст. 145.

ных требований, предъявляемых к осуществлению охранной деятельности, к деятельности по монтажу, наладке и техническому обслуживанию средств охранной сигнализации, за исключением деятельности при выполнении строительно-монтажных работ».

Наряду с этим, следует подчеркнуть, что Правительство РК имеет право издавать также **индивидуальные постановления**, а Премьер-Министр – **распоряжения** (по вопросам административно- распорядительного, оперативного и индивидуального характера), которые, не являясь нормативными правовыми актами, таким образом, не относятся к юридическим регуляторам деятельности субъектов публичного управления.

4) Министерства РК

В соответствии с конституционным законом РК «О Правительстве Республики Казахстан» (ст. 22) министерство является центральным исполнительным органом Республики, осуществляющим руководство соответствующей отраслью (сферой) государственного управления, а также – в пределах, предусмотренных законодательством, – межотраслевую координацию. Решения, принимаемые министерством, оформляются **приказами** министра, которые могут носить как нормативный, так и индивидуальный характер. Нормативные приказы министерств выступают юридической основой деятельности для субъектов публичного управления, действующих, как правило, в сфере «ответственности» соответствующего министерства; кроме того, такими приказами руководствуются и частные лица, вступая в правоотношения с соответствующим министерством или его территориальным органом.

5) иные центральные исполнительные органы, подчиненные Правительству (ч. 1 ст. 64 Конституции РК)

В соответствии со ст. 66 Конституции РК наряду с министерствами (на центральном уровне) могут функционировать также и государственные комитеты, а также иные центральные органы, руководители которых издают **приказы**, которые могут носить как нормативный, так и индивидуальный характер (ч. 5 ст. 24 Закона РК «О Правительстве Республики Казахстан», ст. 7 Закона РК «О правовых актах»).

б) иные государственные органы общегосударственной компетенции

Широкими управленческими (исполнительными) полномочиями наделены также иные государственные органы, которые в соответствии с законодательством РК подчиняются не Правительству, а преимущественно Президенту РК. Подчинение таких органов Президенту РК может осуществляться в различных формах: непосредственное подчинение (прямое руководство), подотчетность; Президент РК утверждает положение об органе; назначает руководителя органа; формирует (создает) орган и т.п. В данном случае речь идет, например, о Совете Безопасности РК, Центральной избирательной комиссии РК, Национальном Банке РК, Комитете национальной безопасности РК, Агентстве Республики Казахстан по делам государственной службы и др. Данные органы уполномочены издавать нормативные правовые акты (они могут иметь различное название), которые следует относить к юридическим регуляторам деятельности субъектов публичного управления.

7) юридические лица, не имеющие статуса государственного органа

В настоящее время в сфере публичного управления имеет место тенденция, связанная с трансформацией органов публичной власти в иные виды юридических лиц публичного права с возложением на них определенных управленческих функций в определенных сферах. За счет такого подхода решаются задачи сокращения числа государственных служащих, оптимизации государственных органов, упрощения управленческих процедур и т.д. Названные субъекты в процессе выполнения возложенных на них заданий также издают нормативные правовые акты (как правило **приказы**), которыми руководствуются в процессе своей деятельности иные субъекты управленческой деятельности.

ПРИМЕР

Некоммерческое акционерное общество «Фонд социального медицинского страхования»

8) государственные учреждения без статуса юридического лица

Наряду с юридическими лицами публичного права в РК функционируют государственные учреждения, не имеющие статуса юридического лица, но выполняющие публичные управленческие функции. В процессе своей деятельности они могут издавать нормативные правовые акты, выступающие юридической основой для публичного управления.

ПРИМЕР

В соответствии с Законом РК «О Высшем Судебном Совете Республики Казахстан»¹ Высший Судебный Совет РК является автономным **государственным учреждением**, создаваемым в целях обеспечения конституционных полномочий Президента Республики Казахстан по формированию судов, гарантий независимости судей и их неприкосновенности. Высший Судебный Совет не имеет статуса юридического лица. В рамках реализации своих полномочий Совет принимает решения, носящие нормативный правовой характер.

3.6.2. Нормативные правовые акты субъектов публичного управления местного уровня

В соответствии с Законом РК «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан»² на местном уровне в Республике функционирует местное государственное управление и самоуправление, направленное на обеспечение эффективного выполнения задач государственного строительства с учетом местных (региональных) особенностей. Важным элементом подобной системы является вовлечение населения в процесс реализации публичной власти на уровне отдельных территориально-административных единиц – области, района, города, района в городе, сельского округа, поселка и села, не входящего в состав сельского округа.

¹ См.: О Высшем Судебном Совете Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 4 декабря 2015 г. № 436-V // Ведомости Парламента РК. 2015. № 23-II. Ст. 173.

² См.: О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан: закон Республики Казахстан от 23 января 2001 г. № 148 // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001. № 3. Ст. 17.

С целью обеспечения функционирования местного государственного управления и самоуправления, в частности, для регулирования административно-правовых отношений, возникающих на местном уровне, соответствующие субъекты уполномочены на издание нормативных правовых актов. В данном случае речь идет о:

- нормативных правовых решениях маслихатов;
- нормативных правовых постановлениях акиматов;
- нормативных правовых решениях акимов;
- нормативных правовых постановлениях ревизионных комиссий области, города республиканского значения, столицы.

ВАЖНО!

В соответствии с Законом РК «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан» на местном уровне может функционировать аппарат акима – государственное учреждение, обеспечивающее деятельность местного исполнительного органа, акима и осуществляющее иные функции, предусмотренные законодательством Республики Казахстан. В соответствии с Типовым положением об аппарате акима города районного значения, села, поселка, сельского округа¹ аппарат акима является юридическим лицом, однако он (аппарат) не уполномочен на издания нормативных правовых актов.

ВАЖНО!

В соответствии с ч. 5 ст. 7 Закона РК «О правовых актах» территориальные подразделения уполномоченных органов, а также местные исполнительные органы, уполномоченные акимом, финансируемые из местных бюджетов, **не вправе** издавать нормативные правовые акты.

3.6.3. Нормативные правовые акты субъектов делегированных полномочий

Все чаще отдельные функции/полномочия субъектов публичного управления передаются на исполнение субъектам частного права. Эта тенденция является характерной для всех современных государств, которые в этой части пребывают на позиции, что органы публичной власти должны исполнять лишь те полномо-

¹ Об утверждении Типового положения об аппарате акима города районного значения, села, поселка, сельского округа: приказ Министра национальной экономики Республики Казахстан от 7 августа 2017 г. № 294. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/V1700015632/info>

чия, которые не могут быть переданы частным лицам в силу их публичной значимости (оборона, охрана общественного порядка, налогообложение и т.п.). Остальные полномочия могут быть делегированы частным лицам.

Делегирование полномочий по осуществлению публичных функций и услуг представляет собой прием (способ) публично-правового регулирования, преследующий цель перераспределения полномочий и передачи (предоставления) их единожды, на определенный срок или бессрочно, от государственных органов, обладающих ими, другим государственным и муниципальным органам, негосударственным организациям и иным субъектам, которые смогут реализовать данные полномочия наиболее эффективным образом¹.

В разных государствах объемы делегированных функций/полномочий различаются, что объясняется национальными особенностями государственного развития, уровнем управления и готовности гражданского общества принять на себя часть государственной «ответственности». На сегодняшний день существуют примеры функционирования частных тюрем, частных судебных исполнителей, частных университетов и пр., хотя ранее эти направления деятельности реализовывались исключительно государством.

ПРИМЕР

Достаточно интересен в рамках исследуемой проблематики пример делегирования федеральным органом исполнительной власти – Роскомнадзором организации MediaScore полномочиями в сфере средств массовой информации и рекламы. В июле 2016 г. были внесены соответствующие изменения в тексты Федеральных законов «О средствах массовой информации» и «О рекламе», в которых впервые на законодательном уровне регламентирована деятельность по проведению исследований объема зрительской аудитории телеканалов (телепрограмм, телепередач). Установлено, что организация, уполномоченная на ведение данного исследования, определяется Роскомнадзором. По итогам конкурса, проведенного сформированной Роскомнадзором комиссией, полномочия на измерение телевизионной аудитории в России с 1 января 2017 г. на ближайшие три года получила исследовательская компания MediaScore (ранее TNS)².

¹ См.: Ястребов О.А. Делегирование государственных полномочий и функций негосударственным организациям // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2016. № 5. С. 33.

² Там же. С. 37–38.

Идея делегирования публичных функций нашла свое отражение и в АППК (глава 8), где закреплено, в частности, что передача функций центральных и (или) местных исполнительных органов в конкурентную среду осуществляется путем: 1) аутсорсинга; 2) государственного задания; 3) государственного социального заказа; 4) передачи за счет пользователей; 5) введения саморегулирования, основанного на обязательном членстве (участии).

Реализация делегированных функций субъектами частного права может сопровождаться также изданием **нормативных правовых актов**, обязательных для участников соответствующих управленческих отношений. В этой части следует отметить, что наличие подобных полномочий у субъектов делегированных полномочий должно рассматриваться скорее как исключение, а не как правило, поскольку более целесообразным выглядит все-таки наличие государственной монополии на нормативно-правовое регулирование общественных отношений. Такой подход позволит обеспечить более высокий уровень стабильности и прогнозируемости нормативных правовых актов. С другой стороны, нельзя не упомянуть и о том, что наличие полномочий на издание субъектами делегированных полномочий нормативных правовых актов не согласуется с положениями Закона РК «О правовых актах», в котором такой субъект нормотворческой деятельности не называется.

ПРИМЕР

В соответствии с Законом РК «О Национальной палате предпринимателей Республики Казахстан»¹ Национальная палата предпринимателей Республики Казахстан является некоммерческой, самоуправляемой организацией, созданной совместным решением Правительства Казахстана и НЭПК «Союз Атамекен» с целью формирования благоприятных условий для развития предпринимательства на основе эффективного партнерства бизнеса и власти.

В рамках реализации ее полномочий Национальная палата издает (утверждает) разнообразные правила, нормы и стандарты, представляющие собой нормативные правовые акты.

¹ См.: О Национальной палате предпринимателей Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 4 июля 2013 г. № 129-V // Ведомости Парламента РК. 2013. № 15. Ст. 80.

3.7. Нормативные постановления Конституционного Совета Республики Казахстан

В соответствии с ч. 1 ст. 4 Конституции РК **нормативные постановления Конституционного Совета РК**, представляющие собой итоговое решение, являются частью действующего права.

ВАЖНО!

Нормативные постановления Конституционного Совета основываются только на Конституции РК, все иные нормативные правовые акты не могут им противоречить. Причем юридическая сила нормативных постановлений, как отмечается в литературе, приравнивается к тем нормам Конституции РК, которые были интерпретированы Советом¹.

Юридическая сила нормативных постановлений Конституционного Совета может быть **дополнительно подчеркнута следующим**: во-первых, в ряде случаев решения Конституционного Совета явились основанием для принятия новых законов; во-вторых, известны случаи принятия Указов Президента РК на основе его решений; в-третьих, суды применяют Постановления Конституционного Совета при рассмотрении конкретных дел; в-четвертых, на решения Конституционного Совета опираются в своей деятельности прокуроры всех рангов и т.д.²

В ст. 32 Закона РК «О Конституционном Совете Республики Казахстан» сказано, что решения Конституционного Совета принимаются в форме постановлений, в том числе нормативных постановлений, являющихся составной частью действующего права Республики Казахстан. Таким образом, законодатель подчеркивает, что Конституционный Совет может принимать различные виды постановлений, одним из видов которых является нормативное постановление.

В связи с этим в литературе высказывается обоснованное, на наш взгляд, мнение, что постановления Конституционного Совета можно разделить на две группы: **нормативные и индивидуальные**³, последние из которых, таким образом, не мо-

¹ Конституция Республики Казахстан. Научно-практический комментарий. Алматы: Раритет, 2015. С. 415.

² Утверждение верховенства права, общечеловеческих ценностей и приоритетов современного государства: деятельность Конституционного Совета Республики Казахстан / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами; предисл. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами. С. 125.

³ Там же.

гут быть отнесены к разряду действующего права, поскольку не являются нормативно-интерпретационными актами по своему содержанию.

По обращению Президента Республики Казахстан, Председателя Сената, Председателя Мажилиса, не менее одной пятой части от общего числа депутатов Парламента, Премьер-Министра, а в отдельных случаях и по обращению суда (судьи) Конституционный Совет РК **может принимать следующие нормативные постановления:**

- об официальном толковании норм Конституции РК;
- о соответствии Конституции вступившего в силу закона или иного правового акта (по представлению Президента РК);
- о соответствии Конституции принятых Парламентом законов до их подписания Президентом РК;
- о соответствии Конституции принятых Парламентом и его Палатами постановлений;
- о соответствии Конституции законов или иных нормативных правовых актов, которые, **по мнению суда (судьи)**, ущемляют закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина;
- о правильности проведения выборов Президента Республики, депутатов Парламента и проведения республиканского референдума;
- о соответствии Конституции международных договоров Республики до их ратификации.

ВАЖНО!

Нормативные постановления о признании неконституционными правовых актов, которые вступили в силу, в научной литературе получили название «**негативное нормотворчество**»¹. Результатом деятельности Конституционного Совета в подобных случаях становится отдельный вид нормативного правового акта, который является частью/элементом системы законодательства РК.

В части упорядочения управленческих отношений нормативные постановления Конституционного Совета, таким образом, становятся регуляторами деятельности субъектов публичного

¹ См.: *Петришин О.* Судова практика як джерело права в Україні // *Право України.* 2016. № 10. С. 25.

управления, поскольку содержат в себе нормы права¹, с которыми последние должны согласовывать как свою правотворческую, так и правоприменительную деятельность.

ПРИМЕР

15 октября 2008 г. Конституционным Советом РК было принято нормативное постановление № 8 «Об официальном толковании статьи 54, подпунктов 1) и 3) пункта 3 статьи 61, а также ряда других норм Конституции Республики Казахстан по вопросам организации государственного управления». В нем было сформулировано достаточно большое количество нормативных положений, уточняющих правовой статус (прежде всего объем нормотворческих полномочий) субъектов публичного управления. Так, в частности, Конституционный Совет установил, что *«Из содержания норм статьи 54, подпунктов 1) и 3) пункта 3 статьи 61 Конституции Республики Казахстан следует, что компетенция государственных органов устанавливается не только Конституцией, конституционными законами и законами Республики Казахстан, но и подзаконными актами»*². Это означает, что полномочиями по установлению/конкретизации компетенции государственных органов наделены, на основе данного решения, также и Президент РК, центральные органы государственной власти. Иными словами, Конституционный Совет РК создал новую норму права в части объема полномочий Президента РК, центральных органов государственной власти, которой последние обязаны руководствоваться в своей деятельности.

В случае признания Конституционным Советом неконституционным какого-либо нормативного правового акта такой акт утрачивает свой регулирующий характер и не должен применяться субъектами публичного управления. Нормативные постановления не требуют для своей реализации издания дополнительных правовых актов органами законодательной и исполнительной власти; вступают в силу со дня принятия, являются общеобязательными на всей территории Республики, окончательными и не подлежащими обжалованию.

Наряду с изложенным важным является вопрос о том, какая именно часть нормативного постановления Конституционного Совета РК является обязательной для исполнения: только ре-

¹ См.: *Жакаева Л. С.* Конституционный процесс в Республике Казахстан: теоретико-правовые вопросы. Караганда: Изд-во КарГУ, 2006. С. 269.

² Об официальном толковании статьи 54, подпунктов 1) и 3) пункта 3 статьи 61, а также ряда других норм Конституции Республики Казахстан по вопросам организации государственного управления: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 15 октября 2008 г. № 8 // Официальная газета. 2008. 22 нояб. № 47 (413).

зольютивная или же мотивировочная в том числе? Закон РК «О Конституционном Совете Республики Казахстан» в этой части не содержит четких и ясных положений; в нем (ст. 38) зафиксировано лишь следующее: *«Итоговое решение Конституционного Совета вступает в силу со дня его принятия, является общеобязательным на всей территории Республики, окончательным и не подлежащим обжалованию. Порядок вступления в силу иных решений определяется Конституционным Советом».*

На наш взгляд, принимая во внимание значимость и место Конституционного Совета РК в системе государственной власти, а также тот факт, что в мотивировочной части нормативного постановления разъясняются и обосновываются мотивы принятия Советом решения, формулируются развернутые ответы на поставленные перед органом конституционного контроля вопросы (фактически речь идет о детализированной резолютивной части), следует сделать вывод об обязательном характере положений как мотивировочной, так и резолютивной частей нормативного постановления Конституционного Совета РК. При этом, однако, стоит обратить внимание, что в зависимости от цели/содержания того или иного нормативного постановления нормативные правовые положения могут содержаться, например, только (или преимущественно) в мотивировочной части, или же в большей степени в резолютивной. Но, как бы там ни было, обязательность мотивировочной части нормативного постановления Конституционного Совета РК не должна вызывать никаких вопросов и сомнений.

ВАЖНО!

Следует обратить внимание на тот факт, что значительное количество нормативных постановлений Конституционного Совета РК, размещенных в рамках информационно-правовой системы нормативных правовых актов Республики Казахстан «Адилет», обозначены не как нормативные постановления, а как постановления, что может вызвать непонимание на уровне правоприменителей, граждан. Аналогичная ситуация наблюдается и в тексте Конституции РК, размещенной как на сайте <https://adilet.zan.kz>, так и на сайте <https://online.zakon.kz>. В тексте Основного закона, когда идет отсылка к решениям Конституционного Совета РК, они в одном случае именуются «нормативные постановления», а в другом – «постановления», что не согласуется с текстом Конституции РК, которая «знает» лишь нормативные постановления Конституционного Совета РК.

В связи с этим рекомендуется ознакомиться с решениями Конституционного Совета РК на его официальном сайте по адресу: <https://ksrk.gov.kz>

3.8. Иные решения Конституционного Совета Республики Казахстан

Наряду с нормативными постановлениями Конституционный Совет РК также принимает решения в форме **заключений** и **посланий**.

Конституционный закон РК «О Конституционном Совете Республики Казахстан»

Статья 32. Форма решений Конституционного Совета

Решения Конституционного Совета принимаются в форме:

- 1) постановлений, в том числе нормативных постановлений, являющихся составной частью действующего права Республики Казахстан;
- 2) заключений;
- 3) посланий.

В связи с этим возникает вопрос о правовой природе и обязательности данных решений Конституционного Совета для субъектов публичного управления.

В Конституции РК и Конституционном законе РК «О Конституционном Совете Республики Казахстан» определены вопросы, по которым принимаются **заключения**:

- при решении вопросов досрочного освобождения Президента РК от должности при устойчивой неспособности исполнять свои обязанности по болезни;
- при процедуре отрешения Президента РК от должности в случаях государственной измены;
- при проверке проектов закона о внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики на соответствие Конституции РК.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что заключения Конституционного Совета принимаются по промежуточным вопросам и ложатся в основу принятия окончательного решения иными субъектами. Следовательно, они не содержат в себе норм права, обязательных для исполнения неопределенным кругом лиц, в том числе и субъектами публичного управления.

Что касается посланий Конституционного Совета РК, то они представляют собой акты информационного порядка, в которых обобщается ежегодная практика конституционного производства, характеризующая состояние конституционной законности в Республике¹. В связи с этим можно поддержать высказанную в литературе позицию, что послания, хотя и носят рекомендательный характер², но все же оказывают определенное влияние на субъектов публичной власти, ориентируя их на принятие необходимых нормативных правовых актов, изменение практики правоприменения и т.п.

Таким образом, заключения и послания Конституционного Совета не являются юридическими регуляторами деятельности субъектов публичного управления.

3.9. Решения национальных судов как юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления: постановка вопроса

Одним из наиболее дискуссионных вопросов, обсуждаемых в последние годы учеными и практиками, является вопрос о возможности/невозможности отнесения решений судов к источникам права. По этому поводу были высказаны различные мысли и предложения³.

¹ См.: Пункт 2 ч. 4 ст. 17 Конституционного закона РК «О Конституционном Совете Республики Казахстан».

² См.: Утверждение верховенства права, общечеловеческих ценностей и приоритетов современного государства а: деятельность Конституционного Совета Республики Казахстан / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами; предисл. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами. С. 83.

³ См.: *Тлембаева Ж.У.* О правовой природе нормативных постановлений Верховного Суда РК и возможности отнесения их к актам прецедентного права. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35210895#pos=6;-106; *Сидоров В.П., Грицкевич Ю.Н.* К вопросу о признании судебного решения судебным прецедентом и источником права // Вестник Псковского государственного университета. Серия: Экономика. Право. Управление. 2015. № 2. С. 160–165; *Морозова Л.А.* Еще раз о судебной практике как источнике права // Государство и право. 2004. № 1. С. 19–23; *Курас Т.Л.* Судебная практика как источник права в пореформенной России второй половины XIX – начала XX в. // Власть. 2018. Т. 26, № 3. С. 118–124; Петришин О. Судова практика як джерело права в Україні. С. 20–27; *Шевчук С.В.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ, 2007, и др.

ПРИМЕР

По мнению А. Петришина, если в обобщенном виде определить основные направления регулирующего воздействия судебной практики, то она:

1) влияет на формирование единых правил принятия решений в однотипных фактических ситуациях, т.е. обеспечение единой судебной практики, устраняет ситуацию, когда одни и те же категории дел рассматриваются судами по-разному, а значит, способствует обеспечению правовой определенности как одного из важных требований верховенства права;

2) конкретизирует положения нормативных актов в случаях, когда их абстрактность допускает несколько вариантов регулирования;

3) формирует однообразное понимание правовых предписаний, которые сформулированы нечетко, или тех, которые в силу своего устаревания не соответствуют ценностным ориентирам общества, а потому нуждаются в динамическом толковании;

4) заполняет пробелы в правовом регулировании, а также предлагает модели поведения в тех ситуациях, где законодатель сознательно оставил пространство для автономного правового регулирования, но из-за повторяемости спорных ситуаций, которые в связи с этим возникают, есть потребность в выработке устойчивой модели поведения¹.

Формулируя свое отношение к данной проблематике, стоит отметить, что в этой части прежде всего необходимо ориентироваться на действующее законодательство, которое должно быть основой для поиска ответа на вопрос о допустимости рассмотрения решений судов в качестве юридического регулятора деятельности субъектов публичного управления.

Первым исходным положением в этой части является следующее: национальное законодательство не знает и не содержит категории «судебный прецедент» или аналогичной ей, что исключает вопрос о возможности рассмотрения в качестве источников права / юридических регуляторов решений судов по отдельным делам независимо от того, каким органом судебной власти такое решение было принято. Такие решения всегда носят индивидуальный характер и, таким образом, не содержат в себе обязательных для исполнения (соблюдения) неограниченным кругом лиц обобщенных правил поведения (норм права); следовательно, они являются исключительно актами правоприменения.

Наряду с этим следует обратить внимание и на **принцип разделения власти**, который нашел закрепление в ч. 4 ст. 3 Конституции РК и, как справедливо отмечается в литературе, является неотъ-

¹ См.: *Петришин О.* Судова практика як джерело права в Україні. С. 22.

емлемым элементом конституционного строя Казахстана¹. В связи с этим в государстве должны быть исключены любые попытки «вторжения» одной ветви власти в сферу компетенции/полномочий иной. Соответственно органы судебной власти не могут принимать/издавать нормативные правовые акты, которыми будет регулироваться деятельность иных ветвей власти. Конституционная задача судов – отправление правосудия, а не нормативное регулирование общественных отношений за рамками судебной системы.

При этом, изложенное не означает запрета на осуществление нормативного регулирования внутрисистемных/внутрисудебных отношений, складывающихся в судах и/или при их участии. Подобное саморегулирование не вызывает «столкновения» с принципом разделения власти и является необходимым для обеспечения эффективного отправления правосудия.

Идея о возможности/целесообразности предоставления суду, в данном случае имеется в виду Верховный Суд РК, нормативных полномочий (права на установление (формулировка, создание) норм права) базируется на том, что, **во-первых**, принятые Парламентом и субъектами публичного управления нормы права (нормативные акты) иногда имеют пробелы, характеризуются противоречивостью и несогласованностью; это, как следствие, затрудняет осуществление правосудия по отдельным делам или их категориям; **во-вторых**, имеет место необходимость упорядочения (приведения к определенным стандартам) процессуальной деятельности судов. В связи с этим возникает необходимость оперативного восполнения пробелов, решения коллизий, что и достигается, в том числе, посредством принятия Верховным Судом РК актов, содержащих нормы права², – **нормативных постановлений**.

Решением Конституционного Совета были раскрыты характерные черты нормативных постановлений Верховного Суда. В качестве нормативного может рассматриваться такое постановление Верховного Суда, в котором содержатся разъяснения судам по вопросам применения законодательства (его норм)

¹ См.: Утверждение верховенства права, общечеловеческих ценностей и приоритетов современного государства: деятельность Конституционного Совета Республики Казахстан / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами; предисл. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами. С. 26–27.

² Не путать с решениями Верховного Суда РК по конкретным делам, которые всегда являются актами правоприменения.

и формулируются определенные правила поведения субъектов в сфере судопроизводства. Такое нормативное постановление, являющееся обязательным для всех судов республики, может издаваться только по вопросам применения в судебной практике норм законодательства, в том числе норм Конституции РК¹.

Таким образом, можно сделать вывод, что нормативные постановления Верховного Суда РК, будучи элементом действующего права, не распространяют свое действие на сферу публичного управления, что исключает возможность рассматривать их в качестве юридических регуляторов деятельности субъектов публичного управления.

3.10. Неформализованные юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления

Наряду с юридическими регуляторами деятельности субъектов публичного управления, имеющими форму документа, т.е. **формализованными**, следует также выделить **неформализованные** источники (юридическую доктрину, мораль, традиции, обычаи), в которых также могут содержаться нормы административного права. Неформализованные регуляторы в течение многих лет отечественными авторами не признавались источниками права вообще и административного в частности. Однако в современных условиях развития права и государства отношение к неформализованным регуляторам общественных отношений должно быть изменено, поскольку именно благодаря им может быть обеспечено нахождение справедливых решений как в сфере управления, так и в сфере отправления правосудия².

¹ См.: Утверждение верховенства права, общечеловеческих ценностей и приоритетов современного государства: деятельность Конституционного Совета Республики Казахстан / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами; предисл. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами. С. 29.

² Часть 2 ст. 5 АППК: «Задачей административного судопроизводства является **справедливое**, беспристрастное и своевременное разрешение административных дел с целью...»; ч. 1 ст. 10 АППК: «При осуществлении административного усмотрения административный орган, должностное лицо обеспечивают **справедливый** баланс интересов участника административной процедуры и общества» и т.д.

Наряду с этим можно поддержать также высказанную в литературе мысль: «при всей важности совершенствования и повышения эффективности правоприменительной деятельности нельзя не согласиться с тем, что часто решение практических проблем напрямую зависит от наличия и степени разработанности определенных **методологических предпосылок**, при отсутствии которых практическое действие оказывается или бесполезным, или опасным, порождая результаты неожиданные, а то и вовсе противоположные поставленным целям»¹. Под методологическими предпосылками в данном случае подразумевается юридическая доктрина.

3.10.1. Юридическая доктрина (наука)

Юридическая основа деятельности субъектов публичного управления может быть также представлена и юридической доктриной (наукой).

Юридическая доктрина — система основных взглядов правоведов, которые определяют стратегические перспективы правового развития государства, научно обосновывают важные проблемы права с целью более эффективного их решения, непосредственно ориентируют на практическое действие и могут выступать как регулятор общественных отношений².

Хотя этот вывод на сегодня поддерживается далеко не всеми представителями юридической профессии, однако имеющиеся тенденции ярко свидетельствуют, что сторонников этой теории становится все больше. Основной камень преткновения связан с возможностью/допустимостью регулирования правоприменительной деятельности с помощью положений, сформулированных в научной и/или учебной литературе по праву. Уместной в этой части выглядит позиция С.В. Бошно, который пишет сле-

¹ Утверждение верховенства права, общечеловеческих ценностей и приоритетов современного государства: деятельность Конституционного Совета Республики Казахстан / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами; предисл. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами. С. 146.

² См.: *Карамалита М. В.* Правовая доктрина – джерело (форма) права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2011. С. 182.

дующее: «Бесспорно, учебник уголовного права не заменит уголовный кодекс. Нормы права, содержащиеся в законодательстве, являются основным инструментарием правоприменения. Но при пробеле законодательства, противоречивости норм и других ситуациях, исключающих стандартное правоприменение, все стороны правоотношения (и правоприменитель, и участник оцениваемого правоотношения) вынуждены в поисках необходимой нормы выйти за пределы нормативного формального регулирования. И чем выше уровень правоприменения, тем больше осуществляется нестандартное правоприменение, тем чаще обращаются к доктринальным формам права»¹. Представленная точка зрения применима и в сфере административно-правового регулирования общественных отношений, где также возникают многочисленные (сложные) ситуации, которые, к тому же, могут быть и не урегулированы правом в необходимом объеме. Соответственно, правоприменителю необходимо будет искать иное юридическое основание для принятия решения – юридическую доктрину.

Отметим также и тот факт, что на самом деле все субъекты правоприменения постоянно и активно используют юридическую доктрину в своей деятельности (возможно, даже не задумываясь об этом). В данном случае речь идет о разработанных в древнеримском праве (доктрине) принципах, например: «*lex specialis derogat generalis*» (специальный закон отменяет общий закон) или «*lex posterior derogat priori*» (более поздний закон отменяет более ранний). Эти принципы, а по сути – доктринальные положения, применяются всегда, когда решаются случаи конкуренции норм права, в том числе и норм административного права.

Менее проблемной выглядит ситуация, связанная с возможностью применения юридической доктрины в сфере правотворчества. Часто проекты нормативных актов, в том числе и те, которые разрабатываются субъектами публичного управления, основываются именно на научных положениях, выводах, концепциях.

¹ Боинов С.В. Доктринальные формы и источники права // Государство и право. 2018. № 9. С. 5–15.

ПРИМЕР

Принятый и вступивший в силу 1 июля 2021 г. АППК стал результатом многолетней подготовительной работы, в рамках которой были проведены десятки научно-практических конференций, круглых столов и т.п. Многие понятия и нормы, закрепленные в его тексте, ранее существовали исключительно на уровне доктрины (например, административное усмотрение, принцип защиты доверия и др.), положения которой, таким образом, были положены в основу данного кодекса.

Наряду с этим, необходимо отметить, что и применение отдельных норм АППК выглядит невозможным без учета доктринальных положений. Так, например, в АППК установлено: «Задачами административных процедур являются:

полная реализация публичных прав, свобод и интересов физических и юридических лиц;

достижение баланса частных и общественных интересов в публично-правовых отношениях...».

В действующем законодательстве РК отсутствуют нормы, в которых было бы объяснено содержание терминов «публичные права», «публично-правовые отношения», что требует от правоприменителей обращения к юридической доктрине для выяснения их содержания, поскольку без понимания названных категорий невозможно будет применить соответствующую норму права.

Таким образом, можно сделать следующий вывод. Юридическая доктрина как юридическая основа деятельности субъектов публичного управления может применяться:

- в случае существования пробелов в позитивном праве, поскольку именно правовые идеи являются фундаментом права, его основой и имеют большое значение для процесса толкования права;
- во время разработки проектов нормативных правовых актов и их принятия (утверждения);
- для обоснования административного решения¹;
- для непосредственного регулирования общественных отношений в случае отсутствия/несовершенства формализованных юридических актов.

¹ См.: *Карамалита М.В.* Правовая доктрина – джерело (форма) права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. С. 180.

3.10.2. Традиции, обычаи

Достаточно спорным для сферы публичного права является вопрос о допустимости регулирования управленческих отношений при помощи традиций и обычаев. Основная проблема заключается в том, что упорядочение названных отношений при помощи традиций и обычаев не будет согласовываться с ч. 4 ст. 3 Конституции РК, которая определяет, что *«государственная власть в Республике едина, осуществляется на основе Конституции и законов...»*. В качестве контраргумента здесь можно сказать, что «традиции и обычаи» не согласуются с процитированным положением Конституции РК лишь в том случае, если смотреть на основной закон с позиций позитивизма, согласно которому, как известно, право воплощается исключительно в нормативных актах, принятых и/или санкционированных государством¹.

Однако в последнее время в казахстанской юридической литературе встречаются и иные подходы, авторы которых акцентируют внимание на необходимости признания и применения в РК принципа верховенства права², который, наряду с другими признаками и элементами, ориентирует участников правоотношений на то, что право не ограничивается лишь нормативными актами, а включает в себя также иные регуляторы – нормы морали, обычаи (обычное право)³, традиции, которые легитимированы обществом и обусловлены исторически достигнутым культурным уровнем общества⁴.

¹ См.: Калюжнов Е. Ю. Нормативизм и юридический позитивизм в исследовании «локальных нормативных правовых актов»: пороки теорий // Вестник Волгоградского гос. ун-та. Серия 5, Юриспруденция. 2012. № 1 (16). С. 215.

² См.: Утверждение верховенства права, общечеловеческих ценностей и приоритетов современного государства: деятельность Конституционного Совета Республики / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами; предисл. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами. С. 40.

³ См.: Конституция Республики Казахстан. Научно-практический комментарий. Алматы: Раритет, 2015. С. 35.

⁴ См.: Утверждение верховенства права, общечеловеческих ценностей и приоритетов современного государства: деятельность Конституционного Совета Республики Казахстан / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами; предисл. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами. С. 154; 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособие / под ред. Р.С. Мельника. С. 100.

На сегодняшний день обычаи допускаются в качестве регулятора гражданских правоотношений, о чем сказано в ч. 4 ст. 3 Гражданского кодекса РК: «Гражданские отношения могут регулироваться обычаями, в том числе обычаями делового оборота, если они не противоречат гражданскому законодательству, действующему на территории Республики Казахстан»¹. Подобный шаг, на наш взгляд, подтверждает готовность законодателя рассматривать обычаи в качестве дополнительного (неосновного) регулятора общественных отношений, в частности, в тех случаях, когда отсутствуют формализованные юридические акты или они неполные по своему содержанию.

Анализ практики административно-правового регулирования в иностранных государствах, в частности в Германии, показывает, что немецкие ученые и практики допускают возможность регулирования управленческих отношений при помощи традиций и обычаев. Для признания традиций и обычаев источниками административного права необходимо соблюдение следующих условий:

- их длительная и общая практика применения (объективный элемент);
- общая убежденность в том, что их применение является правомерным (субъективный элемент);
- возможность их формулирования в виде юридической нормы (содержательная определенность)².

¹ См.: Гражданский кодекс Республики Казахстан: Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. № 268-ХІІІ // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1994. № 23–24 (приложение).

² См.: *Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht.* München: Verlag C.H. Beck, 2006. S. 33.

3.11. Конкуренция между нормами административного права и основные правила ее решения

3.11.1. Понятие и значение юридической силы нормы административного права

Нормы административного права, зафиксированные в соответствующем формализованном юридическом акте, находятся между собой в определенной **соподчиненности**, которая обусловлена их **юридической силой**.

Юридическая сила нормативного правового акта – характеристика нормативного правового акта, определяющая обязательность его применения к соответствующим общественным отношениям, а также преимущество или соподчиненность по отношению к иным нормативным правовым актам¹.

Уровень юридической силы нормы административного права зависит, прежде всего, от правового статуса субъекта, который эту норму издал. Соответственно, все формализованные юридические акты, выступающие регуляторами деятельности субъектов публичного управления, образуют **«иерархическую пирамиду»**, на вершине которой находится Конституция РК. Остальные юридические акты (нормы права) находятся на соответствующем нисходящем уровне такой пирамиды.

«Иерархическая пирамида» формализованных юридических актов, которые являются обязательными для субъектов публичного управления, имеет огромное практическое значение, ведь к ней должен обращаться каждый субъект, как нормотворческой, так и правоприменительной деятельности, перед тем как приступить к разработке или к применению нормативного правового акта. Это связано с тем, что названные субъекты прежде всего должны дать себе ответ на следующие вопросы: 1) не противоречит ли принимаемый акт (например, приказ министра) акту высшей юридической силы (скажем, постановлению Правительства)? 2) какие нормативные правовые акты обладают высшей юридической силой по отношению к акту, который принимается?

¹ Пункт 29 ч. 1 ст. 1 Закона РК «О правовых актах».

Знание «иерархической пирамиды» формализованных юридических актов является важным и для судей административных судов, которые всегда проверяют решения, действия или бездействие субъекта публичного управления на предмет их соответствия юридическим актам высшей юридической силы.

«Иерархическая пирамида» формализованных юридических актов позволяет решать и случаи **конкуренции (коллизий)¹** между нормами права. Здесь действует основное правило: в случае конкуренции между двумя нормами права, которые регулируют деятельность субъекта публичного управления, применяется та из них, которая имеет большую юридическую силу (т.е. норма, размещенная в юридическом акте, который занимает более высокую юридическую позицию).

ПРИМЕР

В соответствии с ч. 1 ст. 12 Закона РК «О правовых актах» при наличии противоречий в нормах нормативных правовых актов разного уровня действуют нормы акта более высокого уровня.

ВАЖНО!

Наряду с этим возникает интересный и практически релевантный вопрос, связанный с тем, какой именно нормой административного права из совокупности всех существующих (той, которая имеет высшую юридическую силу или той которая имеет самую низкую юридическую силу) должен руководствоваться субъект публичного управления, если между такими нормами не существует коллизий (противоречий)? Принцип правомерности требует от субъекта управления соблюдения всех норм административного права, однако не дает ответа на вопрос – с какой именно нормы такое исполнение необходимо начать. Субъект публичного управления должен начинать свою правоприменительную деятельность с анализа и применения самого низкого по юридической силе нормативного правового акта, поскольку именно такой акт будет максимально приближенным к обстоятельствам дела/ситуации и конкретизированным. При этом, однако, необходимо убедиться в том, что данный акт не противоречит актам, имеющим высшую юридическую силу.

Иными словами, правоприменительная деятельность всегда должна осуществляться по восходящей линии, если имеет место совокупность различных видов нормативных правовых актов (каждый из которых в той или иной части регулирует соответствующее правоотношение), и между ними не возникает конкуренции (противоречия).

¹ Под юридической коллизией следует понимать расхождение или противоречивость отдельных юридических (нормативных) актов, регулирующих одни и те же или смежные общественные отношения, а также противоречия, возникающие в процессе правоприменения и осуществления субъектами публичной власти предоставленных им полномочий.

3.11.2. Иерархия норм административного права (нормативных правовых актов)

Анализ юридической литературы показывает, что зачастую ее авторы достаточно поверхностно описывают иерархию норм административного права (нормативных правовых актов)¹, которая часто строится как без учета реальной соподчиненности юридических актов, так и без ответов на некоторые важные практические вопросы. Так, например, в Законе РК «О правовых актах» сказано: «Акты Председателя Совета Безопасности Республики Казахстан, нормативные постановления Конституционного Совета Республики Казахстан и Верховного Суда Республики Казахстан находятся вне иерархии нормативных правовых актов, установленной настоящей статьей» (ч. 5 ст. 10). Это законодательное положение повторяется в литературе без каких-либо комментариев² на предмет того, например, а как же должны поступать субъекты правоприменения, если между нормативным постановлением Конституционного Совета РК и законом все-таки возникнет конкуренция? «Нахождение вне иерархии нормативных правовых актов» не дает ответа на сформулированный выше вопрос. Данная ситуация еще более усложняется тем фактом, что в соответствии с ч. 1 ст. 4 Конституции РК нормативные постановления являются частью/элементом действующего права, что означает необходимость их применения, в том числе, и в случае их конкуренции с иными элементами действующего права РК.

При построении иерархии нормативных правовых актов в ее основу часто закладывается положение ст. 10 Закона РК «О правовых актах», в которой представлена соподчиненность нормативных правовых актов по их юридической силе. Однако проблема заключается, **во-первых**, в том, что в данной статье названы не все юридические акты, которые образуют систему законодательства РК; **во-вторых**, как уже было отмечено выше, данный закон не определил четко место в этой системе актов Председа-

¹ См.: *Таранов А.А.* Административное право Республики Казахстан. Академический курс. 2-е изд., перераб. и доп. С. 20–23.

² См.: *Габдуалиев М.Т., Жакунов Р.Е.* Основы казахстанского права: учеб. пособие. С. 20.

теля Совета Безопасности Республики Казахстан, нормативных постановлений Конституционного Совета Республики Казахстан и Верховного Суда Республики Казахстан; **в-третьих**, в ст. 10 отдельные виды актов объединены в одну группу (например, п. 10 – *нормативные правовые решения маслихатов, нормативные правовые постановления акиматов, нормативные правовые решения акимов и нормативные правовые постановления ревизионных комиссий*), что не позволяет понять: как акты, входящие в эту группу, соотносятся между собой; какой из них обладает более высокой юридической силой по отношению к другим актам, указанным в этом перечне; **в-четвертых**, законодатель, видимо, не учел, что построение иерархической системы нормативных правовых актов должно осуществляться через призму правового статуса и взаимоподчиненности органов, которые их издают. В данном случае, речь идет о том, что не могут конкурировать (а следовательно, не могут находиться в рамках одной и той же иерархической системы) акты, первые из которых изданы, например, министерством, а вторые – Комитетом национальной безопасности РК, так как данные органы не подчинены друг другу.

Таким образом, сформулированная в ст. 10 Закона РК «О правовых актах» иерархия нормативных правовых актов должна рассматриваться как «базовое руководство к действию», требующее своей конкретизации. **Должно быть построено несколько «иерархических пирамид» нормативных правовых актов**, в рамках которых будут учтены особенности правового статуса субъектов их издания; наличие/отсутствие соподчиненности между субъектами издания юридических актов.

Первая «иерархическая пирамида» должна содержать в себе нормативные правовые акты, принимаемые субъектами публично-го управления, относящимися к системе исполнительных органов власти; **вторая** – объединять нормативные правовые акты, которыми должны руководствоваться в своей деятельности органы власти, не входящие в систему органов исполнительной власти.

ВАЖНО!

Принимая во внимание, что органов данной группы достаточно много, фактически для каждого из них должна быть построена отдельная «иерархическая пирамида». Так, например, для Национального банка РК не явля-

ются обязательными для исполнения приказы министров или нормативные акты акиматов (абз. 2 ст. 2 Закона РК «О Национальном Банке Республики Казахстан»: *«Национальный Банк Казахстана в своей деятельности руководствуется Конституцией Республики Казахстан, настоящим Законом, другими законами Республики Казахстан, актами Президента Республики Казахстан и международными договорами Республики Казахстан»*). Соответственно, Национальный Банк, издавая свои нормативные акты или применяя действующие, должен проверять их на согласованность лишь с теми нормативными правовыми актами, которые являются обязательными для него.

Третья «иерархическая пирамида» должна учитывать особенности правового статуса местных представительных органов (маслихатов), как органов местного самоуправления.

3.11.3. Правила решения коллизий и конкуренции между нормами права, регулирующими деятельность субъектов публичного управления

В связи с большим количеством субъектов, уполномоченных на издание нормативных правовых актов (источников административного права) между ними могут возникать содержательные нестыковки или коллизии. **Коллизии предписаний (норм) правовых актов** – это противоречие (расхождение) между правовыми предписаниями. Коллизия предполагает наличие как минимум двух правовых предписаний, по-разному разрешающих одну и ту же ситуацию. Противоречащие предписания могут содержаться как в разных актах, так и в рамках одного правового акта¹.

Наряду с коллизиями необходимо также вспомнить и о **конкуренции** норм. Данные явления объединяет тот факт, что и при коллизии, и при конкуренции проблема заключается в том, что две (или более) правовые нормы регулируют одно или несколько смежных (родственных) общественных отноше-

¹ См.: Денисенко В.В. Коллизии правовых актов: сущность и разрешения // Правоведение. Известия высших учебных заведений. 2007. № 5. С. 28, 29; Попугаев Ю.И. О внутриотраслевой коллизии норм, предусматривающих административную и уголовную ответственность, способы ее разрешения // Административное право и процесс. 2013. № 10. С. 12.

ний, однако регулируют по-разному. При коллизии характерно противоречие норм, а для конкуренции – лишь их различие по полноте, объему регулируемого общественного отношения. Проблема состоит в выборе той из них, которая подлежит применению¹.

Юридические коллизии (конкуренции) не только многочисленны, но и крайне разнообразны по своему содержанию, характеру, иерархии, социальной направленности, отраслевой принадлежности, формам выражения. Так, в литературе предлагается говорить о:

- коллизии между Конституцией и всеми иными актами, в том числе законами;
- коллизии между законами, равными по юридической силе, но изданными в разное время;
- коллизии между законами и подзаконными актами;
- коллизии между актами, равными по юридической силе, но изданными разными органами;
- коллизии между актами одного и того же органа, изданными в разное время;
- коллизии между актами, изданными одновременно, но разными органами;
- коллизии между общим и специальным актом равной юридической силы;
- коллизии между общими принципами/идеями и нормами права, закрепляющими иные принципы, либо представительного-обязывающими нормами;
- коллизии между нормами частного и публичного права;
- коллизии между национальным и международным правом².

¹ См.: *Попугаев Ю.И.* О внутриотраслевой коллизии норм, предусматривающих административную и уголовную ответственность, способы ее разрешения. С. 12.

² См.: *Патракова И. И.* Классификация юридических коллизий: история и современность // История государства и права. 2010. № 10. С. 16, 18; *Гущина Н.А.* Коллизии общих и специальных норм права равной юридической силы // Современное право. 2016. № 5. С. 5–8; *Кенжетов Ч.Д.* Конкуренция норм различных отраслей права как предпосылка существования отдельных видов преимуществ // Экономика и право Казахстана. 2009. № 3. С. 36–39.

Наряду с этим (с учетом казахстанского законодательства) можно говорить еще и о **следующих видах коллизий (конкуренции)**:

- коллизии между законами, имеющими разную юридическую силу;
- коллизии между международным договором, который заключен от имени Республики Казахстан, но не ратифицирован Парламентом, и национальным правовым актом;
- коллизии между нормативным правовым актом и юридической доктриной;
- коллизии между нормативным правовым актом органа государственной власти и нормативным правовым актом органа местного самоуправления;
- коллизии между принципом «*lex specialis derogate lex generalis*» (специальный закон отменяет действие общего) и принципом «*lex posterior derogat legi priori*» (позднейшим законом отменяется более ранний);
- коллизии между принципом «*lex specialis derogate lex generalis*» (специальный закон отменяет действие общего) и конституционным правом гражданина (частным интересом);
- коллизии между разными актами (актами разного вида) одного и того же субъекта их издания.

Наличие коллизий (конкуренции) вредно как для правовой системы, государства, так и для граждан, поскольку противоречащие друг другу нормы могут привести к принятию незаконного и/или несправедливого решения, снижению эффективности управленческой деятельности, созданию предпосылок для коррупции и злоупотреблений.

Идеальный способ устранения коллизий (конкуренций) – это внесение в нормативные акты изменений, направленных на согласование их положений между собой. Однако это не всегда возможно в силу различных причин. Вместе с тем противоречащие нормы права являются действующими и, следовательно, на субъектов правоприменения возлагается обязанность их применения. В связи с этим на передний план выходят способы (методы) преодоления коллизий, которыми должны быть «вооружены» юристы.

Для преодоления коллизий (конкуренций) можно воспользоваться следующими (в дополнение к ранее изложенным правилам) **рекомендациями**¹:

- при коллизии норм по содержанию применению подлежит норма, закрепленная в нормативном правовом акте обладающем более высокой юридической силой;

- при коллизии между нормами одного и того же иерархического уровня (приняты одним и тем же субъектом), но в разное время, применяется последний по времени изданный юридический акт (норма) или положение того нормативного правового акта, который устанавливает специальные нормы, которые детализируют и регламентируют особенности правового регулирования общественных отношений (далее – специальные нормы);

- если нормативные правовые акты или их положения, которые противоречат друг другу, вступили в силу одновременно, применяются положения того нормативного правового акта, который имеет более высокую юридическую силу, или нормативный правовой акт, который устанавливает специальные нормы;

- при коллизии общей и специальной нормы одного и того же иерархического уровня, применению подлежит специальная норма;

- в случае выявления коллизии между принятым (изданным) позднее нормативным-правовым актом и принятым (изданным) ранее нормативным правовым актом со специальными нормами применению подлежит нормативный правовой акт со специальными нормами;

- в случае обнаружения коллизии между принятым (изданным) ранее нормативным правовым актом высшей юридической силы и актом с более низкой юридической силой, принятым (изданным) позднее, приоритет отдается нормативному правовому акту, который имеет большую юридическую силу, хотя он и принят (издан) ранее;

¹ Следует отметить, что далеко не все из приведенных правил установлены/закреплены нормативно; зачастую они существуют лишь на доктринальном уровне.

- при коллизии между общим нормативным правовым актом высшей юридической силы и специальным нормативным правовым актом низшей юридической силы применению должен подлежать общий нормативный правовой акт высшей юридической силы;

- при коллизии между общей нормой, которая принята (издана) позже, и ранее изданной специальной нормой одинаковой юридической силы в том случае, если новая общая норма изменяет или отменяет регулирование родовых отношений, в рамках которых действовала специальная норма, применению должна подлежать позже принятая общая норма;

- при коллизии между нормативными правовыми актами, имеющими одинаковую юридическую силу, применяется сначала темпоральное правило (более поздний нормативный правовой акт имеет приоритет), а затем содержательное (приоритет имеет специальный нормативный правовой акт)¹;

- при коллизии между нормами одного иерархического уровня, которые по-разному определяют права граждан, применяется та, которая является более выгодной для частного лица (в основу данного решения положена концепция человекоцентричности);

- при коллизии между нормой права, закрепленной в формализованном источнике, и доктринальным положением, применяется нормативный правовой акт (формализованный источник).

¹ См.: Устранение пробелов и их преодоление во время применения нормативно-правового акта. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/207352-stefanchuk-proponuye-onoviti-mekhanizm-podolannya-koliziy-pid-chas-zastosuvannya-normativnikh-aktiv>

3.11.4. Отдельные случаи/примеры решения вопросов конкуренции между нормативными правовыми актами

Нормативный акт	Нормативный акт 2	Приоритет за:	Правовое основание
1	2	3	4
Конституция РК	Нормативные постановления Конституционного Совета	Конституция РК	Часть 2 ст. 4 Конституции РК: Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики. Часть 1 ст. 5 Закона РК «О нормативных актах»: Нормативные постановления Конституционного Совета Республики Казахстан основываются только на Конституции Республики Казахстан, и все иные нормативные правовые акты не могут им противоречить
Нормативное постановление Конституционного Совета РК	Закон	Нормативное постановление Конституционного Совета РК	Часть 1 ст. 5 Закона РК «О нормативных актах»: Нормативные постановления Конституционного Совета Республики Казахстан основываются только на Конституции Республики Казахстан, и все иные нормативные правовые акты не могут им противоречить. Нормативные постановления обладают юридической силой тех норм Конституции Республики Казахстан, на основании которых они приняты
Нормативное постановление Верховного Суда РК	Приказ министра юстиции	Не могут конкурировать в части регулирования административно-правовых отношений	В нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан содержатся разъяснения (нормы) исключительно по вопросам судебной практики

1	2	3	4
Международный договор, ратифицированный Республикой	Закон	Международный договор, ратифицированный Парламентом	Часть 3 ст. 4 Конституции РК: Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами. Пункт 3 ст. 4 Конституции РК следует понимать так, что преимущественную юридическую силу перед законодательством Республики имеют международные договоры, заключенные ею в соответствии с Конституцией Республики, в установленном законодательством порядке и ратифицированные Парламентом Республики путем принятия соответствующего закона¹
Международный договор, заключенный до принятия Конституции РК 1995 г., подписанный Президентом, но не ратифицированный Парламентом	Закон	Международный договор / закон	Международные договоры, не предусматривавшие ратификации как условия вступления в силу, заключенные до принятия Конституции 1995 г., являются действующими и сохраняют приоритет перед законодательством Республики, если такой приоритет для этих международных договоров прямо предусмотрен законами Республики, регулирующими соответствующие сферы правоотношений ²
Решение Комиссии таможенного союза	Закон	Решение Комиссии таможенного союза	В случае коллизии между обязательным для Казахстана решением международной организации и (или) ее органа и нормативными правовыми актами Республики Казахстан действует решение международной организации и (или) ее органа впрямь до устранения такой коллизии ³

¹ Об официальном толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 11 октября 2000 г. № 18/2.

² Об официальном толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 11 октября 2000 г. № 18/2.

³ Об официальном толковании норм статьи 4 Конституции Республики Казахстан применительно к порядку исполнения решений международных

1	2	3	4
Конституция РК	Закон Республики	Конституция РК	Часть 7 ст. 62 Конституции РК: Законы Республики, постановления Парламента и его Палат не должны противоречить Конституции
Международный договор, подписанный министром иностранных дел	Закон	Закон	Постановление КС РК: Все международные договоры, заключенные Казахстаном после принятия Конституции 1995 г., не подлежащие ратификации, должны исполняться в той мере, пока они не входят в противоречие с законами Республики ¹
Закон РК	Указ Президента	Закон РК	Часть 1 ст. 45 Конституции РК: Президент Республики Казахстан на основе и во исполнение Конституции и законов издает указы и распоряжения, имеющие обязательную силу на всей территории Республики
Постановление Парламента	Закон РК	Закон РК	Часть 7 ст. 62 Конституции РК: Постановления Парламента и его Палат не должны противоречить законам
Постановление Правительства	1) Закон 2) Постановление Парламента 3) Указ Президента	1) Закон 2) Постановление Парламента 3) Указ Президента	Часть 3 ст. 69 Конституции РК: Постановления Правительства и распоряжения Премьер-Министра не должны противоречить Конституции, законодательным актам, указам и распоряжениям Президента Республики
Приказ Министерства финансов РК	Приказ Комитета государственного имущества и приватизации Министерства финансов РК	Приказ Министерства финансов РК	Положение о Комитете утверждено приказом Минфина. Комитет государственного имущества и приватизации Министерства финансов Республики Казахстан (далее – Комитет) является ведомством Министерства финансов Республики Казахстан

организаций и их органов: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 5 ноября 2009 г. № 6.

¹ Об официальном толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 11 октября 2000 г. № 18/2.

1	2	3	4
Решение маслихата	Закон	Закон	Часть 3 ст. 88 Конституции РК: Решения маслихатов, не соответствующие Конституции и законодательству Республики Казахстан, могут быть отменены в судебном порядке
Решение маслихата	Приказ министерства образования и науки	Приказ министерства образования и науки	Часть 3 ст. 88 Конституции: Решения маслихатов, не соответствующие Конституции и законодательству Республики Казахстан, могут быть отменены в судебном порядке
Решение маслихата г. Нур-Султан	Решение акима г. Нур-Султан	Решение маслихата	Действующее законодательство не содержит в себе ответа на вопрос о способе решения данной (потенциальной) конкуренции. Данный вопрос необходимо решать путем толкования норм, определяющих статус маслихата и акима, в связке с релевантными положениями Конституции РК. В данном случае речь идет о следующих конституционных положениях: Часть 2 ст. 86 Конституции: 2. Маслихаты избираются населением на основе всеобщего, равного, прямого избирательного права при тайном голосовании сроком на пять лет; Часть 3 ст. 87 Конституции: Местный исполнительный орган возглавляет аким соответствующей административно-территориальной единицы, являющийся представителем Президента и Правительства Республики; Часть 4 ст. 87 Конституции: Акимы областей, городов республиканского значения и столицы назначаются на должность Президентом Республики с согласия маслихатов соответственно областей, городов республиканского значения и столицы;

1	2	3	4
			Часть 5 ст. 87 Конституции: По инициативе не менее одной пятой от общего числа депутатов маслихата может быть поставлен вопрос о выражении вотума недоверия акиму. Исходя из изложенного, можно сделать обоснованный вывод о том, что правовой статус маслихата является более высоким в сравнении с правовым статусом акима; маслихат имеет возможность влиять на назначение акима и освобождение его от должности. Соответственно, акты маслихата, на наш взгляд, имеют более высокую юридическую силу
Решение и распоряжение акима	Распоряжение Правительства	Распоряжение Правительства	Часть 4 ст. 88 Конституции РК: Решения и распоряжения акимов могут быть отменены, соответственно, Президентом, Правительством Республики Казахстан либо вышестоящим акимом, а также в судебном порядке. Статья 16 Конституционного закона РК «О правительстве Республики Казахстан»: Правительство Республики: осуществляет руководство деятельностью местных исполнительных органов Республики по вопросам государственного управления, контролирует исполнение ими законов, актов Президента и Правительства Республики Ст. 22 Конституционного закона РК «О правительстве Республики Казахстан»: Министерство является центральным исполнительным органом Республики, осуществляющим руководство соответствующей

1	2	3	4
			отраслю (сферой) государственного управления, а также в пределах, предусмотренных законодательством, – межотраслевую координацию. Министерство осуществляет стратегические, регулятивные, реализационные и контрольно-надзорные функции в пределах своей компетенции
Решение акима г. Нур-Султана по вопросам школьного образования	Приказ министерства образования и науки РК	?	Ч. 1 ст. 87 Конституции: Местные исполнительные органы входят в единую систему исполнительных органов Республики Казахстан, обеспечивают проведение общегосударственной политики исполнительной власти в сочетании с интересами и потребностями развития соответствующей территории. Ч. 4 ст. 88 Конституции: Решения и распоряжения акимов могут быть отменены соответственно Президентом, Правительством Республики Казахстан либо вышестоящим акимом, а также в судебном порядке
Распоряжение акима г. Нур-Султана	Распоряжение акима г. Алматы	Не может быть противоречия, акты не связаны между собой	Часть 3 ст. 87 Конституции РК: Местный исполнительный орган возглавляет аким соответствующей административно-территориальной единицы, являющийся представителем Президента и Правительства Республики.
Норма-принцип в АППК	Обычная норма в АППК	Норма-принцип в АППК	Пункт 3 ст. 14-3 Закона РК «О правовых актах»: Нормы законов не должны противоречить принципам, установленным в них, а в случае противоречия принципам должны приводиться в соответствии с ними

1	2	3	4
Норма закона	Норма Конституции, закрепляющая право человека	Норма Конституции, закрепляющая право человека	Часть 3 ст. 7 АПК: Суды не вправе применять законы и иные нормативные правовые акты, ущемляющие закрепленные Конституцией Республики Казахстан права и свободы человека и гражданина. Поэтому можно сделать вывод о приоритете права человека над законом.

ИНТЕРЕСНО!

Вопрос о конкуренции норм права часто является настолько сложным/неоднозначным, что его решение происходит на уровне конституционного суда. Так, Федеральный Конституционный суд Германии несколько раз решал вопрос о **конкуренции нормы закона и норм религии**.

Короткая фабула дела: евангелический священник в суде отказался приносить присягу свидетеля, так как в его веровании любые присяги запрещены. За нарушение процессуального закона он был оштрафован. Решение о привлечении священника к ответственности было обжаловано в Федеральном Конституционном суде Германии, который признал это нарушением, установив, что «хоть присяга и является в целом лишь светским действием, но по условиям веры / реализации права на свободу вероисповедания священник имел право отказаться от этого. Свобода вероисповедания гарантирует свободу поведения как внутри себя, так и в окружающем мире. Это право, которое закреплено в Конституции, не может ограничиваться общим порядком или оговорками в законе. Библия прямо запрещает принесения клятвы. Поэтому государство не имеет права оценивать эту ситуацию как правильную или неправильную»¹.

Обобщение к главе 3

«Юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления (источники административного права)»

1. Юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления представлены многочисленными нормами права, содержащимися в разнообразных юридических актах/документах.

Юридические акты, содержащие обязательные для субъектов публичного управления нормы, могут приниматься/издаваться

¹ Швабе Ю., Гайслер Т. Избранные решения Федерального Конституционного суда Германии. С. 241.

на международном и национальном уровнях. Что касается их правовой природы, то она может быть тройной. Деятельность субъектов публичного управления, связанная с выполнением ими управленческих/административных функций, может регулироваться юридическими актами, содержащими: нормы конституционного права, международного права и административного права.

2. Административное право в своем подавляющем большинстве формируется под влиянием конституционного права и изменяется вместе с ним¹. Иначе говоря, именно конституционное право, олицетворенное прежде всего в Конституции РК, определяет как внешние границы административного права, так и его систему, а с ними и общий смысл административно-правовых норм. В то же время необходимо отметить, что административное право «конкретизирует» далеко не все нормы конституционного права. Очевидно, что такая конкретизация должна касаться только тех норм конституционного права, которые являются релевантными для сферы публичного управления.

Конституция РК состоит из норм прямого действия (ч. 2 ст. 4) и выступает непосредственным правовым регулятором деятельности субъектов публичного управления. Именно в тексте Конституции РК сосредоточены первые и важнейшие правила (нормы), которых должны придерживаться субъекты публичного управления в процессе своей деятельности.

Эти правила касаются:

- конституционно-правовых стандартов публичного управления;
- связанности публичного управления конституционными правами и свободами человека и гражданина;
- принципа правомерности публичного управления;
- принципа разделения власти и иных принципов (равенства, демократии).

3. Юридическими регуляторами деятельности субъектов публичного управления также выступают международные договоры и иные обязательства Республики, при применении которых необходимо учитывать следующие аспекты:

¹ См.: Allgemeines Verwaltungsrecht von Dr. Jörn Ipsen. 6., neue bearbeitete Auflage. S. 21.

- *международные акты, обязательные для субъектов публичного управления, представлены исключительно международными договорами и иными обязательствами Республики, которые прошли процедуру ратификации в Парламенте путем издания специального закона (закона о ратификации международного договора), или имеет место акт Республики Казахстан о присоединении к такому договору;*

- *высшей юридической силой на территории РК обладает Конституция РК. В случае возникновения коллизий/противоречий между Конституцией РК и международным договором – применению подлежит Конституция РК;*

- *в случае конкуренции между нормами международного договора и иных обязательств Республики, которые прошли процедуры ратификации (или иную равную по своим юридическим последствиям процедуру), и актами национального права (законами и подзаконными актами) приоритет имеют нормы международного права;*

- *для международного договора и иных обязательств Республики не требуется издания никакого дополнительного национального нормативного акта, если иное не предусмотрено в самом международном акте. Нормы международного права применяются непосредственно;*

- *международные договоры, не подлежащие ратификации, приоритетом перед законами Республики не обладают и должны исполняться в той мере, в какой они не входят в противоречие с законами Республики;*

- *международные договоры, не подлежащие ратификации, имеют приоритет по отношению к подзаконным нормативным правовым актам РК.*

4. Юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления национального уровня представлены: нормативными правовыми актами субъектов общегосударственного уровня; нормативными правовыми актами субъектов публичного управления местного уровня; нормативными правовыми актами субъектов делегированных полномочий.

5. Нормативные постановления Конституционного Совета РК представляют собой итоговое решение, являющееся ча-

стью действующего права, и могут выступать юридическими регуляторами деятельности субъектов публичного управления. Нормативные постановления Конституционного Совета основываются только на Конституции РК, все иные нормативные правовые акты не могут им противоречить.

Принимая во внимание значимость и место Конституционного Совета РК в системе государственной власти, а также тот факт, что в мотивировочной части нормативного постановления разъясняются и обосновываются мотивы принятия Советом решения, формулируются развернутые ответы на поставленные перед органом конституционного контроля вопросы (фактически речь идет о детализированной резолютивной части), следует сделать вывод об обязательном характере положений как мотивировочной, так и резолютивной частей нормативного постановления Конституционного Совета РК для субъектов публичного управления.

Заключения Конституционного Совета принимаются по промежуточным вопросам и ложатся в основу принятия окончательного решения иными субъектами. Следовательно, они не содержат в себе норм права, обязательных для исполнения неопределенным кругом лиц, в том числе и субъектами публичного управления.

Послания Конституционного Совета РК представляют собой акты информационного порядка, в которых обобщается ежегодная практика конституционного производства, характеризующая состояние конституционной законности в Республике¹.

6. Национальное законодательство не знает и не содержит в себе категории «судебный прецедент» или аналогичной ей, что, таким образом, исключает вопрос о возможности рассмотрения в качестве юридических регуляторов / источников права решений судов по отдельным делам независимо от того, каким органом судебной власти такое решение было принято. Такие решения всегда носят индивидуальный характер, и соответственно не содержат обязательных для исполнения (соблюдения) неограниченным кругом лиц правил поведения (норм права). Следовательно, они являются исключительно актами правоприменения.

¹ См.: пункт 2 ч. 4 ст. 17 Конституционного закона РК «О Конституционном Совете Республики Казахстан».

Нормативные постановления Верховного Суда РК, будучи элементом действующего права, не распространяют свое действие на сферу публичного управления, что исключает возможность рассматривать их в качестве юридических регуляторов деятельности субъектов публичного управления.

7. Юридическая доктрина как юридическая основа деятельности субъектов публичного управления может применяться:

- в случае существования пробелов в позитивном праве, поскольку именно правовые идеи являются фундаментом права, его основой и имеют большое значение для процесса толкования права;*
- во время разработки проектов нормативных правовых актов и их принятия (утверждения);*
- для обоснования административного решения¹;*
- для непосредственного регулирования общественных отношений в случае отсутствия/несовершенства формализованных юридических актов.*

8. Для признания традиций и обычаев источниками административного права необходимо одновременное соблюдение следующих условий:

- их длительная и общая практика применения (объективный элемент);*
- общая убежденность в том, что их применение является правомерным (субъективный элемент);*
- возможность их формулирования в виде юридической нормы (содержательная определенность)².*

9. Уровень юридической силы нормы административного права зависит прежде всего от правового статуса субъекта, который издал данную норму. Соответственно, все формализованные юридические акты, выступающие регуляторами деятельности субъектов публичного управления, образуют «иерархическую пирамиду», на вершине которой находится Конституция РК.

¹ См.: Карамаліта М. В. Правова доктрина – джерело (форма) права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. С. 180.

² См.: Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht. S. 33.

ГЛАВА 4

ПРИНЦИПЫ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА

4.1. Понятие и сущность принципов административного права

Разговор о принципах административного права не может начаться вне рамок категории «принцип права», которая является базовой/исходной для нашего анализа. В литературе по теории права сформулировано аксиоматическое утверждение о том, что **принципы права** – это руководящие идеи, исходные начала, положения, теории, характеризующие право и положенные в основу правового регулирования¹.

Данное определение может быть перенесено и на сферу административного права, что позволяет сделать первый вывод о том, что **принципы административного права** – это базовые положения, идеи, отображающие сущностные характеристики административного права, на основании которых должны приниматься решения и совершаться действия субъектами публичного управления, а также разрабатываться нормы административного права. Принципы административного права не являются константой, они развиваются одновременно с административным правом, а иногда и опережают его развитие.

ПРИМЕР

Часть 1 ст. 6 АПК: Административные процедуры и административное судопроизводство **осуществляются на основе** принципов, изложенных в настоящей главе.

Процитированное положение ч. 1 ст. 6 АПК означает, что принципы являются не чем иным, как специальными нормами права (**меганормами**², нормами высшего порядка), которые регулируют общественные отношения в сфере публичного управ-

¹ См.: Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ: Ваїте, 2015. С. 66; Волков А. М. Дугенец А. С. Административное право: учебник. М.: ИД «ФОРУМ»: ИНФРА-М, 2017. С. 22.

² 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособие / под ред. Р. С. Мельника. С. 62.

ления. Необходимо также обратить внимание на тот факт, что из принципов могут вытекать и конкретные обязанности органов власти, которые, как следствие, должны ими соблюдаться/выполняться.

Принципы права могут быть **закреплены** в законодательстве, а также существовать лишь на **уровне теории** (доктрины, науки).

ПРИМЕР

На уровне законодательства РК не закреплен принцип **верховенства права**, однако к нему часто апеллируют политики, государственные служащие, юристы, говоря о концепции взаимоотношений государства и гражданина, направлениях развития национального законодательства. Так, Первый Президент РК Н. А. Назарбаев в своих выступлениях часто говорил о верховенстве права: «Мы проводим реформы, направленные на защиту частной собственности, **верховенство права** и обеспечение равенства всех перед законом. Эту работу надо продолжить»¹; «**Верховенство права** – это ключевой фактор успеха наших реформ»².

Следовательно, необходимо различать нормативно закрепленные и не закрепленные нормативно принципы права, последнее из которых приобретают характер не нормы³, а **источника права**⁴. Это связано с тем, что не закрепленные в нормативном акте принципы обладают высоким уровнем абстракции, который свойствен именно источникам права неформализованного типа⁵. Такие принципы не имеют связи с конкретным нормативным актом. Иными словами, **они сами представляют собой некое (неформализованное) подобие нормативного акта**, который используется для регулирования общественных отношений.

¹ Послание Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана. 31 января 2017 г. URL: <https://www.akorda.kz/ru>

² Послание Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана. 5 октября 2018 г. URL: <https://www.akorda.kz/ru>

³ Принцип права, закрепленный в статье нормативного акта (источника права), представляет собой отдельную норму права (правило поведения), не имея, как следствие, возможности претендовать на статус самостоятельного источника права. Такой принцип является лишь частью целого (источника права), а не самостоятельным целым (источником права).

⁴ См.: *Погребняк С.* Загальні принципи права як джерело права // Вісник Академії правових наук України. 2011. № 1 (64). С. 14–25.

⁵ См.: **Неформализованные источники права** – это те из них, которые не нашли закрепления (фиксации) в виде официального документа // 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособие / под ред. Р. С. Мельника. С. 99.

Некоторые авторы считают, что общие принципы права возникают вследствие параллельного соблюдения разными народами определенных общих правил, которые применяются в аналогичных ситуациях, независимо от санкционирования внутренним законом или нормами международного права. Такие принципы бывает сложно отличить от норм и обычаев, хотя **общие принципы права** все-таки отличаются от обычая, в частности, тем, что принципы права имеют более общий и менее определенный, нежели обычай, характер¹.

Изложенное означает, что принципы административного права представляют собой не какую-то теоретическую конструкцию, которой только «украшен» нормативный правовой акт, а являются реальными регуляторами соответствующих общественных отношений.

4.2. Значение принципов административного права

Говоря о значении принципов административного права, следует несколько уточнить сформулированные выше положения. Речь в данном случае идет о том, что принципы являются не только регуляторами общественных отношений (нормами права), так сказать, прямого действия; благодаря им решаются и иные задачи. Так, **принципы административного права:**

а) **учитываются в процессе нормотворческой деятельности**, являясь ориентиром для создания последующих норм права, в том числе и подзаконного уровня;

ПРИМЕР

В Законе РК «О правовых актах» (ст. 14-3) сказано, что «закон должен устанавливать принципы, на основе которых им осуществляется регулирование конкретных общественных отношений». При этом в законе указано, что «нормы законов не должны противоречить принципам, установленным в них, а в случае противоречия принципам должны приводиться в соответствие с ними». Таким образом, принципы выступают ориентиром при создании/изменении иных норм законодательства.

б) **закладывают основу для судебного контроля** за административным органом, а именно дают административному суду

¹ См.: *Мережко О.С.* Загальні принципи права як джерело міжнародного права та транснаціонального торгового права // Науковий вісник Дипломатичної академії України. 1999. Вип. 2. С. 190–191.

возможность, опираясь на анализ их содержания, оценить законность или незаконность действий и/или решений административных органов;

ПРИМЕР

В соответствии с абз. 4 ч. 1 ст. 5 АППК, одной из задач административного судопроизводства является **укрепление законности** в публично-правовой сфере, т.е. проверка законности решений и действий административных органов. Решение (действие) административного органа будет **законным**, если в процессе его принятия (совершения) соблюдены материальные и формальные требования. Одним из материальных требований является **соблюдение принципов** административных процедур, что должно быть проверено административным судом в процессе рассмотрения административного иска.

В части 2 ст. 2 Кодекса административного судопроизводства Украины сказано: в делах по обжалованию решений, действий или бездействия субъектов властных полномочий административные суды проверяют, приняты (совершены) они: 1) на **основании, в пределах полномочий и способом**, которые определены Конституцией и законами Украины; 2) с **использованием полномочия с целью**, с которой это полномочие предоставлено; 3) **обоснованно**, т.е. с учетом всех обстоятельств, имеющих значение для принятия решения (совершения действия); 4) **беспристрастно** (беспристрастно); 5) **добросовестно**; 6) **благоразумно**; 7) с соблюдением **принципа равенства перед законом**, предотвращая всем формам дискриминации; 8) **пропорционально**, в частности с соблюдением необходимого баланса между любыми неблагоприятными последствиями для прав, свобод и интересов лица и целями, на достижение которых направлено это решение (действие); 9) с учетом **права лица на участие** в процессе принятия решения; 10) **своевременно**, т.е. в течение разумного срока¹.

В данном случае законодатель четко определил, что **административный суд обязан проверить** соблюдение административным органом перечисленных принципов в процессе принятия решения или совершения действия.

в) **заполняют пробелы** в области правового регулирования общественных отношений в сфере административных процедур. Принципы административного права – это те положения, на которых строится **применение аналогии права**. Именно при помощи принципов заполняются как «неумышленные», так и «умышленные» пробелы (недостатки) в правовом регулировании.

ПРИМЕР

Говоря об «умышленных» пробелах, можно вспомнить об **административном усмотрении**, представляющем собой не что иное, как санкционированный законодателем пропуск в правовом регулировании, который позволяет административному органу самостоятельно выбрать один из на-

¹ См.: Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. 2005. № 35–37. Ст. 446.

ходящихся в границах закона вариантов решения по конкретному делу. Ориентиром (базисом) для принятия решения на основании административного усмотрения выступают, в том числе, и принципы АП, в частности **принцип соразмерности** (ст. 5 АППК).

г) **помогают в процессе толкования** норм права, которое является неотъемлемым этапом их применения¹. «Речь идет о том, что право необходимо рассматривать как попытку конкретизации общих принципов. Поскольку лицо, осуществляющее толкование, должно стремиться к такому варианту толкования, которое **наилучшим образом вписывается в действующую правовую систему**, то наиболее обоснованным является тот вариант, который согласуется, в частности, с **принципами права**, которые имеют глубокое системообразующее значение»².

Таким образом, применение норм АППК, а также положений иных нормативных актов, связанных с принятием административных актов и совершением административных действий, требующих толкования со стороны административного органа, должно осуществляться сквозь призму содержания принципов административного права.

ПРИМЕР

В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 21 Закона РК «О противодействии коррупции»³ уполномоченный орган по противодействию коррупции при выполнении возложенных на него функций определяет порядок проведения антикоррупционного мониторинга. Способы и методика проведения такого мониторинга лишь в общих чертах определены в Приказе Председателя Агентства Республики Казахстан по противодействию коррупции (Антикоррупционной службы) от 28 января 2020 г. № 22 «Об утверждении Правил проведения антикоррупционного мониторинга»⁴, что предполагает усмотрение в решении этих вопросов. Таким образом, принимая решение о допустимых формах проведения мониторинга, необходимо ориентироваться на принципы АП и их содержание. Так, например, с учетом принципа справедливости мониторинг должен обеспечивать объективность и беспристрастность полученной информации.

¹ См.: Соколов Е., Росснер С., Мельник Р. Немецкая методика права. С. 27–37.

² Цит. по: Погребняк С. Загальні принципи права як джерело права. С. 22.

³ См.: О противодействии коррупции: закон РК от 18 ноября 2015 г. № 410. URL: <https://online.zakon.kz>

⁴ См.: Об утверждении Правил проведения антикоррупционного мониторинга: приказ Председателя Агентства Республики Казахстан по противодействию коррупции (Антикоррупционной службы) от 28 января 2020 г. № 22. URL: <https://online.zakon.kz/>

В связи с изложенным следует подчеркнуть, что принципы административного права имеют огромное юридическое значение как для теории, так и практики. Они играют важную роль в законодательной, исполнительной (правоприменительной) и судебной сферах. Нарушение (несоблюдение) принципов административного права должно влечь за собой реальные юридические последствия и быть достаточным основанием для судебной защиты частных лиц от злоупотреблений субъектов публичного управления.

4.3. Система принципов административного права

Аксиоматичным в национальной теории права является вывод о том, что все принципы могут быть разделены на общие и специальные (отраслевые). С этим можно согласиться и использовать такой подход для формирования системы принципов административного права.

Система принципов административного права является динамичным комплексным образованием, состоящим из двух основных подсистем, а именно:

1) **общих принципов административного права.** Пребывая на той позиции, что «административное право является конкретизированным конституционным правом», и развивая ее в пределах вопроса, который сейчас обсуждается, можно сделать вывод, что общие принципы административного права находят свое закрепление преимущественно в Конституции РК, отражают построение правовой системы и системы права в целом. Они действуют одинаково во всех отраслях права, в связи с чем существуют, так сказать, на двух уровнях: **общеправовом** и **отраслевом**, не меняя при этом своей сущности и своих основных характеристик¹. К таким принципам можно отнести:

- принцип правового государства;
- принцип связанности государства конституционными правами и свободами человека и гражданина;

¹ См.: Мельник Р.С. Інститут принципів адміністративного права у системі Загального адміністративного права України // Публічне право. 2012. № 3 (7). С. 51–60.

- принцип правомерности;
- принцип разделения властей;
- принцип равенства;
- принцип демократии¹.

2) **принципов административных процедур**, к которым, исходя из положений АППК, относятся, в частности, принципы: законности, справедливости, защиты прав, свобод и законных интересов, соразмерности, пределов осуществления административного усмотрения, приоритета прав, охраны права на доверие, запрета злоупотребления формальными требованиями, презумпции достоверности, активной роли административного органа².

4.3.1. Сущность и содержание принципа правового государства

По общему мнению, термин **«правовое государство»** пришел в конституции постсоветских стран из немецкого права и немецкой юридической доктрины, где существует понятие *«Rechtsstaat»*. Однако необходимо отметить, что перевод термина *«Rechtsstaat»* с немецкого на русский как **«правовое государство»** – не совсем корректен. Если бы мы хотели сказать на немецком языке **«правовое государство»**, т.е. употребить прилагательное **«правовое»** и существительное **«государство»**, это словосочетание звучало бы как *rechtliches Staat*. В связи с этим более точным/правильным переводом термина *«Rechtsstaat»* будет – **«государство права»**, т.е. такое государство, где государственная организация и государственная власть ограничены **правом**, под которым необходимо понимать **не только закон**, но и все иные существующие правовые регуляторы общественных отношений (нормы международного права, обычаи, традиции и т.д.). В этом

¹ Большинство из перечисленных принципов нами были рассмотрены в подразделе 3.4. В связи с этим мы остановимся лишь на анализе **принципа правового государства**.

² Детальнее о содержании данных принципов см. подраздел 4.4. См. также: Подопригора Р.А. Принципы административного права и процесса // Zanger. Вестник права Республики Казахстан. 2021. № 3. С. 27–31.

контексте сформулированный Е. Оналбековым тезис – «**право выше закона и даже выше государства**» –представляется правильным и соответствующим идее правового государства¹.

Доктрина **верховенства права** отличается от более формальной теории верховенства закона апелляцией не только к соблюдению закона (в широком смысле – нормативных актов), но и к содержанию закона, а в конечном счете – к праву как явлению, более широкому по смыслу и формам, более содержательному и глубокому исторически, частью которого является закон (законодательство)².

В связи с этим именно подобным образом следует толковать, закрепленное в ч. 1 ст. 1 Конституции РК положение о том, что Казахстан является **правовым государством**, высшими ценностями которого выступают человек, его жизнь, права и свободы. При таком понимании принцип правового государства становится синонимом категории «**принцип верховенства права**». Поэтому далее, говоря о принципе правового государства, мы будем, фактически, вести речь о принципе верховенства права; а говоря о принципе верховенства права, будем понимать под ним принцип правового государства (принцип «государства права»). В связи с этим ошибочной представляется высказанная в литературе мысль, что верховенство права является основополагающим принципом правового государства³. Нет никаких оснований для подобного противопоставления. Верховенство права и правовое государство – это один и тот же принцип.

Принцип верховенства права необходимо отличать и не смешивать с такими категориями, как «**верховенство закона**» или «**господство закона**». Эти категории допускают существование авторитарных действий со стороны власти, которая может путем принятия закона лишить гражданина любого права или ограничить его реализацию⁴. Подобные (авторитарные)

¹ См.: Оналбеков Е. Право и закон: конституционные проблемы // Вестник КазНУ. Серия юридическая. 2004. № 1 (9). С. 77.

² См.: Утверждение верховенства права, общечеловеческих ценностей и приоритетов современного государства: деятельность Конституционного Совета Республики Казахстан / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами; предисл. д-ра юрид. наук, проф. К.А. Мами. С. 148.

³ Там же. С. 39.

⁴ См.: Доклад о верховенстве права: утв. Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25–26 марта 2011 г.) (п. 15). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus)

действия являются невозможными в **государстве права**, в котором основополагающие права человека выступают основным ограничителем для действий (решений) власти¹, в том числе и тех, которые облачаются в форму закона. Эта концепция признана и подчеркнута и в Конституции РК, где, повторюсь, закреплено положение, что «высшими ценностями являются человек, его жизнь, права и свободы». Это означает, что данные ценности не могут нарушаться властью; а если нарушение и имеет место, то оно должно быть минимизированным по продолжительности, по своим негативным последствиям для носителя прав; не должно приводить к превращению конкретного права в фикцию.

Значение, которое в современных условиях придается принципу правового государства (верховенства права), а также необходимость его практического применения, актуализируют выделение четких и понятных требований (характеристик), вытекающих из этого принципа. Каждый субъект правотворческой и правоприменительной деятельности должен знать, понимать и правильно применять эти требования.

Принцип правового государства (принцип верховенства права) – сложная конструкция, имеющая ряд **обязательных требований (элементов)**, которыми считаются:

- правомерность;
- юридическая определенность;
- запрет произвола;
- доступ к правосудию, отправляемому независимыми и беспристрастными судами;
- соблюдение прав человека;
- запрет дискриминации;
- равенство перед законом².

Если орган власти, принимая решение (издавая нормативный или индивидуальный акт) или совершая юридическое действие,

¹ См.: *Hans D. Jaras Funktionen und Dimensionen der Grundrechte / Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. C.F. Muller, Verlagsguppe Huthing Jehle Rehm GmbH, Heidelberg. Munchen; Landsberg; Berlin, 2006. S. 626; *Мельник Р.С.* Доктрина прав людини: перегляд окремих вихідних позицій // Журнал східноєвропейського права. 2020. № 83. С. 7–14. URL: http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2020/12/melnyk_83.pdf

² См.: Доклад о верховенстве права: утв. Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25–26 марта 2011 г.).

нарушает хотя бы одно из перечисленных требований (элементов), можно констатировать, что имеет место нарушение принципа правового государства (верховенства права).

Рассмотрим содержание названных элементов более детально¹.

Правомерность представляет собой требование точного и неуклонного соблюдения органами публичной власти в процессе их функционирования принципов права, положений международных и национальных юридических актов, а также обычаев, традиций, положений юридической доктрины. Таким образом, **правомерность не сводится лишь к соблюдению требований законов**, т.е. актов, принятых Парламентом. Ее следует рассматривать в контексте выполнения всех норм права. В связи с этим устоявшийся на сегодняшний день термин «**законность**» (требование выполнять/соблюдать законы) должен быть заменен категорией «**правомерность**» (требование выполнять/соблюдать всю палитру норм права)².

Требование правомерности распространяется как на физических, так и на юридических лиц. Для должностных и служебных лиц органов публичной власти она означает, что последние имеют право действовать исключительно:

- 1) **на основании норм права** (должна быть юридическая основа для действий и решений в виде юридического акта);
- 2) **в пределах компетенции** (не выходить за рамки и границы предусмотренных полномочий / компетенции);
- 3) **способом, предусмотренным/установленным в юридических актах** (должна соблюдаться форма решений / действий и соответствующая процедура).

ВАЖНО!

На сегодняшний день имеют место тенденции, связанные как с делегированием государственных функций частным лицам, так и с увеличением

¹ Содержание отдельных элементов принципа верховенства права раскрыто на основании Доклада о верховенстве права, утвержденного Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25–26 марта 2011 г.).

² См.: Мельник Р.С. Принцип законності vs. принцип правомірності: до питання про оновлення юридичних засад діяльності органів публічної влади. С. 14–31; Его же. Принцип законности в странах постсоветского региона: уроки истории и требования современности. С. 203–211.

влияния частных компаний на общество и государство. Это означает, что к этим, скажем так, новым участникам общественных отношений должны применяться те же принципы и требования, которыми в своей деятельности руководствуются органы публичной власти. **«Верховенство права должно быть приведено в такое состояние, когда свобода для всех будет обеспечена даже на тех участках, где гибридные (государственно-частные) субъекты или частные лица ответственны за выполнение заданий, которые ранее принадлежали к сфере компетенции государственных органов.** Сущность верховенства права как руководящего принципа в плане будущего должна быть расширена так, чтобы охватить не только участок сотрудничества между государством и частными субъектами, но и деятельность частных субъектов, возможности которых нарушать личные права являются такими же, как и возможности органов государственной власти. Органы власти на национальном, транснациональном и международном уровнях – все они должны действовать как гаранты основополагающих принципов и элементов традиционного верховенства права на указанных участках»¹.

Юридическая определенность. Данный принцип требует, чтобы любые юридические акты, принятые субъектами публичного управления, были предсказуемыми. **Предсказуемость** означает, что юридический акт должен быть по возможности провозглашен заранее, т.е. до его применения, и из его текста должно быть понятно, какие наступят последствия в случае несоблюдения его положений, чтобы у частных лиц был достаточный запас времени на согласование своего поведения с новыми предписаниями, и чтобы им в целом были ясны цели, временные рамки и масштабы такого воздействия. Юридический акт должен быть **сформулирован достаточно четко** (быть легко доступным, понятным), чтобы лицо имело возможность соответствующим образом скорректировать свое поведение, т.е. каждый субъект, который подпадает под действие юридических актов, должен четко **понимать последствия** их применения. Это особенно важно в тех случаях, когда речь идет об ограничении основополагающих прав и свобод человека и гражданина, а также о введении юридической ответственности за те или иные действия.

ПРИМЕР

Конституционный Совет РК в одном из своих решений установил неконституционность отдельных положений Уголовного кодекса РК, поскольку

¹ См.: Доклад о верховенстве права: утв. Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25–26 марта 2011 года). П. 66.

ку они, на его взгляд, были сформулированы законодателем с нарушением требований **юридической определенности**. При этом Конституционный Совет РК подчеркнул: «... закон, ограничивающий конституционные права и свободы человека и гражданина, должен соответствовать требованиям юридической точности и предсказуемости последствий, то есть его нормы должны быть сформулированы с достаточной степенью четкости и основаны на понятных критериях, позволяющих со всей определенностью отличать правомерное поведение от противоправного, исключая возможность произвольной интерпретации положений закона...»¹.

Юридическая определенность, кроме того, означает, что государство должно действовать понятным образом и выполнять все взятые на себя обязательства и обещания, а также возложенные на него функции.

ВАЖНО!

В части изложенного элемента верховенства права следует обратить внимание и на обязанность органов власти, в том числе и субъектов публичного управления, обеспечивать языковую идентичность своих решений, издаваемых на казахском и русском языках. На эту тему достаточно четко высказался Конституционный Совет РК, в одном из своих решений указав следующее: «...равенство в употреблении казахского и русского языков означает также равную юридическую значимость текстов нормативных правовых актов на казахском и русском языках, а смысловая неидентичность, искажающая содержание правовой нормы и порождающая невозможность ее однозначного понимания, исключает, исходя из смысла пункта 2 статьи 7 Конституции Республики, применение такой нормы на практике»².

Запрет произвола. Произвол является существенной угрозой правам, свободам и законным интересам частных лиц. Категория «произвол» тесно связана с категориями «**дискреционные**

¹ О проверке конституционности частей первой и четвертой статьи 361 Уголовного кодекса Республики Казахстан по обращению Капшагайского городского суда Алматинской области: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 27 февраля 2008 г. № 2 // Казахстанская правда. 2008. 5 марта. № 49 (25496).

² Об официальном толковании пункта 1 статьи 27 Конституции Республики Казахстан и о проверке на соответствие Конституции Республики Казахстан Закона Республики Казахстан «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» и Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам защиты детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию»: нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 18 мая 2015 г. № 3 // Казахстанская правда. 2015. 25 июня. № 118 (27994).

полномочия» и «полномочия на основании усмотрения»¹. В данном случае имеется в виду то, что произвол в первую очередь может проявляться там, где субъекты публичного управления имеют возможность действовать по своему усмотрению, т.е. выбирать один из нескольких юридически допустимых вариантов собственного поведения (решений). Дискреционные полномочия, хотя и необходимы для реализации всего диапазона управленческих функций, однако это не должно происходить произвольно, так как может создать условия для принятия в значительной мере несправедливых, необоснованных, неразумных или деспотичных решений, что не совместимо с принципом верховенства права.

Исходя из сказанного, констатируем: нормативный правовой акт, предоставляющий дискреционные полномочия определенному субъекту публичного управления, должен четко и понятно указывать объем такой дискреции и способ ее реализации, чтобы лицо, подпадающее под ее воздействие, имело возможность соответствующим образом защитить себя от произвольных действий власти.

Административные органы, принимая административные акты или совершая определенные действия в тех случаях, когда закон дает им возможность выбирать один из нескольких вариантов таких действий (решений), должны действовать беспристрастно, непредубежденно, пропорционально и эффективно, и при любых обстоятельствах – в пределах собственной компетенции, закрепленной в нормативном порядке.

Доступ к независимому и беспристрастному суду является неотъемлемым элементом принципа верховенства права. Это связано с тем, что именно суд призван защищать и охранять права, свободы и законные интересы частных лиц от нарушений со стороны субъектов публичного управления.

Понятие «независимый суд» охватывает два основных аспекта: 1) независимость от исполнительной власти; 2) независимость от участников процесса (сторон).

При определении того, может ли суд считаться независимым, необходимо учитывать такие факторы, как, например, способ

¹ О дискреционных полномочиях см. детально подраздел 4.4.5.

назначения членов суда, длительность их пребывания на должности, существование гарантий недопущения давления на них извне. Важно также получить ответ на вопрос, являются ли действия суда проявлением его независимости, что, в свою очередь, означает полное отсутствие какого бы то ни было влияния или давления на суд.

По поводу **беспристрастности** суда отметим следующее. Прежде всего существуют два требования: 1) суд должен быть субъективно свободен от предубежденности или заинтересованности в результате рассмотрения дела; 2) суд должен быть беспристрастным с объективной точки зрения, т.е. иметь достаточно гарантий для исключения каких бы то ни было сомнений насчет его беспристрастности (например, нахождение суда в одном здании с исполнительным органом власти или прокуратурой может вызывать ощущение у граждан, что суд подчинен / зависим от этих органов).

Соблюдение прав человека. Правами, наиболее тесно связанными с верховенством права, являются такие, как право на:

- доступ к правосудию;
- законного и компетентного судью;
- справедливый суд;
- изложение своей позиции;
- недопустимость двойного наказания за одно и то же деяние;
- эффективные средства юридической защиты в любом споре;
- презумпцию невиновности (что означает: любое лицо считается не виновным в совершении преступления до тех пор, пока его вина не доказана).

Запрет дискриминации и равенство перед законом. Запрет дискриминации предполагает, что законы сдерживают дискриминацию отдельных физических лиц или группы лиц. Любой необоснованный неодинаковый подход законом запрещается, все лица имеют гарантированное право на равную и эффективную защиту от дискриминации по любому признаку – расы, цвета кожи, пола, языка, религиозных, политических и других убеждений, национального или социального происхождения, собственности или другого статуса (признака).

Равенство перед законом означает, что все лица подчинены одним законам, и ни одно лицо или группа лиц не имеют особых юридических привилегий. Данное требование касается как допуска частных лиц к определенным благам или ресурсам (например, равенство субъектов хозяйствования, принимающих участие в тендере, проводимом субъектом публичного управления), так и юридической ответственности (все лица отвечают за совершенные ими правонарушения на одинаковых началах).

Принцип равенства перед законом касается также и субъектов публичного управления, которые, как и частные лица, должны подчиняться праву и закону, выполнять все предусмотренные ими обязанности и придерживаться установленных ограничений. Принцип равенства перед законом, или принцип юридического равенства делает невозможной реализацию идеи освобождения должностных или служебных лиц от обязанности подчиняться закону, который распространяется на других частных лиц, как и от ответственности перед судом. Названный принцип устанавливает «общее подчинение» закону.

Исключение из принципа равенства перед законом допускается в отношении лиц:

- находящихся под юрисдикцией другого государства, например дипломатов;
- имеющих юридический иммунитет (Президент РК, судьи, депутаты Палат и др.);
- признанных невменяемыми¹.

4.4. Принципы административных процедур

Достаточно образно и в то же время весьма четко о **значении принципов административной процедуры** высказался К. Давыдов: «Истинная» процедура – это сплав как минимум бюрократического рационализма и гуманистической, аксиологической субстанции. Последняя компонента весьма подвижна, изменчива. Но свое воплощение она получает в системе реально действующих принципов. Принципы процесса разумны и в общих чертах хорошо понятны даже юридически неграмотному человеку. Выработанные

¹ См.: 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособие. / под ред. Р.С. Мельника. С. 66–71.

в первую очередь судебной практикой, закрепленные в законодательстве о судебном процессе, они с разной скоростью (где-то быстрее, где-то медленнее) проникают в управленческий процесс и облагораживают его. Наоборот, лишённые этой великой внутренней силы, административные процедуры деградируют до примитивной инквизиционности в стиле полицейского права XVIII столетия, так же далеко отстоящей от современности, как неандерталец отстоит от человека разумного»¹.

В главе 2 АППК закреплена система принципов административных процедур, которые, как было отмечено выше, наряду с нормами административного права используются для регулирования общественных отношений, возникающих в сфере публичного управления. Субъекты публичного управления обязаны знать перечень этих принципов, а также их содержание, для того чтобы правильно использовать их в своей практической работе. Знание принципов административных процедур является важным и полезным также и для частных лиц, которые, опираясь на их содержание, могут проверять корректность/правомерность действий и решений субъектов управленческой деятельности.

ВАЖНО!

Часть 4 ст. 6 АППК: «Нарушение принципов административных процедур ... в зависимости от его характера и существенности влечет признание административных актов, административных действий (бездействия) незаконными...».

4.4.1. Принцип законности

Принцип законности требует от субъектов публичного управления действовать (принимать решение) исключительно на основании (в соответствии) Конституции Республики Казахстан, АППК и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан. Субъект публичного управления должен получить легитимацию (разрешение) для своих решений (действий) в нормативных правовых актах. Иными словами, он не имеет права принимать решения (действовать) без нормативного уполномочивания, как

¹ Давыдов К. Административное судопроизводство в России и законодательство об административных процедурах: проблемы теории и практики // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 343.

правило, со стороны органа законодательной власти. Это, однако, не исключает возможности/допустимости решений (действий) субъекта публичного управления на основании подзаконных нормативных правовых актов, в случае если они были изданы в соответствии с предоставленной субъекту их принятия компетенцией. Действия/решения субъектов публичного управления, таким образом, должны быть согласованы со всей палитрой юридических регуляторов их деятельности.

Принцип законности также обязывает субъекта публичного управления (независимо от его организационной структуры, вида и т.п.) при осуществлении всех видов деятельности (правотворческой, правоприменительной, информационной и т.д.), а равно при совершении отдельных действий и принятии промежуточных решений в рамках соответствующей процедуры, соблюдать / не нарушать границы собственной **компетенции**.

Компетенция – это возложенный законом на уполномоченного субъекта объем публичных дел (круг задач), которые он вправе решать/выполнять, используя для этого предоставленные ему полномочия (права)¹.

Традиционно ведут речь о следующих **видах компетенции**: предметной (определяет конкретную сферу / круг вопросов), инстанционной (определяет, на каком уровне административной иерархии может быть решен тот или иной вопрос), территориальной (определяет территорию, в рамках которой уполномочен действовать субъект) и функциональной (показывает распределение вопросов/задач в рамках одного органа между его структурными подразделениями). Как правило, три первых вида компетенции (предметная, инстанционная и территориальная) закрепляются за субъектом публичного управления законом и, соответственно, их нарушение создаст основание для утверждения о нарушении принципа законности.

Кроме того, необходимо акцентировать внимание еще на одном составном элементе/требовании принципа законности – действовать способом, установленным в действующем праве. Субъект публичного управления не имеет права самостоятельно

¹ См.: *Гришкова А. А.* Органы государственного управления: сущность и компетенция // Труды Института государства и права РАН. 2015. № 4. С. 64.

(своевольно) определять/избирать способ реализации собственной компетенции. Данный субъект должен/обязан действовать только тем способом, который разрешен/предписан действующими нормативными правовыми актами. Действовать соответствующим (допустимым, разрешенным) способом означает, что субъект властных полномочий (административный орган) обязан соблюдать установленную законом процедуру и формы принятия решения или совершения действия и должен выбирать только установленные законом способы¹.

Следует также упомянуть о важности принципа законности в вопросах обоснования административных актов, в частности, об обязанности субъектов публичного управления при определении правовых оснований принятого решения, которое связано с ограничением прав человека и гражданина, опираться на закон, т.е. акт Парламента. Данное утверждение согласуется с теми положениями Конституции РК, в которых указано, что ограничения конституционных прав допускаются только в случаях и в порядке, прямо установленных законом (например, ч. 2 ст. 18). Поэтому следует согласиться с мыслью тех авторов, которые считают ненадлежащей практику, когда административные органы обосновывают свои решения лишь подзаконными нормативными правовыми актами². Очевидно, что такой подход не способствует укреплению законности в сфере публичного управления.

4.4.2. Принцип справедливости

Принцип справедливости заимствован национальным законодательством из положений международных (европейских) актов, в частности из ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, которой каждому гарантируется право на справедливое судебное разбирательство. Распространение действия принципа справедливости и на сферу управления

¹ Постанова Вищого господарського суду України у справі № 910/10057/16 від 24.01.2017 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/64465989>

² См.: Науково-практичний коментар до проекту Закону України «Про адміністративну процедуру» / авт. колектив: О. Ф. Андрійко, В. М. Бевзенко та ін.); за заг. ред. В. П. Тимошука. Київ: ФОП Мишалов Д. В., 2019. С. 48.

является ярким свидетельством движения РК в направлении дальнейшего укрепления правовой государственности, всемерного расширения возможностей для эффективной реализации физическими и юридическими лицами принадлежащих им прав, свобод и законных интересов.

Исходные положения, касающиеся содержания принципа справедливости, сформулированы в ч. 1 ст. 8 АПК, где сказано, что *«при рассмотрении административного дела административный орган, должностное лицо... обязаны, сохраняя объективность и беспристрастность, обеспечить каждому из участников административного дела равные возможность и условия для реализации их прав на всестороннее и полное исследование обстоятельств административного дела»*.

Объективность рассмотрения административного дела предусматривает обязанность субъекта публичного управления действовать с учетом всех обстоятельств, которые имеют значение для принятия решения (совершения действия), избегать принятия немотивированных выводов, обоснованных предположениями, а не конкретными обстоятельствами¹. Объективность предполагает также, что названный субъект в процессе рассмотрения административного дела действует добросовестно и рассудительно.

Добросовестность предусматривает обязанность действовать с искренними намерениями (правдиво, честно), старательно, прикладывая все необходимые усилия.

Рассудительность означает, что субъект публичного управления должен взвесить значимость отдельных обстоятельств и принять определенное решение, основанное на собственных рассуждениях и оценках. При этом он должен действовать благоразумно (рационально), иначе его решение будет несправедливым. Это положение определяет границы иррациональности, т.е. описывает решение, которое не принял бы ни один разумный служащий. Разумными следует считать действия, которые совершил бы гражданин, обладающий нормальным средним уровнем интеллекта, зна-

¹ См.: Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / за заг. ред. Р.С. Мельника. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 22.

ний и жизненного опыта¹. Соответственно, безрассудными следует считать решение, действие, бездействие, противоречащие законам логики и общепринятым моральным стандартам².

Обязанностью субъекта публичного управления, вытекающей из принципа справедливости, является также обеспечение каждому из участников административного дела равных возможностей и условий для реализации принадлежащих им процессуальных прав. Это требование, в свою очередь, тесно связано с конституционным принципом равенства всех перед законом – принципом запрета дискриминации. В соответствии с данными принципами субъект публичного управления должен обеспечить равное отношение к лицам во время принятия решений при одинаковых (сходных) условиях³.

4.4.3. Принцип защиты прав, свобод и законных интересов

Из принципа/требований правового государства вытекает важнейшая обязанность публичной (государственной) власти всемерно и эффективно содействовать утверждению и реализации прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц. Это связано с тем, что при помощи своих прав, свобод и законных интересов частные лица приобщаются к материальным и духовным благам общества, к институтам власти, к реализации различных собственных и общественных интересов. От уровня обеспечения прав (свобод, интересов) зависят степень совершенства самого человека как личности, его жизнь и здоровье, неприкосновенность и безопасность. Однако без возможности защиты права частных лиц остаются лишь лозунгами или декларациями,

¹ См.: *Беседкина Н.И.* Разумность как принцип, категория, целевое требование и один из критериев юридической техники // *Государство и право.* 2016. № 7. С. 107.

² См.: Звіт «Дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією», с. 37, 38. URL: <https://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/602/a7b/15b/602a7b15b362e496299034.pdf>

³ См.: Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / за заг. ред. Р.С. Мельника. С. 22.

поэтому права, свободы и законные интересы не только должны быть зафиксированными, в частности в Основном законе, но и должен быть определен / установлен совершенный механизм их реализации, последовательно проведенный сквозь всю систему законодательства и юридическую практику¹.

Принцип защиты прав, свобод и законных интересов, получивший нормативное закрепление в ст. 9 АППК, обязывает субъектов публичного управления содействовать защите нарушенных или оспариваемых прав, используя предоставленные им полномочия. В этой части субъекты публичного управления должны занимать проактивную позицию, связанную с тем, что выявленные ими нарушения прав, свобод и законных интересов частных лиц должны быть устранены даже без поступления соответствующей просьбы/жалобы со стороны частного лица.

Данный принцип, в контексте положения абз. 2 ст. 1 АППК, ориентирует на **абсолютный характер права на обращение** в административный орган, к должностному лицу. Из этого положения вытекает несколько выводов. **Во-первых**, частные лица не могут отказаться от принадлежащего им права на обращение в административный орган, к должностному лицу; иными словами, данное право выступает неотъемлемым элементом их правового статуса. **Во-вторых**, это не означает, что частное лицо о б я з а н о воспользоваться названным правом; в этой части – подавать / или не подавать жалобу – частное лицо самостоятельно определяет свое поведение. **В-третьих**, административный орган, должностное лицо не могут акцептировать отказ частного лица от права на обращение. **В-четвертых**, административный орган, должностное лицо не имеют права издавать/принимать нормативные правовые акты и/или совершать действия, блокирующие частному лицу реализацию права на обращение.

Абсолютность права на обращение в административный орган, к должностному лицу обеспечена также возможностью привлечения к юридической ответственности лиц, принуждающих заинтересованное лицо к отказу от права на обращение (ч. 5 ст.

¹ См.: Барабаш Ю.Г., Бориславська О.М., Венгер В.М., Козюбра М.І., Мелешиевич А.А. Конституційне право: підручник / за загальною редакцією М.І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2021. С. 132, 145.

9 АППК). Субъектом ответственности может быть как физическое и/или юридическое лицо, так и государственный служащий, иной сотрудник органа государственной власти, понуждающее (понуждающий) субъекта обращения на отказ от своего конституционного права. Принуждение к отказу может быть осуществлено в различных формах, в частности путем угроз, применения физической силы, обмана, шантажа и т.п.

4.4.4. Принцип соразмерности

Основная задача, решаемая при помощи принципа соразмерности, закрепленного в ст. 10 АППК, связана с обеспечением справедливого баланса интересов участника административной процедуры и общества.

Чрезвычайно важным является принцип соразмерности для сферы **административного усмотрения**, в рамках которой субъект публичного управления имеет право принимать одно из нескольких допустимых с точки зрения закона (права) решения. В рамках принятия такого решения названный субъект обязан применять принцип соразмерности.

Необходимо отметить, что принцип справедливости направлен также и на поиск справедливого баланса прав/интересов частных лиц, вовлекаемых в административную процедуру. В данном случае речь идет о ситуациях, в рамках которых субъект публичного управления принимает административный акт, затрагивающий интересы многих лиц. К подобным актам в первую очередь относятся те, на основании которых реализуются крупные инфраструктурные проекты, например строительство аэропорта, завода по переработке мусора, автомобильной магистрали и т.п. Очевидно, что подобные проекты затрагивают права частных лиц, а следовательно, необходимы совершенные и взвешенные процедуры издания таких актов¹, в рамках которых должен быть достигнут справедливый баланс интересов участников такой процедуры.

¹ 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособие / под ред. Р. С. Мельника. С. 194.

Принцип соразмерности представляет собой сложное юридическое явление, состоящее из трех обязательных составных элементов: **пригодность**, **необходимость** и **пропорциональность**. Иными словами, для того чтобы дать ответ на вопрос, соблюден ли принцип соразмерности субъектом публичного управления в процессе принятия административного акта (совершения административного действия), должна быть осуществлена логическая (интеллектуальная) оценка ситуации, направленная на поиск ответов на следующие вопросы:

1) использовал ли субъект публичного управления пригодное средство (решение, действие);

2) было ли использованное средство (решение, действие) необходимым;

3) было ли использованное средство (решение, действие) пропорциональным.

В этой части следует особо подчеркнуть, что в случае нарушения (несоблюдения) хотя бы одного из названных элементов должен быть сделан вывод о несоблюдении/нарушении принципа соразмерности в целом. Нарушение принципа соразмерности является основанием для признания принятого административного акта (совершенного административного действия) незаконным.

Первым обязательным элементом принципа соразмерности называется **пригодность**, которая требует, чтобы административный акт, административное действие (бездействие), принимаемое субъектом публичного управления, было направлено для достижения цели, установленной законами Республики Казахстан. Под законами в данном случае следует понимать те нормативные правовые акты, которые имеют статус парламентского закона (Конституцию РК, международные договоры, ратифицированные Парламентом, конституционные законы, законы, кодексы) и приравненные к ним акты (нормативные постановления Конституционного Совета и Верховного Суда РК). Кроме того, в силу демократической легитимности, которой наделены законодательные органы, цель законодателя считается легитимной до тех пор, пока Конституция прямо не запрещает то или иное действие/решение¹.

¹ См.: Шлинк Б. Пропорциональность: к проблеме баланса фундаментальных и общественных целей. С. 60.

Следующим элементом принципа соразмерности является **необходимость**: административный акт, административное действие (бездействие) считаются необходимыми, если в наименьшей степени ограничивают права, свободы и законные интересы участника административной процедуры. При одних обстоятельствах вмешательство (акт, действие) в право, свободу или законные интересы участника процедуры будет необходимо, при других – может стать чрезмерным или, наоборот, недостаточным. Чтобы не допустить этого, субъект публичного управления (должностное лицо) должен проанализировать в свете конкретных обстоятельств дела все возможные альтернативные меры (решения) и выбрать из существующих менее обременительное для частного лица средство (решение), способное обеспечить достижение легитимной цели в равной мере. Если необходимость применения крайней меры в свете конкретной ситуации отпала, субъект публичного управления должен перейти к применению менее обременительной меры, которая будет соответствовать сложившейся ситуации¹.

Последним этапом оценки соблюдения принципа соразмерности является оценка **пропорциональности**, т.е. взвешивание всех обстоятельств дела для того, чтобы выяснить, не преобладают ли негативные последствия, которые влечет применение меры субъектом публичного управления, над положительными последствиями от достижения цели, иными словами, сбалансированы ли публичные и частные интересы в соответствующей правовой ситуации². На данном этапе, таким образом, необходимо определится с тем, какая из ценностей (общественное благо или права, свободы и интересы частного лица) является более значимой. Законодатель в этой части весьма четко сформулировал положение о том, что административный акт, административное действие (бездействие) считаются пропорциональными, если общественное благо, полученное в результате ограничений прав, свобод и законных интересов участника административной процедуры,

¹ См.: *Евтушок Ю.О.* Требование принципа пропорциональности в сфере правоприменения // Современное право. 2013. № 2. С. 119; *Мёллер К.* Принцип соразмерности: в ответ на критику // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 4 (101). С. 89.

² См.: *Евтушок Ю.О.* Требование принципа пропорциональности в сфере правоприменения. С. 119.

больше, чем вред, причиненный этими ограничениями. Таким образом, оценка пропорциональности, на данном этапе, сводится к взвешиванию/определению значимости (важности) конкурирующих ценностей¹.

4.4.5. Принцип пределов осуществления административного усмотрения

Посредством принципа пределов осуществления административного усмотрения (ст. 11 АППК) в законодательство и правоприменительную практику РК был введен новый институт – **институт административного усмотрения**.

Об административном усмотрении (дискреции) субъекта публичного управления говорится в тех случаях, когда часть нормы права, которая содержит юридические последствия (в частности санкции), предусматривает несколько вариантов возможной (допустимой) реакции названного субъекта на события или поступки участников правоотношений². В этом случае такому субъекту предоставлено определенное пространство, поскольку он может осуществлять выбор между несколькими допустимыми с точки зрения закона (права) решениями³.

Исходя из этого выделяют следующие **виды административного усмотрения**:

- касательно решения/действия: субъект публичного управления имеет право самостоятельно решать, будет или не будет он принимать решение/действовать;

¹ Детальнее о принципе соразмерности см.: *Шлинк Б.* Пропорциональность: к проблеме баланса фундаментальных и общественных целей; Мёллер К. Принцип соразмерности: в ответ на критику; Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 93–95.

² См.: *Мельник Р.С.* Понятие и цели административного усмотрения // Zanger. 2021. № 5. С. 59.

³ См.: *Maurer H.* Allgemeines Verwaltungsrecht. München: Verlag C.H. Beck, 2011. С. 147; *Брэбан Г.* Французское административное право / пер. с фр. Д.И. Васильева, В.Д. Карповича; под ред. и со вступ. ст. С.В. Боботова. С. 166; *Основи адміністративного судочинства та адміністративного права / Куйбіда Р., Шишкін В. (заг. ред.). Київ, 2006. С. 166.*

- касательно одного из вариантов действия/решения: субъекту публичного управления предоставляется возможность принять одно из юридически допустимых решений или совершить одно из юридических допустимых действий;
- касательно способа действия: каким образом он будет действовать в конкретной ситуации.

Административное усмотрение представляет собой не право или обязанность, а полномочие субъекта публичного управления, т.е. **право-обязанность**. Если законодательство предусматривает принятие лишь одного конкретного решения, то в этом случае речь идет не об усмотрении, а об обязанности¹, которая должна быть реализована и выполнена четко, в срок и способом, установленным в нормативном порядке. Усмотрение касательного того, каким образом выполнить такую обязанность, не допускается.

Цель административного усмотрения субъекта публичного управления сводится к следующему:

во-первых, благодаря усмотрению обеспечивается индивидуализация и справедливость решения тех или иных дел, поскольку они рассматриваются в рамках конкретных обстоятельств, которые могут быть учтены соответствующим субъектом;

во-вторых, такие полномочия способствуют административной гибкости, позволяя административным органам, которые принимают решения, адаптироваться к меняющимся обстоятельствам и приоритетам (при условии соблюдения ограничений законности и разумности)², и повышению эффективности (рациональности) и оперативности управленческой деятельности³;

¹ Nedjatigil Zaim M. Judicial Control of Administrative Discretion: A Comparative Study (Great Britain, France, Germany, Netherlands, Italy). *Anglo-American Law Review* 14.2 (1985). P. 97.

² См.: Mcharg A. Administrative Discretion, Administrative Rule-Making and Judicial Review // SSRN Electronic Journal. 2017. P. 270.

³ См.: Friedrich J. Carl. Public Policy and the Nature of Administrative Responsibility. *Public Policy*. Cambridge: Harvard University Press, 1940. P. 3–34; Коломоєць Т.О. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2011. С. 40.

в-третьих, усмотрение позволяет максимально полно учесть права, свободы и интересы частного лица, особенно в процессе сопоставления их с публичным интересом.

Для обеспечения законности решений/действий, принятых (совершенных) на основании административного усмотрения, субъект публичного управления обязан действовать в пределах, установленных законодательством Республики Казахстан (ст. 11 АППК). Если же он не соблюдает это требование, то он действует «с ошибочным применением дискреции» и, следовательно, незаконно. При этом следует подчеркнуть, что в случае, когда субъект публичного управления принял менее целесообразное решение (из перечня возможных), еще нет оснований для того, чтобы говорить о незаконном административном усмотрении¹.

Важно также подчеркнуть, что, поскольку усмотрение – это право-обязанность, в тех случаях, когда у субъекта публичного управления имеется возможность/допустимость административного усмотрения, он **обязан его применить**.

Таким образом, субъект публичного управления, принимая административный акт / совершая действие на основании административного усмотрения, обязан:

- **действовать в рамках диапазона, установленного нормой права, не выходя за его верхнюю или нижнюю границу.** Например, в соответствии с ч. 3 ст. 46 Кодекса РК «Об административных правонарушениях» срок лишения права управления транспортными средствами не может быть менее шести месяцев и более десяти лет. Значит, субъект, принимая решения о лишении водителя права управления транспортным средством, имеет право действовать лишь в этом диапазоне (от 6 месяцев до 10 лет);

- **выбирать один из вариантов решения (действия) из числа тех, которые закреплены в правовой норме.** Например, согласно ст. 59 Закона РК «О правоохранительной службе», сотрудник правоохранительного органа с целью прекращения общественно опасных деяний, задержания и доставления в правоохранительные органы лиц, их совершивших, с учетом характера правонару-

¹ См.: *Maurer H.* Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 148.

шений и конкретных ситуаций имеет право применить или огнестрельное и иное оружие, или специальные средства, или физическую силу. Таким образом, сотрудник должен выбирать один из трех перечисленных вариантов (способов) своей реакции;

- **самостоятельно определять вид (способ) решения (действия) для выполнения предписанной нормы.** В соответствии с ч. 3 ст. 18 Закона РК «О порядке организации и проведения мирных собраний в Республике Казахстан» в случае невыполнения требования о прекращении мирных собраний сотрудники органов внутренних дел принимают необходимые меры по принудительному прекращению мирных собраний в соответствии с законодательством Республики Казахстан. Таким образом, сотрудники органов внутренних дел самостоятельно решают – каким именно образом они будут принудительно прекращать мирное собрание;
- **применять административное усмотрение** всегда, когда закон предоставляет такую возможность.

ВАЖНО!

В контексте вопроса об административном усмотрении важной является проблема определения правовой сущности **неопределенных юридических понятий** («общественный порядок», «угроза жизни и здоровью», «злостное нарушение», «опасный случай» и т.д.). В немецкой литературе проводится четкое разграничение между толкованием (применением) неопределенных юридических понятий и применением административного усмотрения. Считается, что разница между ними заключается в том, что если усмотрение находится на **стороне юридических последствий нормы** («усмотрение о юридических последствиях», «усмотрения касательно действия / не действия», «усмотрение касательно выбора одного из вариантов решений»), то неопределенные юридические понятия находятся на **стороне юридического состава** (диспозиции нормы)¹, выступая основой для принятия решения (в том числе на основе усмотрения).

Различные юридические понятия имеют разную степень определенности. Отдельные категории, нашедшие закрепление в текстах нормативных актов, учитывая их легальные (официальные) определения или результаты судебной практики, достаточно четки и однозначны для понимания. В то же время юридические акты наполнены и многочисленными категориями, которые должны быть интерпретированы (разъяснены) в каждом конкретном случае их применения. К таким понятиям относятся, например, публичный интерес, общее благо, уважительная причина, надежность, пригодность, особенно тяжкий случай, повреждение природного пейзажа и пр.

Применение этих понятий в каждом частном случае требует оценки, а зачастую также прогноза на будущее; это, в свою очередь, возможно только в случае учета, оценки и сравнительного взвешивания конкурирующих

¹ См.: *Maurer H.* Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 151.

явлений. Не всегда можно четко установить единственно возможное правомерное решение. Невзирая на эти трудности, административный орган должен в конкретном случае добраться до конкретного решения¹. По этой причине дискреция и полномочия по толкованию неопределенных юридических понятий не составляют четко разграниченных между собой юридических конструкций; они обусловлены разной законодательной техникой и могут взаимозаменяться под разными методическими углами зрения².

Для уяснения содержания таких понятий применяются соответствующие методики толкования права³.

Кроме того, принятие административного акта и (или) совершение административного действия (бездействия) при осуществлении административного усмотрения должны соответствовать **цели** данного полномочия. В противном случае будет иметь место злоупотребление административным усмотрением. Злоупотребление усмотрением имеет место, когда его осуществление не направлено на предусмотренные законом цели или когда при его осуществлении должным образом не учтены соответствующие присущие ему критические аспекты. Полномочия всегда предоставляются административному органу (должностному лицу) не в его собственных интересах и не в интересах отдельного гражданина, а с целью удовлетворения общественных интересов. Если субъект применения административного усмотрения использует полномочия для иных, чем достижение публичного интереса, целей, то он действует незаконно⁴.

ПРИМЕР

Сотрудник полиции останавливает транспортное средство, которым управляет гражданин К., и производит его досмотр, но делает это не в связи с обеспечением общественной безопасности и порядка (законная цель), а для того, чтобы «наказать» гражданина с которым он пребывает в личных неприязненных отношениях (незаконная цель).

¹ Ibid. S. 153.

² Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen. S. 172.

³ Более детально о методиках толкования см.: Шлоер Б., Поєдинок В., Лукач І., Косілова О. Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти: навч. посіб. / за заг. редакцією Р. Мельника. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2020; Соколов Е., Роснер С., Мельник Р. Німецька методика права: навч. посіб.

⁴ См.: Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 149; Брэдбан Г. Французское административное право / пер. с фр. Д.И. Васильева, В.Д. Карповича; под ред. и со вступ. ст. С.В. Боботова. С. 193.

При оценке решения, принятого на основании административного усмотрения, должны быть **также учтены фактические обстоятельства**, сопровождающие процесс его принятия. В случае, если соответствующий субъект пользуется своим дискреционным полномочием, он не должен допускать ошибок при констатации юридических фактов. Ошибки в оценке фактических обстоятельств, неправильные расчеты, проведенные им – всё это может вызвать незаконность принятого на основании административного усмотрения решения. Подобные последствия вызывают также и случаи, когда при принятии акта на основании административного усмотрения субъект публичного управления допускает очевидные просчеты в оценках. Очевидная ошибка с точки зрения логики является тем же самым, что и злоупотребление властью с точки зрения нравственности. Субъект публичного управления имеет право на осуществление своих полномочий, но он не имеет права совершать абсурдные действия¹.

4.4.6. Принцип приоритета прав

Принцип приоритета прав (ст. 12 АППК) основывается на положениях части первой статьи 1 и части второй статьи 12 Конституции РК, которые ориентируют органы государственной власти на то, что права и свободы человека и гражданина являются основным приоритетом их деятельности.

ВАЖНО!

В Концепции развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года: построение «человекоцентричной» модели – «Люди прежде всего» отмечено, что необходимым условием для устойчивого экономического роста, развития общества и бизнеса является обеспечение верховенства закона, где государство должно выступать гарантом соблюдения фундаментальных прав человека².

¹ См.: Брзбан Г. Французское административное право: пер. с фр. / под ред. и со вступ. ст. С.В. Боботова. С. 194, 194.

² См.: Концепция развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года: построение «человекоцентричной» модели – «Люди прежде всего»: указ Президента РК от 26 февраля 2021 г. № 522. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/U2100000522>

Нормативные акты часто содержат в себе противоречия, неполные и нечетко сформулированные нормы, что усложняет правоприменительную деятельность субъектов публичного управления, снижая ее эффективность. Еще более нежелательной является такая ситуация в сфере прав, свобод и законных интересов частных лиц, поскольку они, скажем так, становятся заложниками законодателя, который ненадлежащим образом закрепил их правовой статус в нормативных актах. Подобные ситуации могут привести к блокированию или усложнению реализации прав, свобод и законных интересов частных лиц и в сфере административных процедур. В связи с этим в АПК (ст. 12) введен принцип приоритета прав, при помощи которого определенным образом может быть нейтрализовано несовершенство действующего законодательства. Иными словами, субъект публичного управления не может, ссылаясь на несовершенство действующего законодательства, уклониться от обеспечения реализации права частного лица – участника административно-правовых отношений, поскольку это нарушило бы положение Конституции РК о приоритете и высшей ценности прав и свобод частного лица в государстве.

Содержание приоритета прав может быть представлено в виде **следующих элементов:**

1. При наличии двух или более вариантов толкования одной правовой нормы субъект публичного управления выбирает тот из них, который в большей степени способствует защите прав и свобод участника административной процедуры.

2. Если конкурирующие варианты толкования правовой нормы способствуют защите прав различных субъектов, то суд выбирает тот вариант, который способствует защите прав субъекта, более слабого в социально-экономическом отношении.

3. При толковании права должны учитываться не только его непосредственные результаты, но и отдаленные последствия, которые оно может иметь для обеспечения прав и свобод человека.

4. Содержание прав и свобод человека не подлежит ограничительному толкованию; ограничения прав и свобод человека не подлежат расширительному толкованию¹.

¹ См.: Рулев А.И. Приоритет прав и свобод человека – принцип судебного толкования права // ЮП. 2008. № 3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/prioritet-prav-i-svobod-cheloveka-printsip-sudebnogo-tolkovaniya-prava>

5. В случаях существования двух норм, одновременно устанавливающих порядок реализации права частным лицом, административным органом должна быть применена та из них, которая является более выгодной (в части последствий, в части простоты реализации, в части затрат на реализацию и т.п.) для частного лица.

Для обеспечения реализации принципа приоритета прав субъект публичного управления в случае необходимости может/должен, согласно ч. 5 ст. 7 АППК, применить также и аналогию права (закона) и/или решать сложившуюся ситуацию, исходя из общих начал и смысла законодательства РК.

4.4.7. Принцип охраны права на доверие

Важнейшей основой правового государства, влияющей на выстраивание прогнозируемых отношений между гражданами и властью, является принцип охраны права на доверие (ст. 13 АППК). Каждый гражданин должен иметь возможность доверять тому, что с ним обращаются в соответствии с законом и что государственные органы не действуют по собственному усмотрению¹ и принятые ими ранее решения (административные акты, административные действия) не будут произвольно пересмотрены и изменены/отменены. Таким образом, их решения и действия не только должны быть материально справедливыми, но и способствовать правовой безопасности и стабильности².

Суть данного принципа заключается в том, что частное лицо (физическое лицо, юридическое лицо) должно быть в состоянии доверять существующему правовому положению и рассчитывать

¹ См.: Брокер Л. Инквизиционный принцип в административном праве (административная процедура и административный процесс) // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 11.

² См.: Кесслер В. Защита доверия в административном праве Германии и Таджикистана // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 116.

на то, что данное положение останется неизменным на определенный срок и что его правомерные действия в дальнейшем не будут иметь отрицательных последствий. Принцип защищает, в том числе, доверие к полученным от должностных лиц сведениям и консультациям, доверие к заверениям и обещаниям государственных органов, доверие к продолжительному бездействию государственного органа и доверие к соблюдению равноправия. Такое положение дел (состояния стабильности) дает возможность частному лицу принимать обоснованные решения о личной, профессиональной или инвестиционной деятельности¹, что вызывает также заинтересованность государства в обеспечении стабильности правопорядка.

При этом следует подчеркнуть, что изложенное не означает абсолютной невозможности отмены/изменения ранее принятого решения (административного акта). Скорее, речь идет о том, что отмена/изменение может иметь место лишь как исключение в случаях и в порядке, определенных законом. Детальнее об этом см.: ст. 84–85 АПК.

4.4.8. Принцип запрета злоупотребления формальными требованиями

Правовое государство основывается на идее связанности органов государственной власти и должностных лиц законом. Эта задача выполняется также и на уровне административного права и административного процедурного права, которые должны обеспечить, чтобы субъекты публичного управления действовали в соответствии с законом, т.е. соблюдали Конституцию и законы и претворяли в жизнь установки законодателя и правительства. Гражданин должен иметь возможность доверять тому, что государство будет обращаться с ним в соответствии с законом, и исполнительная власть не будет действовать произвольно².

¹ См.: Кесслер В. Защита доверия в административном праве Германии и Таджикистана. С. 117, 118.

² См.: Брокер Л. Инквизиционный принцип в административном праве (административная процедура и административный процесс). С. 13.

Таким образом, принцип запрета злоупотребления формальными требованиями (ст. 14 АППК) означает, что действующее законодательство запрещает субъекту публичного управления в процессе своей деятельности исходить из соображений (требований) целесообразности, политической необходимости, долга службы и тому подобных оснований, только закон может/должен быть основанием для принятия решений и совершения действий, которые затрагивают (ограничивают) права и свободы участника административно-правовых отношений или возлагают на него обязанности; только закон должен устанавливать требования, на выполнение/реализацию которых направлена деятельность субъекта публичного управления.

В то же время применение закона не должно осуществляться лишь ради применения. Субъект публичного управления обязан помнить положение Конституции РК, ориентирующее на то, что вся правоприменительная деятельность в государстве направлена на обеспечение и реализацию прав человека и гражданина. В связи с этим незначительные формальные нарушения в оформлении документов, совершении юридических действий, которые не могут с содержательной части повлиять на принимаемое решение, не могут быть основанием для отказа в реализации прав, свобод и законных интересов частных лиц.

ПРИМЕР

Полезной для понимания содержания данного принципа может быть и практика украинского Верховного Суда, который, проверяя законность отказа в проведении регистрационных действий государственным регистратором, указал, что формальные неточности в документах, которые не порождают юридических последствий, не могут быть, по общему правилу, доказательством не соответствия поданных документов требованиям законодательства и основанием для отказа в осуществлении административной процедуры¹.

¹ См.: Постановва Верховного Суду від 27 квітня 2021 року у справі № 127/12200/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96706627>

4.4.9. Принцип презумпции достоверности

Введение презумпции достоверности, как принципа административной процедуры (ст. 15 АППК) является свидетельством переориентации отношений между человеком и государством, которое относится к частному лицу не как к оппоненту, конкуренту или угрозе, а как к носителю прав, свобод и законных интересов, утверждение и обеспечение реализации которых становится главной обязанностью государственной власти. Для того чтобы частные лица начали доверять государству, оно должно первым продемонстрировать доверие своим гражданам.

Презумпцию достоверности в административной процедуре в определенной мере можно сравнить с презумпцией невиновности в уголовном праве, в основе которой лежит общая, широко признаваемая норма морали: каждый человек должен презюмироваться (полагаться) добропорядочным, пока иное не будет доказано¹. Подобный подход перенесен законодателем и на сферу административной процедуры.

Таким образом, в соответствии с данным принципом субъект публичного управления должен воспринимать в качестве достоверных любые объекты материального мира, информацию, оценка которых имеет важное значение в рамках соответствующих правоотношений.

Обязанность оценивания субъектом публичного управления материалов, объектов, документов и сведений, представленных участником административно-правовых отношений, как достоверных не означает, что их действительная/подлинная достоверность не может быть проверена. Субъект управления, в случае наличия у него сомнений в достоверности материалов, объектов, документов и сведений, обязан по собственной инициативе и с использованием собственных ресурсов (в том числе в рамках взаимодействия государственных органов) произвести дополнительную проверку. Такой подход, соответствует его обязанности всесторонне, полно и объективно исследовать фактические об-

¹ См.: *Деришев Ю.В., Мурашкин И.Ю.* Принцип презумпции невиновности: теория, противоречия реализации и пути их нейтрализации // Научный вестник Омской академии МВД России. 2012. № 2 (45). С. 44.

стоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения административного дела (ст. 8, 72 АПК). Закон не ограничивает субъекта публичного управления в средствах, которые могут быть использованы/применены для достижения данной цели. При этом, однако, важно подчеркнуть, что, осуществляя такую дополнительную проверку, субъект управления должен действовать а) на основании, б) в пределах полномочий (компетенции) и в) способами, которые предусмотрены нормативными правовыми актами.

4.4.10. Принцип активной роли административного органа

Эффективное осуществление публичного управления, ориентированного на всемерное признание и гарантирование прав, свобод, интересов человека и гражданина может быть достигнуто лишь в том случае, если субъекты его осуществления в рамках соответствующих административно-правовых отношений будут занимать активную позицию, которая создает необходимые условия для обеспечения всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела и принятия справедливого и законного решения. Принятие индивидуального решения административным органом не может быть осуществлено без надлежащего/правильного субсумирования¹ обстоятельств дела и нормы права, что, в свою очередь, требует их (обстоятельств) надлежащего и полного выявления и изучения. Это обеспечивается посредством принципа активной роли административного органа.

Назначение данного принципа заключается и в том, что при его помощи определенным образом усиливается «слабый» правовой статус частного лица, которое вступает в правоотношения с «сильным» представителем государства. Отсутствие обязанности у субъекта публичного управления самостоятельно совершать те или иные необходимые действия (например, запрашивать дополнительную информацию у иного административного органа;

¹ Детальнее об этом см.: Соколов Е., Росснер С., Мельник Р. Немецкая методика права. С. 16.

получать доступ к архивным данным и т.п.) могло бы привести к блокированию решения вопроса частного лица, так как зачастую необходимые для его принятия документы (данные) находятся в исключительном распоряжении субъекта публичного управления.

Несмотря на отсутствие принципа активной роли административного органа в перечне принципов административной процедуры, закрепленных в Главе 2 АППК, данный принцип может быть выведен как из общей концепции административной процедуры, так и из отдельных статей Кодекса. Возможность такого шага дополнительно может быть обоснована и ссылкой на ч. 2 ст. 6 АППК, где определено, что установленные принципы административных процедур не являются исчерпывающими и не могут быть препятствием для применения других принципов права.

Часть 1 статьи 72 АППК: «Административный орган, должностное лицо обязаны принять меры для всестороннего, полного и объективного исследования фактических обстоятельств, **имеющих значение** для правильного рассмотрения административного дела».

Часть 3 статьи 72 АППК: «Административный орган, должностное лицо **не связаны** доводами, фактическими обстоятельствами административного дела и проверяют административное дело в полном объеме».

Часть 4 статьи 72 АППК: «Административный орган, должностное лицо вправе собирать доказательства **по собственной инициативе** в целях установления фактических обстоятельств административного дела».

Часть 5 статьи 72 АППК: «Административный орган, должностное лицо не вправе отказать в исследовании заявлений и документов, представленных участниками административной процедуры, рассмотрение которых входит в их компетенцию».

Часть 1 статьи 82 АППК: «Административный орган, должностное лицо вправе **по собственной инициативе** или по ходатайству участника административной процедуры исправить допущенные в административном акте опiski и (или) арифметические ошибки без изменения содержания административного акта».

Часть 1 статьи 98 АППК: «Орган, рассматривающий жалобу, обязан принять меры для всестороннего, полного и объективного исследования фактических обстоятельств, **имеющих значение** для правильного рассмотрения жалобы»

Часть 4 статьи 98 АППК: «Орган, рассматривающий жалобу, **не связан доводами** административного органа, должностного лица, чьи административный акт, административное действие (бездействие) обжалуются, участника административной процедуры, а также требованиями, изложенными в жалобе, и **проверяет административное дело в полном объеме**».

На формирование/содержание и применение данного принципа влияет также и Конституция РК, которая определяет связанность субъектов публичного управления законом (ч. 4 ст. 3), а значит, обязывает принимать такие решения, которые базируются на проверенных и выверенных фактах (основаниях). «Связанность органа исполнительной власти доводами гражданина не смогла бы обеспечить этого. Таким образом, можно было бы выявить разве что «формальную истину», а то и вовсе лишь «фиктивные обстоятельства дела». Поэтому орган исполнительной власти обязан сам исследовать обстоятельства дела и выявить факты»¹.

В этой части нельзя не упомянуть также и Концепцию развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года, которая требует воплощения в названной сфере **принципа проактивности**, направленного на опережающее оказание услуг, создание благ и выгод для всех заинтересованных сторон на всех уровнях принятия решений, а также предотвращение возникновения проблем или минимизацию ущерба от них при достижении долгосрочных целей². В известном понимании, принцип проактивности представляет собой высшую ступень развития и воплощения в жизнь принципа активной роли административного органа.

Принцип активной роли административного органа содержит в себе определенный **набор требований**, которые должны быть соблюдены соответствующими субъектами публичного управления в процессе их деятельности. Так, они обязаны:

- самостоятельно устанавливать юридические и фактические обстоятельства (в полном объеме), необходимые для издания административного акта или совершения действия, за исключением случаев, предусмотренных законом³;

¹ Брокер Л. Инквизиционный принцип в административном праве (административная процедура и административный процесс). С. 16.

² См.: Об утверждении Концепции развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года: указ Президента Республики Казахстан от 26 февраля 2021 г. № 522.

³ См.: Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 158.

- не тратить ресурсы на исследование излишних или ранее уже установленных фактов, не имеющих отношения к возникшему вопросу/правоотношению;
- использовать все возможные и допустимые с точки зрения закона средства для сбора/получения необходимой информации (данных, фактов и т.п.), в том числе и выгодной для частного лица;
- помогать/содействовать частному лицу в получении/истребовании необходимых документов, данных, информации;
- создавать условия для подачи частным лицом доказательств, данных, информации и т.п., в том числе, и путем проведения заслушивания;
- разъяснять последствия действий/решений, инициируемых частным лицом в рамках соответствующей процедуры;
- обращать внимание на факты и обстоятельства, которые упущены или не учтены частным лицом, и которые могут иметь важное значение для принятия решения по делу;
- брать на себя бремя доказывания по фактам и обстоятельствам, требующим установления для принятия, прежде всего, обязательного административного акта или иного ограничения прав частного лица¹;
- демонстрировать частному лицу готовность участия в решении возникшего у него вопроса/проблемы;
- содействовать формированию сервисного и доверительного отношения граждан к аппарату управления.

Необходимо подчеркнуть, что степень активности административного органа не может быть чрезмерно высокой / запредельной; она должна быть согласована с особенностями того или иного правоотношения. Активность административного органа может быть ограничена организационными и/или материальными ресурсами, находящимися в его распоряжении, однако это не означает, что административный орган имеет право вообще самоустраниться от решения вопроса со ссылкой на их недостаточность. Исходя из принципа активной роли, административный орган должен осуществлять все разумные и необходимые в конкретной ситуации действия, направленные на решение вопроса/запроса частного лица.

¹ Там же. С. 20–21.

ПРИМЕР

Показательным в этой части может быть одно из решений Европейского суда по правам человека по делу «Баранкевич (Barankevich) против Российской Федерации», в котором Суд, давая оценку действиям полиции по обеспечению безопасности участников мирного собрания, указал следующее: «Применять обоснованные и соразмерные меры для обеспечения безопасности участников мирных демонстраций – обязанность государства»¹.

Таким образом, недостаточным, в том числе и с позиции принципа активной роли административного органа, был бы запрет проведения мирного собрания со ссылкой на возможные нарушения общественного порядка. Названный принцип требует, чтобы административные органы использовали все наличествующие у них организационные, технические и человеческие ресурсы для того, чтобы обеспечить охрану участников собрания, реализовав тем самым их право на свободу мирных собраний².

При этом отметим, что для понимания данного принципа является важной и еще одна позиция Суда, которая была сформулирована им уже в другом решении, также посвященном праву на участия в мирном собрании. Суд отметил: «несмотря на то, что в обязанности государств – участников Конвенции входит принятия разумных и надлежащих мер для обеспечения мирного характера демонстраций, проводимых в соответствии с законом, они не могут дать абсолютных гарантий в этом отношении, хотя и обладают широкими полномочиями при выборе такого рода мероприятий. В этой сфере статья 11 Конвенции обязывает государство принимать меры, однако не обязывает их получать определенные результаты»³, поскольку они (результаты) могут зависеть от большого количества обстоятельств, неподконтрольных уполномоченным органам⁴.

Это означает, что участники административно-правовых отношений не имеют права, ссылаясь на принцип активной роли административного органа, требовать от последнего четко определенного результата. Принцип возлагает лишь обязанность совершить все разумные и необходимые меры для его наступления.

Наряду с изложенным следует отметить, что данный принцип и вытекающие из него обязанности субъекта публичного управления, не освобождают частное лицо от необходимости содействия органу в решении соответствующего вопроса. Част-

¹ Решение Европейского суда по правам человека по делу «Баранкевич (Barankevich) против Российской Федерации» от 20 октября 2005 г. // Свобода собраний в постановлениях Европейского суда по правам человека. Воронеж: Артефакт, 2009. § 32.

² См.: Мельник Р.С. Право на свободу мирных зібрань: теорія і практика. Київ, 2015. С. 36.

³ Решение Европейского суда по правам человека по делу «Организация «Платформа «Врачи за жизнь» против Австрии от 21 июня 1998 г. // Свобода собраний в постановлениях Европейского суда по правам человека. Воронеж: Артефакт, 2009. § 34.

⁴ См.: Мельник Р.С. Право на свободу мирных зібрань: теорія і практика. С. 37.

ное лицо должно надлежащим образом пользоваться своими правами и обязанности, не совершать действий, которые не согласуются с задачами/целями соответствующих правоотношений. В ситуациях, когда частное лицо ожидает принятия благоприятного административного акта, оно должно взять на себя бремя доказывания, если остаются сомнения в наличии фактов, обосновывающих право гражданина на получение какой-либо услуги. Вместе с тем исключения в этом отношении существуют; и прежде всего, когда гражданин не по собственной вине находится в ситуации невозможности доказать необходимые факты¹.

Обобщение к главе 4

«Принципы административного права»

1. Принципы административного права – это базовые положения, идеи, отображающие сущностные характеристики административного права, на основании которых должны приниматься решения и совершаться действия субъектами публичного управления, а также разрабатываться/приниматься нормы административного права. Принципы административного права не являются константой, они развиваются одновременно с административным правом, а иногда и опережают его развитие.

Принципы являются не чем иным, как специальными нормами административного права (меганормами², нормами высшего порядка), которые регулируют общественные отношения в сфере публичного управления.

2. Принципы административного права:

а) учитываются в процессе нормотворческой деятельности, являясь ориентиром для создания последующих норм права, в том числе и подзаконного уровня;

¹ См.: Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. С. 21.

² См.: 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособие / под ред. Р. С. Мельника. С. 62.

б) закладывают основу для судебного контроля за административным органом, а именно – дают административному суду возможность, опираясь на анализ их содержания, оценить законность или незаконность действий и/или решений административных органов;

в) заполняют пробелы в области правового регулирования общественных отношений в сфере административных процедур. Принципы административного права – это те положения, на которых строится применение аналогии права;

г) помогают в процессе толкования норм права, которое является неотъемлемым этапом их применения¹. «Речь идет о том, что право необходимо рассматривать как попытку конкретизации общих принципов. Поскольку лицо, осуществляющее толкование, должно стремиться к такому варианту толкования, который наилучшим образом вписывается в действующую правовую систему, то наиболее обоснованным является тот вариант, который согласовывается, в частности, с принципами права, которые имеют глубокое системообразующее значение»².

3. Система принципов административного права является динамичным комплексным образованием, состоящим из двух основных подсистем, а именно: 1) общих принципов административного права и 2) принципов административных процедур.

4. К общим принципам административного права можно отнести:

- принцип правового государства;
- принцип связанности государства конституционными правами и свободами человека и гражданина;
- принцип правомерности;
- принцип разделения властей;
- принцип равенства;
- принцип демократии.

5. Принципы административных процедур представлены следующими принципами: законности, справедливости, защиты прав, свобод и законных интересов, соразмерности, пределов осуществления административного усмотрения, приоритета

¹ См.: Соколов Е., Росснер С., Мельник Р. Немецкая методика права. С. 27–37.

² Цит. по: Погребняк С. Загальні принципи права як джерело права. С. 22.

прав, охраны права на доверие, запрета злоупотребления формальными требованиями, презумпции достоверности, активной роли административного органа.

6. Принцип правового государства (принцип верховенства права) – сложная конструкция, имеющая ряд обязательных требований (элементов), которыми считаются:

- правомерность;*
- юридическая определенность;*
- запрет произвола;*
- доступ к правосудию, отправляемому независимыми и беспристрастными судами;*
- соблюдение прав человека;*
- запрет дискриминации;*
- равенство перед законом¹.*

¹ Доклад о верховенстве права: утв. Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25–26 марта 2011 года).

ГЛАВА 5

СУБЪЕКТЫ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА

5.1. Суть и значение категории «субъекты административного права»

Административное право регулирует общественные отношения, возникающие с участием соответствующих субъектов – **субъектов административного права**, которые соответственно вступают друг с другом в административно-правовые отношения. Поскольку административное право регулирует общественные отношения, которые возникают, изменяются и прекращаются в сфере публичного управления, то их обязательным участником всегда будет субъект публичного управления. Иначе говоря, административно-правовые отношения не могут возникнуть без специального субъекта административного права – **субъекта публичного управления**, который присутствует в любом административно-правовом отношении. Другой стороной такого отношения может быть как частное лицо (физическое или юридическое), так и иной субъект публичной власти (должностное или служебное лицо).

Субъекты административного права – это участники административно-правовых отношений, которые имеют субъективные права и выполняют юридические обязанности, установленные административно-правовыми нормами. Для того чтобы быть субъектом административного права, **частные лица** (граждане РК, иностранцы, лица без гражданства (апатриды), коммерческие организации и др.) обладают правосубъектностью (административной правоспособностью, административной дееспособностью и административной деликтоспособностью). Правосубъектность частных лиц различается в зависимости от пола, возраста, состояния здоровья (например, не все могут проходить государственную службу) и т.п.

У субъектов публичного управления (исполнительных органов власти, органов местного самоуправления, субъектов делегированных полномочий и др.) правосубъектность находит свое

выражение в нормативно закреплённой за ними компетенции, т.е. в совокупности их полномочий, предоставляемых им нормативными правовыми актами для выполнения возложенных на них функций.

Получение правильного и полного представления о субъектах административного права и их системе позволяет более точно понять назначение административного права, выяснить пределы его регулирующего воздействия, ведь административное право проявляется только там и тогда, когда имеют место отношения между его субъектами.

ВАЖНО!

Понимание системы субъектов административного права является принципиальным и для административного судопроизводства, назначением которого, как известно, является рассмотрение и разрешение споров, вытекающих из публично-правовых, а точнее – из административно-правовых, отношений. Сторонами таких отношений всегда являются субъекты административного права. Соответственно, для ответа на вопрос о возможности обращения с иском против того или иного субъекта необходимо прежде всего установить – является ли он субъектом административного права. Положительный ответ на этот вопрос, как правило, открывает путь для административного судопроизводства. При этом следует подчеркнуть, что юрисдикция административных судов распространяется не на все споры, вытекающие из административно-правовых отношений. Поэтому в данной части можно сформулировать следующее правило: все споры, подлежащие рассмотрению в порядке административного судопроизводства, вытекают из административно-правовых отношений, но не все административно-правовые отношения могут быть предметом оценки со стороны административного суда. Так, например, административно-правовые отношения, связанные с изданием подзаконного нормативного правового акта, не могут быть проверены административным судом на предмет их законности (правомерности). Споры данной категории отнесены к юрисдикции гражданских судов (см. гл. 30 ГПК РК).

5.2. Соотношение категорий «субъект публичной администрации», «административный орган», «субъект публичного управления»

На сегодняшний день в отечественной административно-правовой литературе для обозначения обязательного субъекта административного права используются различные категории, в част-

ности: «публичная администрация»¹, «органы государственной администрации»², «административный орган», «субъект публичного управления»³.

Следует отметить, что два первых из них пришли в отечественную юридическую науку из европейской правовой доктрины: категория «административный орган» – из немецкой доктрины, а понятие «субъект публичной администрации» – из английской. Категорию «субъект публичного управления» можно рассматривать в качестве национальной, которая должна заменить собой существующую в советской административно-правовой науке категорию «субъект государственного управления».

Анализ содержания названных понятий показывает, что между ними имеют место некоторые различия, обусловленные, с одной стороны, особенностями романо-германской и англосаксонской систем права, а с другой – спецификой организации публичной власти в каждой отдельной европейской стране, где находят применение названные понятия. Однако перечисленные категории, по большому счету, идентичны по своим основным характеристикам. Их объединяет тот факт, что каждая из них используется для обозначения системы органов и должностных лиц, представляющих государство (в широком смысле этого слова) в административно-правовых отношениях, прежде всего – с частными лицами.

Из этого можно сделать вывод, что в условиях казахстанской административно-правовой доктрины перечисленные категории могут, в принципе, использоваться как синонимы. Вместе с этим следует отметить, что одновременное употребление различных ка-

¹ См.: *Тлембаева Ж.У.* Институт недействительности правовых актов в казахстанском праве. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35169627&pos=6;-106#pos=6;-106; Научно-аналитический отчет по теме фундаментального и прикладного научного исследования «Право административных процедур: теория и проблемы законодательного регулирования в Республике Казахстан». Алматы, 2017. С. 40.

² См.: *Подопригора Р.* Инструменты деятельности административных органов в свете принятия Административного процедурно-процессуального кодекса Республики Казахстан. С. 25.

³ См.: Общая оценка продвижения стандартов эффективного государственного управления в Республике Казахстан на примере внедрения и развития принципов «Открытого правительства». Алматы, 2017. С. 17; *Ювица Н.В.* Местное управление в Республике Казахстан: попытка создания национальной модели // Управление. 2019. Т. 7, № 1. С. 27.

тегорий для обозначения одного и того же юридического явления нежелательно, так как это вызывает неопределенность в юридическом языке и недоразумения на практике. Учитывая это, следует поддержать В. Б. Аверьянова, который справедливо отмечал, что введение унифицированных понятий и терминов для выражения однородных явлений – важное условие повышения юридической культуры¹. Иными словами, это означает, что казахстанская административно-правовая доктрина должна сделать выбор в пользу одной из названных выше категорий, которой, на мой взгляд, должна стать категория **субъект публичного управления**.

ВАЖНО!

АППК в качестве одного из базовых терминов содержит понятие **административного органа**, под которым понимается государственный орган, орган местного самоуправления, государственное юридическое лицо, а также иная организация, которые в соответствии с законами Республики Казахстан наделены полномочиями по принятию административного акта, совершению административного действия (бездействия) (п. 7 ч. 1 ст. 4).

Как видно из данного определения, понятие «административный орган» используется для обобщенного обозначения субъектов, наделенных полномочиями на издание лишь административного акта и/или совершение административных действий. Следовательно, за рамками «административного органа», в понимании АППК, остаются субъекты, издающие нормативные правовые акты, административные распоряжения, планы, решения (постановления) о привлечении лиц к административной ответственности и т.д.

Таким образом, понятие административный орган не охватывает собой абсолютно всех субъектов административного права, которые реально вступают в административно-правовые отношения. В связи с этим более емким термином является понятие «**субъект публичного управления**».

5.3. Система субъектов публичного управления

В связи с большим количеством, а также разноплановостью задач, решаемых в процессе управления, система субъектов его осуществления является чрезвычайно разветвленной² и объем-

¹ См.: *Аверьянов В.Б.* Функции и организационная структура органа государственного управления. Киев: Наукова думка, 1979. С. 58.

² См.: *Подопригора Р.А.* Административное право в постсоветском Казахстане: история и реалии. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35734248#pos=5;-88

ной. Это обуславливает необходимость их (субъектов) систематизации, которая, в свою очередь, облегчит понимание и изучение данного института. Распределение субъектов публичного управления по определенным группам усложняется рядом факторов, среди которых можно назвать:

1) отсутствие четко закрепленной (на уровне нормативно-правового акта) системы органов исполнительной власти;

2) существование в РК дуализма исполнительной власти, который проявляется в том, что одна ее часть сосредоточена на уровне Правительства, а другая – на уровне Президента. Каждый из названных субъектов в свою очередь руководит большим количеством органов и должностных лиц, которые, по сути, реализуют исполнительную власть;

3) осуществление исполнительной власти на республиканском (центральном) и местном уровнях;

4) наличие местного самоуправления и субъектов делегированных полномочий.

В связи с изложенным система субъектов публичного управления может быть представлена следующим образом:

• **государственные субъекты публичного управления республиканского (центрального) уровня:**

○ **Правительство и подчиненные ему органы, должностные лица:**

– правительство¹;

– Канцелярия Премьер-Министра Республики Казахстан – государственный орган со статусом юридического лица в организационно-правовой форме государственного учреждения;

– министерства²;

¹ **Правительство** – коллегиальный орган, осуществляющий исполнительную власть Республики Казахстан, возглавляет систему исполнительных органов и руководит их деятельностью.

² **Министерство** – является центральным исполнительным органом Республики, осуществляющим руководство соответствующей отраслью (сферой) государственного управления, а также в пределах, предусмотренных законодательством, – межотраслевую координацию. По состоянию на 2021 г. в РК функционировало 18 министерств.

– ведомства министерств¹;

○ **Президент РК и подчиненные ему органы, должностные лица:**

– Президент РК – глава государства, его высшее должностное лицо;

– Администрация Президента РК – государственный орган со статусом юридического лица в организационно-правовой форме государственного учреждения;

– Управление Делами Президента Республики Казахстан – государственный орган со статусом юридического лица в организационно-правовой форме государственного учреждения;

– Государственный секретарь Республики Казахстан;

– Совет Безопасности Республики Казахстан – конституционный орган²;

– органы прокуратуры вне рамок процессуальной деятельности;

– ведомство Генеральной прокуратуры – Комитет по правовой статистике и специальным учетам³;

¹ **Ведомство** – структурное подразделение министерства, которое может иметь статус как юридического лица, созданного в организационно-правовой форме государственного учреждения (например, Комитет административной полиции МВД РК), так и структурного образования без статуса юридического лица (например, Комитет международной информации МИД РК). Соответственно, в случае возникновения административно-правового спора, скажем, между Комитетом международной информации и частным лицом, ответчиком в его рамках будет Министерство иностранных дел РК.

² При этом следует обратить внимание на тот факт, что ведомства министерств имеют название **комитетов**. Иными словами, в структуре министерств функционируют комитеты, являющиеся **ведомствами** соответствующего министерства, т.е. его структурными подразделениями, обладая при этом (часто) статусом юридического лица в организационно-правовой форме государственного учреждения. Возможно существование ведомств и без статуса юридического лица. Ведомства также могут иметь свои территориальные подразделения.

³ См.: О Совете Безопасности Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 5 июля 2018 г. № 178-VI ЗРК // Ведомости Парламента РК. 2018. № 16. Ст. 54.

³ См.: Об образовании Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан: указ Президента Республики Казахстан от 28 марта 2003 г. № 1050 // САПП Республики Казахстан. 2003. № 12. Ст. 130.

- Комитет национальной безопасности Республики Казахстан и его ведомства¹;
- Служба внешней разведки Комитета национальной безопасности Республики Казахстан²;
- Служба государственной охраны Республики Казахстан³;
- Национальный Банк Казахстана – государственный орган со статусом юридического лица в организационно-правовой форме республиканского государственного учреждения⁴;
- Счетный комитет по контролю за исполнением республиканского бюджета – высший орган государственного аудита и финансового контроля со статусом юридического лица в организационно-правовой форме республиканского государственного учреждения⁵;
- агентства (например, Агентство по защите и развитию конкуренции РК и др.);
- Комиссия по правам человека при Президенте Республики Казахстан⁶;
- Национальные комиссии (например, Национальная комиссия по делам женщин и семейно-демографической политике) – консультативно-совещательный орган при Президенте Республики Казахстан⁷;

¹ См.: Об органах национальной безопасности Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 21 декабря 1995 г. № 2710 // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 24. Ст. 157.

² См.: О некоторых вопросах Комитета национальной безопасности Республики Казахстан: указ Президента Республики Казахстан от 18 сентября 2019 г. № 163 // САПП Республики Казахстан. 2019. № 36–37. Ст. 331.

³ См.: О Службе государственной охраны Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 3 октября 1995 г. № 2483 // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 19. Ст. 118.

⁴ См.: О Национальном Банке Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 30 марта 1995 г. № 2155. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003548

⁵ См.: Об утверждении Положения о Счетном комитете по контролю за исполнением республиканского бюджета: указ Президента Республики Казахстан от 5 августа 2002 г. № 917 // САПП Республики Казахстан. 2002. № 26. Ст. 273.

⁶ О Комиссии по правам человека при Президенте Республики Казахстан: указ Президента Республики Казахстан от 19 марта 2003 г. № 1042. URL: www.akorda.kz

⁷ О Национальной комиссии по делам женщин и семейно-демографической политике при Президенте Республики Казахстан: указ Президента Республики Казахстан от 1 февраля 2006 г. № 56 // САПП Республики Казахстан. 2006. № 5. Ст. 39; 2007. № 12. Ст. 135; 2008. № 27. Ст. 248; 2010. № 10. Ст. 115.

○ **субъекты публичного управления, входящие в систему законодательной власти:**

- Аппарат Сената Парламента Республики Казахстан¹;
- Бюро Сената – координационный орган Сената Парламента, образуемый при Председателе Сената²;
- Аппарат Мажилиса Парламента Республики Казахстан³;
- Бюро Мажилиса – координационный орган Мажилиса Парламента, образуемый при Председателе Мажилиса;

○ **субъекты публичного управления, входящие в систему судебной власти:**

- суды в части выполнения непроцессуальных функций (рассмотрение жалоб граждан на действия сотрудников аппарата суда и т.п.);
- департамент по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде РК;

○ **субъекты публичного управления центрального уровня, не входящие в систему трех ветвей власти (должностные лица, органы власти и иные субъекты):**

- аппарат Конституционного Совета РК;
- аппарат Высшего Судебного Совета РК – государственный орган со статусом юридического лица в организационно-правовой форме государственного учреждения⁴;
- Уполномоченный по правам человека⁵;
- Центральная избирательная комиссия Республики Казахстан – постоянно действующий государственный орган в орга-

¹ Положение об Аппарате Сената Парламента Республики Казахстан. URL: <https://senate.parlam.kz/storage/a8916c43ce6a403589a5b17ba78347fe.pdf>

² Регламент Сената Парламента Республики Казахстан: постановление Сената Парламента Республики Казахстан от 8 февраля 1996 г. URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/B960000002_info

³ Положение об Аппарате Мажилиса Парламента Республики Казахстан. URL: <https://www.parlam.kz/ru/mazhilis/apparat/documents>

⁴ См.: О мерах по совершенствованию деятельности Высшего Судебного Совета Республики Казахстан: указ Президента Республики Казахстан от 23 декабря 2015 г. № 137 // САПП Республики Казахстан. 2015. № 62. Ст. 486.

⁵ См.: Об учреждении должности Уполномоченного по правам человека: указ Президента Республики Казахстан от 19 сентября 2002 г. № 947 // САПП Республики Казахстан. 2002. № 30. Ст. 328.

низационно-правовой форме республиканского государственного учреждения¹;

– Ассамблея народа Казахстана – учреждение без образования юридического лица²;

– Высший Судебный Совет РК – автономное государственное учреждение³;

○ **государственные субъекты публичного управления в форме хозяйственного товарищества, государственного предприятия.** Большое количество субъектов публичного управления, выполняющих управленческие функции, организованы в форме хозяйственного товарищества, государственного предприятия, например:

– Акционерное общество «Национальный центр по управлению персоналом государственной службы»;

– Республиканское государственное казенное предприятие «Академия государственного управления при Президенте Республики Казахстан»;

– Некоммерческое акционерное общество Государственная корпорация «Правительство для граждан»;

• **государственные субъекты публичного управления местного уровня:**

– акимы;

– акиматы;

– органы власти, создаваемые акиматами⁴;

– территориальные подразделения центральных исполнительных органов (министерств, ведомств);

¹ См.: Об утверждении Положения о Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан: указ Президента Республики Казахстан от 11 ноября 1996 г. № 3205 URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1011251&show_di=1

² См.: Об Ассамблее народа Казахстана: закон Республики Казахстан от 20 октября 2008 г. № 70-IV // Ведомости Парламента РК. 2008. № 17-18 (2522). Ст. 70.

³ См.: О Высшем Судебном Совете Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 4 декабря 2015 г. № 436-V ЗРК // Ведомости Парламента РК. 2015. № 23-II. Ст. 173.

⁴ Например, Коммунальное государственное учреждение «Управление общественного здоровья города Алматы» в форме государственного органа, созданное постановлением акимата г. Алматы.

– ревизионные комиссии областей, городов республиканского значения, столицы¹;

– аппараты акимов (области, города республиканского значения, столицы, района (города областного значения), района в городе, города районного значения, села, поселка, сельского округа) – государственные органы в организационно-правовой форме государственного учреждения²;

– аппараты маслихатов – государственные органы в организационно-правовой форме государственного учреждения³;

• **муниципальные субъекты публичного управления (органы местного самоуправления).** Как уже было отмечено выше (см. п. 1.1.1), публичное управление также осуществляется органами местного самоуправления⁴, которые таким образом также выступают субъектами административного права, вступая в административно-правовые отношения.

К названным субъектам относятся:

- маслихаты области;
- маслихат столицы;
- маслихаты городов республиканского значения (Алматы и Шымкент);
- маслихаты городов областного значения;
- маслихаты районов;

¹ См.: Об утверждении Типового положения о ревизионных комиссиях областей, городов республиканского значения, столицы: нормативное постановление Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета от 28 ноября 2015 г. № 11-НК // Казахстанская правда. 2016. 28 янв. № 17 (28143).

² См.: Об утверждении Типового положения об аппарате акима города районного значения, села, поселка, сельского округа: приказ Министра национальной экономики Республики Казахстан от 7 августа 2017 г. № 294. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/V1700015632>

³ См.: Об утверждении Типового регламента маслихата: указ Президента Республики Казахстан от 3 декабря 2013 г. № 704 // САПП Республики Казахстан. 2013, № 70. Ст. 921; Об утверждении Положения о государственном учреждении «Аппарат Махамбетского районного маслихата»: решение Махамбетского районного маслихата Атырауской области от 21 сентября 2016 г. № 62. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/G16TC00062M>

⁴ В данном случае речь идет именно об органах местного самоуправления, наделенных управленческой компетенцией, связанной, прежде всего, с правом принятия юридических актов. Соответственно, в эту группу органов не могут быть включены территориальные советы местного самоуправления, собрания и сходы местного сообщества, которые такими управленческими полномочиями не обладают.

• **субъекты делегированных полномочий, в том числе без статуса юридического лица:**

- Республиканская нотариальная палата;
- Республиканская коллегия адвокатов;
- Национальная палата предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен»;
- дисциплинарная комиссия Республиканской нотариальной палаты;
- дисциплинарная комиссия адвокатуры;
- частные нотариусы;
- частные государственные исполнители и т.п.

Как следует из изложенного, реализацией публичного управления занимаются не только государственные исполнительные органы и органы местного самоуправления, как это традиционно считается, но и другие субъекты публичной власти, а также, в отдельных случаях, частные лица. Исходя из этого, на термин «субъект публичного управления» необходимо смотреть не с институциональной, а с **функциональной точки зрения**. Иными словами, определяющим для отнесения того или иного органа (лица) к кругу субъектов публичного управления является не его место в системе публичной власти (субъект может и не входить в систему государственных органов), а функции, которые он выполняет, и которые должны быть связаны с реализацией публичного управления. Все субъекты публичного управления, как было отмечено выше, одновременно являются и субъектами административного права, имея, таким образом, возможность вступать в административно-правовые отношения.

5.4. Государственные служащие в системе субъектов административного права

Вопросы государственной службы (публичной службы) традиционно рассматриваются в учебниках по административному праву, что, в целом, является правильным и оправданным, поскольку именно государственные служащие в подавляющем

большинстве случаев становятся непосредственными «контрагентами» частных лиц в рамках административно-правовых отношений. Такое положение дел, как следствие, и предопределяет анализ института государственной службы.

Однако изучение названного института в учебниках по административному праву далеко не всегда осуществляется с правильных методологических позиций. Часто авторы делают попытку в рамках общей части административного права детально рассмотреть вопросы поступления на государственную службу, ее прохождения; вопросы дисциплинарной ответственности государственных служащих; применения поощрений и т.п.¹. Результат такого подхода, как нам представляется, нельзя признать удовлетворительным, поскольку раскрытие названных вопросов на страницах учебников по административному праву остается поверхностным. Как следствие, студенты получают лишь обрывочные сведения об институте государственной службы.

Более продуктивным и оправданным представляется подход немецких² и украинских³ ученых, которые в учебниках по общему административному праву ограничиваются лишь вопросами определения места государственных служащих в системе субъектов административно-правовых отношений. Что же касается вопросов принятия на государственную службу, ее прохождения и увольнения с государственной службы, то они составляют предмет отдельной отрасли права – **права публичной службы (служебного права)⁴**, которое представляет собой подотрасль **Особенного административного права**.

¹ См.: Административное право: учебный курс / под ред. Р.А. Подоприго-ры. С. 145–152; Административное право России: курс лекций / К.С. Бельский и др.; под ред. Н.Ю. Хамановой. – М.: ТК Велон: Проспект, 2007. С. 272–299; Административное право: учебник / под ред. Ю.М. Козлова, Л.Л. Попова. М.: Юрист, 1999. С. 222–230.

² См.: Wolff/Bachof/Stober/Kluth Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, C.H.Beck, 2017.

³ См.: Загальне адміністративне право: підручник / Гриценко І. С., Мельник Р.С., Пухтецька А.А. та інші; за заг. ред. І.С. Гриценка. Київ: Юрінком Інтер, 2014; Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право: навч. посіб. / за заг. ред. Р.С. Мельника. Київ: Ваіте, 2014; Мельник Р. С. Інститут державної служби чи службове право? // Юридична Україна. 2010. № 11. С. 65–70.

⁴ См.: Чаннов С.Е. Вновь к вопросу о служебном праве // Государство и право. 2015. № 3. С. 5–11.

Сегодня в системе Общего административного права отечественные ученые, среди прочего, выделяют и анализируют институты государственной службы, административной ответственности и административной юстиции, которые переживают период трансформационных изменений и становления как самостоятельные отрасли (подотрасли) права. Такой вывод можно сделать как исходя из анализа особенностей их исторического развития и сравнения последних с соответствующими зарубежными институтами, так и посредством ответа на вопрос о согласованности этих институтов с назначением и задачами современного административного права. Иными словами, на сегодняшний день существуют все необходимые предпосылки для того, чтобы названные институты были выведены за рамки Общего административного права, трансформированы в подотрасли права и включены в систему Особенного административного права¹.

5.4.1. Понятия и задачи государственной службы

Институт государственной службы в РК начал свое формирование одновременно с приобретением Казахстаном независимости, что было предопределено его значением для государственного строительства и надлежащего функционирования органов государственной власти. Государственная служба фактически представляет собой государство², которое оценивается в значительной части именно посредством института государственной службы. В то же время, поскольку в своем взаимодействии с государственной властью и государственными органами отдельные граждане и их объединения почти всегда имеют дело с конкретными государственными служащими и должностными лицами, порядок функционирования системы государственной службы фактически ассоциируется с порядком в деятельности системы государственного управления в целом. Как результат – имеются все основания утверждать, что государственная служба «персонифицирует» государственный порядок и реально олицетворяет управленческие структуры³.

Под **государственной службой** понимается деятельность государственных служащих в государственных органах по испол-

¹ См.: 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособие / под ред. Р. С. Мельника. С. 59–60.

² См.: Сулейменова Г. К., Бейсембаева А. А. Перспективы развития системы государственной службы Республики Казахстан // Государственное управление и государственная служба. 2011. № 3. С. 172.

³ См.: Серьогін М. С. Мета, завдання та функції державної служби // Кадрова політика та публічна служба. 2013. № 1 (1). С. 60.

нению должностных полномочий, направленная на реализацию задач и функций государственной власти (п. 6 ч. 1 ст. 1 Закона РК «О государственной службе Республики Казахстан»).

Государственная служба выполняет ряд взаимосвязанных **задач**, а именно:

- защита прав, свобод и законных интересов граждан;
- обеспечение стойкости основ и целостности государства;
- обеспечение эффективного, результативного, прозрачного и постоянного функционирования механизма государства и государственного аппарата;
- комплектование персонала государственных органов высококвалифицированными специалистами;
- формирование общественно-политических и правовых условий для практического достижения целей и осуществления задач и функций государственных органов и органов местного самоуправления;
- демократизация путей формирования и деятельности государственного аппарата, искоренение бюрократизма, протекционизма, коррупции, создания социальных, правовых и иных условий, необходимых для успешной работы государственных служащих;
- повышение качества и доступности государственных услуг, которые предоставляются гражданам¹.

Значимость задач государственной службы предопределяет тот факт, что они могут быть реализованы лишь отдельной группой специально подготовленных и отобранных (назначенных по специальной процедуре) лиц – **государственными служащими**.

¹ См.: *Серьогін С. М.* Мета, завдання та функції державної служби. С. 62; Завдання та функції державної служби. URL: <http://mego.info>; Державна служба: підручник: у 2 т. / Нац. акад. держ. упр. при Президентіві України; редкол.: Ю. В. Ковбасюк (голова), О.Ю. Оболенський (заст. голови), С.М. Серьогін (заст. голови) [та ін.]. Київ; Одеса: НАДУ, 2012. Т. 1. С. 26.

5.4.2. Нормативные основы института государственной службы

Нормативные основы государственной службы, как отмечается в литературе¹, были заложены уже в Конституции РК 1993 г., в ст. 17 которой было зафиксировано положение о том, что граждане республики имеют равное право на доступ к государственной службе. В ст. 61 Конституции РК закреплялось: «Государственная служба в Республике Казахстан основывается на ответственности государственных служащих перед народом республики и ее каждым гражданином; равных правах при поступлении на государственную службу и ее прохождении»².

Приведенные выше нормативные положения нашли свое дальнейшее развитие в Конституции РК 1995 г., ч. 4 ст. 33 которой определила: «Граждане Республики имеют равное право на доступ к государственной службе. Требования, предъявляемые к кандидату на должность государственного служащего, обуславливаются только характером должностных обязанностей и устанавливаются законом». В данной конституционной норме содержится важное положение о том, что основы государственной службы должны быть определены законом.

Во исполнение данного конституционного требования 26 декабря 1995 г. был издан Указ Президента РК, имеющий силу закона, «О государственной службе», в котором нашло закрепление понятие государственной службы; принципы государственной службы; правовое положение государственных служащих; порядок поступления на государственную службу, прохождения государственной службы, прекращения государственной службы и иные вопросы³.

¹ См.: *Турсибек А. 3.* Правовое регулирование государственной службы в Республике Казахстан: учеб. пособие. Алматы: Жеті жарғы, 2009. С 6; *Шайхисламова Г.Ш.* Этапы становления государственной службы в Республике Казахстан // Молодой ученый. 2017. № 8.1 (142.1). С. 6–67.

² Конституция Республики Казахстан 1993 г. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K930001000>

³ См.: О государственной службе: указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 26 декабря 1995 г. № 2730 // Ведомости Верховного Совета РК. 1995. № 24. Ст. 169.

1999 г. ознаменовал собой принятие Закона РК «О государственной службе»¹, который регулирует практически все стороны деятельности государственной службы, определяет правовой статус госслужащих, закрепляет их социальные гарантии². Закон действовал до конца 2015 г. С 1 января 2016 г. институт государственной службы функционирует на основе Закона РК «О государственной службе Республики Казахстан»³.

Наряду с нормами специального законодательства (законодательства о государственной службе) вопросы прохождения государственной службы также регулируются Трудовым кодексом РК и иными нормативными правовыми актами РК (подзаконного уровня), которых насчитывается несколько десятков⁴.

ВАЖНО!

В сфере государственной службы идут длительные споры между представителями различных отраслевых правовых наук, а также практиками, связанные с определением правовой природы (частноправовой или публично-правовой) государственной службы⁵. Этот спор с момента начала функционирования административных судов приобрел чрезвычайно важное практическое значение. Наделение института государственной службы публично-правовой природой означает возможность/допустимость рассмотрения споров, связанных с принятием на государственную службу, ее прохождением и увольнением с государственной службы, по правилам административного судопроизводства. Как известно в АППК нет нормы, которая бы закрепляла конкретные виды публично-правовых споров, от-

¹ См.: О государственной службе: закон Республики Казахстан от 23 июля 1999 г. № 453 // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1999. № 21. Ст.773.

² См.: *Бейсембаев А. А.* Система государственной службы Республики Казахстан: тенденции и перспективы // Вопросы государственного и муниципального управления. 2010. № 3. С. 112.

³ См.: О государственной службе Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 23 ноября 2015 г. № 416-V // Ведомости Парламента РК. 2015. № 22-V. Ст. 153.

⁴ См.: *Абдрахимов Г. Р.* Государственная служба в Республике Казахстан: опыт, задачи и перспективы // Эффективное государственное управление в современных условиях: материалы Международной научно-практической конференции (г. Астана, 18 сентября 2003 г.) / под общ. ред. З.К. Турисбекова, А.С. Серикбаева. Астана: Академия государственной службы при Президенте Республики Казахстан, 2003. С. 16.

⁵ См.: *Айнабеков Ж. С.* Основания возникновения и отраслевая принадлежность трудовых правоотношений на государственной службе в Республике Казахстан // Право и государство. 2008. № 1 (38). С. 97–100; *Аскарова А. О.* К вопросу о понятии государственной службы // Вестник КазНУ. Серия юридическая. 2008. № 3 (47). С. 56–59.

несенные к подсудности административных судов. В кодексе есть лишь общее правило о том, что административным судам подсудны споры, возникающие из публично-правовых отношений. Соответственно, возникает вопрос о том, относятся ли споры в сфере публичной службы к публично-правовым спорам или они все-таки являются специальным видом частноправовых споров?

Этот вопрос часто рассматривается через призму национального опыта функционирования института государственной службы, который во многом базируется на советских традициях и подходах. В советский период законодатель не проводил никакой границы между работниками и служащими, стремясь урегулировать их правовой статус при помощи единого нормативного правового акта – Кодекса законов о труде. Такой подход породил частноправовой взгляд на институт государственной службы, который продолжает доминировать в отечественной литературе до сегодняшнего дня.

Однако в юридической доктрине и практике западноевропейских государств, а также стран новой демократии – Украины, Прибалтийских государств – сложился принципиально иной подход, согласно которому **государственная служба представляет собой публично-правовое образование**, отделенное от частноправовой трудовой деятельности, регулируемой законодательством о труде. В пользу такого подхода свидетельствуют **следующие аргументы**:

- право на государственную службу и право на труд гарантируется различными статьями Конституции, что свидетельствует об их различной правовой природе;
- государственным служащим может стать лишь гражданин соответствующего государства;
- законами о государственной службе установлены дополнительные, усложненные, по сравнению с законодательством о труде, требования к кандидатам, которые претендуют на должность государственного служащего;
- принятие на государственную службу осуществляется на конкурсной основе (предусмотрен закрытый перечень условий принятия на службу без прохождения конкурса);
- в отношении лиц, претендующих на занятие должностей государственной службы, могут проводиться дополнительные проверочные мероприятия, направленные на выяснение состояния физического и психического здоровья, финансового состояния, наличия (отсутствия) судимости и т.п.;
- государственным служащим присваиваются специальные звания, категории и т.п.;
- государственный служащий приносит присягу на верность народу;
- государственным служащим гарантируется усиленная правовая и социальная защита;
- в отношении государственных служащих вводятся специальные ограничения (например, запрет заниматься предпринимательской деятельностью, политическая нейтральность);
- государственно-служебные отношения имеют особый субъектный состав. В них всегда участвует государство;
- госслужащий служит не кому-то конкретно (партии, работодателю и т.д.), а всему народу;

– государственные служащие несут повышенную юридическую ответственность за совершение преступлений и правонарушений¹.

Перечисленные особенности свойственны именно государственной службе; они не применимы к обычной (частноправовой) трудовой деятельности, которая регулируется Трудовым кодексом РК.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что **спору в сфере публичной службы следует относить к публично-правовым спорам** и они должны рассматриваться административными судами.

5.4.3. Виды государственной службы

Говоря о видах государственной службы, следует обратить внимание на следующие аспекты:

во-первых, государственная служба представляет собой специальную форму служебной (трудовой) деятельности лиц, выполняющих возложенные на них задачи в различных государственных органах и органах местного самоуправления, что объясняет существование различных видов государственной службы;

во-вторых, на сегодняшний день на законодательном уровне четко не закреплены виды государственной службы; это свидетельствует о том, что существующие классификации являются результатом научно-исследовательской работы ученых;

в-третьих, выделение отдельных видов государственной службы приобретает не только научно-теоретическое, но и практическое значение, поскольку каждый вид государственной службы имеет свои особенности нормативного регулирования, которые должны учитываться, например, при расчете стажа службы, установлении социальных гарантий, начислении пенсии и т.д.

В научной литературе существуют различные точки зрения на вопрос о **видах государственной службы**. Так, предлагается выделять: гражданскую и воинскую²; специализированную

¹ См.: Мельник Р.С. Яке місце повинен зайняти інститут державної служби у системі українського права? // Трудове право, право соціального забезпечення та сучасні проблеми проходження служби в органах внутрішніх справ: матеріали всеукраїнської наук.-практ. конф. (м. Харків, 25 листопада 2011 р.) / за заг. ред. К.Ю. Мельника. – Харків: Харк. нац. ун-т внутр. справ, 2011. С. 283–286.

² См.: Когамов М. Взаимосвязь государственной гражданской, правоохранительной, специальной и воинской служб: общее, особенное, отдельное // Антикоррупционная политика. 2016. № 7. С. 7–8.

службу¹; государственную службу и службу в органах местного самоуправления²; государственную политическую службу³ и пр.

Анализ существующих классификаций показывает, что они, в той или иной степени, имеют смысл и выполняют определенные задачи, хотя их практическое значение можно поставить под сомнение. В связи с этим мы считаем, что более правильным будет выделять виды публичной службы, исходя из положений действующих нормативных актов, определяющих особенности их правового регулирования.

Изучение основных законодательных актов, регулирующих порядок прохождения публичной службы:

Закона РК «О государственной службе Республики Казахстан»⁴;

Закона РК «О дипломатической службе»⁵;

Закона РК «О правоохранительной службе»⁶;

Закона РК «О воинской службе и статусе военнослужащих»⁷;

Закон РК «О специальных государственных органах Республики Казахстан»⁸ – позволяет говорить о существовании четырех основных видов государственной службы, в пределах которых могут быть выделены ее отдельные **подвиды**:

¹ См.: Загальне адміністративне право: підручник / І. С. Гриценко, Р.С. Мельник, А.А. Пухтецька та ін.; за заг. ред. І.С. Гриценка. – Київ: Юрінком Інтер, 2014. С. 205.

² См.: Адміністративне право України. Т. 1: Загальне адміністративне право: навч. посіб. / В.В. Галуцько, В. І. Курило, С. О. Короед, О.Ю. Дрозд, І.В. Гиренко, О.М. Єщук, І. М. Риженко, А. А. Іванищук, Р. Д. Саунін, І. М. Ямкова; за ред. проф. В.В. Галуцька. – Херсон: Гринь Д.С., 2015. С. 123.

³ См.: Туриббек А. З. Правовое регулирование государственной службы в Республике Казахстан: учеб. пособие. Алматы: Жеті жарғы, 2009. С. 46, 47.

⁴ См.: О государственной службе Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 23 ноября 2015 г. № 416-V ЗРК // Ведомости Парламента РК. 2015. № 22-V. Ст. 153.

⁵ См.: О дипломатической службе Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 7 марта 2002 г. № 299 // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2002. № 5. Ст. 51.

⁶ См.: О правоохранительной службе: закон Республики Казахстан от 6 января 2011 г. № 380-IV // Ведомости Парламента РК. 2011. № 1 (2578). Ст. 4.

⁷ См.: О воинской службе и статусе военнослужащих: закон Республики Казахстан от 16 февраля 2012 года № 561-IV ЗРК // Ведомости Парламента РК. 2012. № 5. Ст. 40.

⁸ См.: О специальных государственных органах Республики Казахстан: закон Республики Казахстан от 13 февраля 2012 г. № 552-IV // Ведомости Парламента РК. 2012. № 4. Ст. 31.

- административная государственная служба;
- политическая государственная служба;
- милитаризованная государственная служба:
- военная государственная служба;
- правоохранительная государственная служба;
- специальная государственная служба;
- дипломатическая государственная служба.

ВАЖНО!

Необходимо различать/отличать термины «**гражданская служба**» и «**государственная служба**» (в их различных вариациях, например, административная государственная служба, политическая государственная служба и т.д.)

Гражданская служба, в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 1 Трудового кодекса РК, представляет собой профессиональную деятельность гражданских служащих по исполнению должностных полномочий, направленную на реализацию задач и функций казенных предприятий, государственных учреждений, осуществление технического обслуживания и обеспечение функционирования государственных органов. Из этого определения становится понятно, что гражданская служба охватывает собой деятельность лиц (служащих), служащих не в государственных органах, а на государственных предприятиях (заводах, фабриках), учреждениях (школах, больницах и т.д.), или тех, которые обеспечивают работу государственных органов (секретари, технические сотрудники и т.д.). Правовой статус гражданских служащих закрепляется Трудовым кодексом РК.

В то же время **государственная служба** связана с выполнением задач и функций государственных органов, т.е. тех юридических образований, которые в нормативном порядке (законом или иным юридическим актом) отнесены именно к органам власти.

Правовой статус государственных служащих закрепляется специальными законами, перечень которых был приведен выше. Нормы Трудового кодекса РК могут применяться для регулирования правового статуса государственного служащего только в том случае, когда отсутствуют нормы специального законодательного акта.

5.4.4. Виды/группы государственных служащих

С понятием государственной службы неразрывно связан термин «**государственный служащий**». Государственный служащий – гражданин Республики Казахстан, занимающий в установленном законодательством Республики Казахстан порядке оплачиваемую из республиканского или местных бюджетов либо из средств Национального Банка Республики Казахстан государ-

ственную должность в государственном органе и осуществляющий должностные полномочия в целях реализации задач и функций государства¹.

Государственные служащие, правовой статус которых является производным от названных выше видов государственной службы, могут быть классифицированы на отдельные группы.

Так, **служащие, которые проходят административную государственную службу**, делятся на виды в зависимости от порядка назначения, характера и объема полномочий и необходимых для их выполнения квалификации и профессиональной компетентности государственных служащих. Исходя из положений Закона РК «О государственной службе Республики Казахстан», а также Указа Президента РК от 29 декабря 2015 года № 150 «Об утверждении Реестра должностей политических и административных государственных служащих» могут быть выделены следующие виды/группы административных государственных служащих:

- корпуса А (категории 1, 2, 3);
- корпуса Б (категории А-1 – А-5; категории В-1 – В-6; категории С-1 – С-5; категории С-0-1 – С-0-6; категории С-Р-1 – С-Р-5; категории D-1 – D-5; категории D-О-1 – D-О-6; категории D-Р-1 – D-Р-5; категории Е-1 – Е-5; категории Е-Р-1 – Е-Р-5; категории Е-Г-1 – Е-Г-4).

Политические государственные служащие не имеют классификаций внутри своей группы; они дифференцируются по существующим должностям: Премьер-Министр Республики Казахстан, его Первый заместитель и заместители, Государственный секретарь Республики Казахстан, Руководитель Администрации Президента Республики Казахстан и т.д.².

ВАЖНО!

Разделение административных и политических государственных служащих имеет важное значение в контексте вопроса о возможности обжалования в судебном порядке, скажем, факта увольнения с соответствующих должностей.

¹ Пункт 12 ст. 1 Закона РК «О государственной службе Республики Казахстан».

² Полный перечень должностей политической государственной службы см.: Об утверждении Реестра должностей политических и административных государственных служащих: указ Президента РК от 29 декабря 2015 г. № 150.

стей в рамках названных групп. Для поиска ответа на данный вопрос важным является определение категории **политический государственный служащий** – под которым понимается государственный служащий, назначение (избрание), освобождение и деятельность которого носят политико-определяющий характер, который несет ответственность за реализацию политических целей и задач. Как видно из процитированного определения, статус данных служащих зафиксирован не в правовых нормах, а в **политических нормах**, которые соответственно порождают не публично-правовые, а политические отношения. Следовательно, юрисдикция судов не распространяется на споры, вытекающие из политических отношений. Например, в ч. 2 ст. 102 АППК четко установлено: *«Судам в порядке административного судопроизводства подсудны споры, вытекающие из публично-правовых отношений, предусмотренные настоящим Кодексом»*.

Служащие, которые проходят службу в милитаризованных государственных органах, могут быть подразделены на тех, кто занимает должности руководящего состава, и тех, кто проходит службу на должностях рядового состава. При этом необходимо помнить, что порядок прохождения службы в каждом милитаризованном органе регламентируется отдельным нормативным правовым актом, который определяет существование специальных видов служащих. Кроме того, милитаризованные государственные служащие могут быть классифицированы с учетом их специальных званий, классных чинов или квалификационных классов.

Что касается **дипломатических государственных служащих**, то они могут быть классифицированы на виды/группы в зависимости от их дипломатических рангов¹.

5.4.5. Особенности участия государственных служащих в административно-правовых отношениях

Административно-правовые отношения не могут возникнуть без участия в них субъектов публичного управления, представленных прежде всего разветвленной системой государственных органов. Однако очевидно, что государственные органы не могут вступать в административно-правовые отношения напрямую, так

¹ Систему дипломатических рангов см.: ст. 10 Закона РК «О дипломатической службе Республики Казахстан».

как они (органы) представляют собой «**юридическую фикцию**». От их имени в таком правоотношении принимают участие государственные служащие, хотя соответствующие полномочия закрепляются нормативными правовыми актами не за служащими, а за органом, в котором они проходят службу.

Таким образом, с юридической точки зрения государственный служащий в административно-правовых отношениях всегда представляет государственный орган, в рамках которого он проходит государственную службу. Иными словами, государственный служащий не является непосредственным участником административно-правовых отношений, так как юридическим контрагентом частного лица будет выступать орган власти, от имени и по поручению которого действует служащий. Государственный служащий будет лишь фактическим участником соответствующих отношений, не обладая при этом статусом полноценного субъекта административно-правовых отношений.

ВАЖНО!

В соответствии с АПК ответчиком в административном процессе является **административный орган**, от имени которого был принят (не принят) административный акт, совершено (не совершено) административное действие. Лишь в некоторых случаях ответчиком будет отдельное должностное лицо, которое действует самостоятельно, вне связи с административным органом. Таким самостоятельным субъектом может быть, например, Президент РК, судебный исполнитель, главный государственный санитарный врач РК и т.п.

Подобная конструкция является оправданной, поскольку благодаря ей снимаются многочисленные вопросы, связанные с ответственностью государственного служащего перед частным лицом в рамках административно-правовых отношений. Перед частным лицом за ненадлежащее исполнение служебных обязанностей государственным служащим всегда отвечает государственный орган, в том числе, и в части возмещения ущерба, причиненного незаконными действиями служащего. Такая конструкция взаимоотношений является выгодной (и наиболее безопасной) для частного лица, поскольку его претензии (если они будут признаны обоснованными) всегда будут удовлетворены, независимо от того, продолжает ли рабо-

тать в государственном органе служащий, принявший то или иное незаконное решение.

Наряду с изложенным необходимо отметить, что спецификой обладают правоотношения, связанные с принятием на государственную службу, с ее прохождением и увольнением с государственной службы. В рамках данного вида административно-правовых отношений государственный служащий превращается в «подвластного/подчиненного» субъекта правоотношений, где его контрагентом становится государственный орган, в рамках которого он проходит государственную службу. В таких отношениях государственный служащий приобретает статус самостоятельного участника служебно-правовых (административно-правовых) отношений. Однако напомним, что эти отношения являются «внутренними», реализуются в рамках публичного распорядительства, и в них никоим образом не задействованы частные лица.

5.5. Частные лица в системе субъектов административного права

Административное право, как отмечалось, регулирует широкий круг общественных отношений, участниками которых, наряду с субъектами публичного управления, выступают и частные лица. Нормы административного права наделяют частных лиц определенными правами и возлагают на них соответствующие обязанности, закрепленные в нормах административного права, что позволяет относить их к субъектам административного права.

Категория «частные лица» является обобщающей для широкого круга невластных по своей природе субъектов административного права. Все частные лица могут быть подразделены на две основные группы: физические и юридические лица.

К физическим лицам относятся:

- граждане Республики Казахстан;
- иностранные граждане;
- лица без гражданства.

Под категорию **юридических лиц** попадают:

- юридические лица¹, созданные на основе положений Гражданского кодекса РК (ст. 24) в форме: государственного предприятия, хозяйственного товарищества, акционерного общества, производственного кооператива, потребительского кооператива, фонда и т.д.²;
- общественные объединения³, в частности:
 - политические партии;
 - профессиональные союзы;
 - иностранные и международные некоммерческие неправительственные объединения;
 - союзы (ассоциации) общественных объединений;
 - иные виды общественных объединений;
- религиозные объединения⁴.

5.6. Понятие и значение субъективных публичных прав частного лица

Категория «субъективные публичные права частного лица» производна от понятия «субъективное право», под которым понимается гарантированная законом мера возможного (разрешенно-

¹ В соответствии с ГК РК (ст. 34) юридическим лицом может быть организация, преследующая извлечение дохода в качестве основной цели своей деятельности (**коммерческая организация**) либо не имеющая в качестве такой цели извлечение дохода и не распределяющая полученный чистый доход между участниками (**некоммерческая организация**). Оба вида организаций могут быть отнесены к подвиду частных лиц, за исключением государственных учреждений, а также тех юридических лиц, которым делегированы публично-властные (управленческие) полномочия (в рамках реализации таких полномочий они будут субъектами публичного управления; в то же время за их рамками – перейдут в группу частных лиц), которые, как было показано выше, являются субъектами публичного управления.

² См.: Сапаргалиев Г. Конституционное право Республики Казахстан: Академический курс. Изд. 3-е доп. С. 300–301.

³ См.: Об общественных объединениях: закон Республики Казахстан от 31 мая 1996 г. № 3 // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1996. № 8–9. Ст. 234.

⁴ См.: О религиозной деятельности и религиозных объединениях: закон Республики Казахстан от 11 октября 2011 г. № 483-IV // Ведомости Парламента РК. 2011. № 17. Ст. 135.

го) поведения лица¹, т.е. возможность требовать от другого субъекта определенных действий или бездействия.

Согласно теории разделения права на частное и публичное, субъективное право соответственно может иметь частную или публично-правовую природу. В последнем случае речь идет о **субъективном публичном праве** – основанной на нормах публичного (административного) права возможности частного лица требовать от субъекта публичного управления такого поведения, которое удовлетворяло бы его интересы.

ИНТЕРЕСНО

Субъективное публичное право – это относительно недавнее «детище» юридических наук. В начале XIX в. в Европе понятие «субъективное право» было совершенно чуждо публичному праву. Нечто подобное существовало в гражданском праве, где одно частное лицо с давних пор могло отстаивать свои личные интересы в судебном порядке с помощью предъявления правового требования к конкретному оппоненту – другому частному лицу. В публичном же праве, в котором государство устанавливает свой порядок, такого равноправного оппонента у частного лица не существовало: в Европе XIX в. человек рассматривался в системе государственного права не как отдельно взятый индивидуум, а как часть коллектива, часть государства, в котором он жил. Возможность гражданина предъявлять правовое требование к государству как к своему оппоненту была немыслимой².

Подобная ситуация, связанная с невозможностью предъявления требования к государству со стороны частного лица, существовала и в СССР на протяжении всего исторического периода его существования. Показательным в этой части является тот факт, что в советской административно-правовой литературе вопрос о субъективных правах частного лица в сфере государственного управления даже не поднимался.

От субъективного публичного права необходимо отличать **объективное публичное право**. Оно представляет собой совокупность юридических норм, в которых находят отражение (закрепление) права и обязанности участников административно-правовых отношений.

При рассмотрении **значения субъективных публичных прав частных лиц** может показаться, что эта категория не имеет прин-

¹ См.: Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2003. С. 288.

² См.: *Квоста П.* В поисках субъективного права в публичном праве. Об условиях участия третьих лиц в административной процедуре // Ежегодник публичного права 2020: Участники административной процедуры и административного процесса. М.: Инфотропик Медиа, 2020. С. 25–26.

ципиального значения для сферы функционирования субъектов публичного управления, поскольку последние обязаны строго соблюдать возложенные на них обязанности, закрепленные в юридических актах. Однако при более детальном изучении данной проблемы становится ясно, что именно на базе субъективных публичных прав формируются полноценные отношения в системе «субъект публичного управления – частное лицо». Посредством субъективных публичных прав применяются зафиксированные в Конституции РК гарантии соблюдения прав, свобод и законных интересов частных лиц. Благодаря им, частные лица приобретают статус полноценных и равноправных участников правоотношений, получая в результате этого возможность по собственной инициативе вступать в отношения с представителями публичной власти и требовать от них соответствующего поведения (действий, решений и т.п.). Без субъективных публичных прав частные лица были лишь объектом государственных действий или решений. Таким образом, признание наличия у частных лиц субъективных публичных прав является важным и необходимым признаком демократического, социального и правового государства, в котором признается и соблюдается принцип верховенства права¹.

Кроме того, как верно отмечается в европейской юридической литературе, предоставление субъективных публичных прав частному лицу значительно расширяет набор инструментов, призванных обеспечить законность деятельности административных органов. Индивидуум становится «помощником» или «подручным» публичного интереса: если сосед оспаривает разрешение на ввод в эксплуатацию фабрики в рамках административной процедуры, указывая, что фабрика наносит вред его здоровью и загрязняет принадлежащий ему земельный участок вследствие выброса в атмосферу токсичных веществ, то в случае удовлетворения его заявления сосед как гражданин будет содействовать не только правильному исполнению закона, но и охране окружающей среды².

¹ См.: *Maurer H.* Allgemeines Verwaltungsrecht. München: C.H. Beck, 2004. S. 164.

² См.: *Квоста П.* В поисках субъективного права в публичном праве. Об условиях участия третьих лиц в административной процедуре. С. 28.

5.7. Виды субъективных публичных прав частного лица

Частные лица имеют широкий спектр субъективных прав, правовая природа которых, однако, не всегда очевидна. Иными словами, зачастую непонятно: публичным или частным по своей правовой природе является то или иное субъективное право частного лица.

ВАЖНО!

В ч. 1 ст. 5 АПКП говорится о том, что одной из задач административных процедур является *«полная реализация публичных прав, свобод и интересов физических и юридических лиц»*, что, соответственно, подтверждает необходимость четкого понимания и определения системы субъективных публичных прав.

В связи с этим полезен вывод, сформулированный немецким ученым-правоведом Х. Маурером, который считает, что публичным является любое закрепленное в юридическом акте право, используя которое частное лицо может обратиться к субъекту публичного управления с безусловным требованием о получении услуги или совершении определенных действий с целью защиты или удовлетворения своих индивидуальных интересов¹.

Таким образом, **субъективное публичное право** возникает (имеет место) при одновременном существовании трех обязательных условий:

- 1) закон или другой нормативный акт указывает на обязанность субъекта публичного управления содействовать частному лицу в реализации определенного права;
- 2) такое право служит удовлетворению не только общих, но и индивидуальных интересов частного лица;
- 3) частному лицу предоставляется право требовать от субъекта публичного управления создания условий для обеспечения его индивидуальных интересов².

¹ См.: *Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht*. S. 152.

² См.: *Константиу О.В.* Проблеми захисту в адміністративному судочинстві суб'єктивних прав, свобод і законних інтересів: монографія. Київ: Істина, 2015. С. 24–25.

ВАЖНО!

Поиск субъективного публичного права становится затруднительным в случае, когда речь идет не о конкретном адресате административного акта, а о другом лице, интересы которого могут быть затронуты в результате принятия акта: например, административным актом, разрешающим строительство, затрагиваются права и интересы не только заявителя, но и соседа, чей земельный участок граничит с участком, на котором впоследствии будет возведено домостроение. В ряде австрийских законов уже содержатся четкие положения, в которых прямо говорится о том, кто является стороной процедуры, приобретаая в связи с этим субъективные публичные права. Например, в соответствии с градостроительным законодательством Австрии не только лицо, подающее заявление о выдаче разрешения на строительство, приобретает статус стороны, но и все собственники земельных участков, непосредственно прилегающих к месту строительства или находящиеся «менее чем в 15 метрах от границ строительного объекта». Аналогично экологические объединения, насчитывающие в своем составе не менее 100 членов, имеют право участвовать в процедурах по оценке воздействия на окружающую среду со статусом стороны, когда речь идет об утверждении крупных строительных объектов¹.

Перечисленные примеры демонстрируют желание законодателя расширить количество носителей субъективных публичных прав. Благодаря такому шагу, как следствие, расширяется количество возможностей для частных лиц контролировать решения субъектов публичного управления.

Частные лица обладают разветвленной системой субъективных публичных прав. Сказанное, однако, не означает, что все частные лица обладают одинаковыми субъективными публичными правами, поскольку их конкретные виды зависят от особенностей правового статуса конкретного лица: например, правовой статус иностранца отличается от правового статуса гражданина РК, а правовой статус религиозного объединения не совпадает с правовым статусом профсоюза. Именно правовой статус определяет конкретный набор принадлежащих частному лицу субъективных публичных прав. В то же время это не мешает выделить основные группы субъективных публичных прав, которыми могут пользоваться частные лица с учетом особенностей их правового статуса.

¹ См.: *Квоста П.* В поисках субъективного права в публичном праве. Об условиях участия третьих лиц в административной процедуре. С. 30–31, 35.

5.7.1. Субъективные публичные права отрицательного типа

С помощью этой категории прав «очерчивается зона», в которую не имеют права вмешиваться субъекты публичного управления. Другими словами, права данной категории представляют собой **отрицательные компетенционные нормы**, на основании которых формируется требование к представителям государства о прекращении или несовершении действий, которые могут нарушить основополагающие права человека. Права данной группы обладают, таким образом, большим уровнем защитного потенциала, в связи с чем их еще называют «оборонительными правами»¹. Они защищают частное лицо от государства. В данном случае речь идет о: праве на свободное развитие своей личности; праве на уважение достоинства личности; праве на свободу и личную неприкосновенность; праве неприкосновенности жилища; праве на тайну личных вкладов и сбережений, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений; праве на свободу передвижения и др.

5.7.2. Субъективные публичные права положительного типа

Благодаря правам данного вида частные лица могут предъявлять требования к государству по поводу удовлетворения своих потребностей и интересов. Каждое лицо в определенной степени зависит от государства и его благ (ресурсов). Эта зависимость действует как гарантия обеспечения основных прав. Таким образом, субъективные публичные права функционируют и действуют не только как защитные права граждан против государственного вмешательства (как отрицательные права), но и как право на получение благ, право участия и право взаимодействия. Права на получение благ, в частности социальные права, действуют в качестве основы для требования (претензии) со стороны как граждан,

¹ См.: Jarass / Pieroth- Jarass Vorb. vor. Art. 1 Rn. 5; *Шлоер Б.* Виды конституционных норм (укр.) // *Український правовий часопис*. 2003. № 2 (7). С. 78.

так и лиц с другим правовым статусом¹. В отличие от «оборонительных прав», права данной группы направлены прежде всего на активное действие публичной власти по отношению к личности. На сегодняшний день существуют сферы жизни, в которых индивидuum полагается на действия со стороны государства, чтобы потом иметь возможность осуществлять основное право в целом. Иными словами, субъективные публичные права положительно-го типа предоставляют «защиту со стороны государства»².

Индивидуальные права на получение благ со стороны государства важны, если люди желают доступа к публичным благам или получения их. Особенно это касается тех случаев, когда государство имеет монополию в определенных областях. В целом, как отмечают немецкие исследователи, положительные права всегда касаются «облегчения» чего-либо: образования, медицинского страхования, ухода за детьми и т.п. Таким образом, концепция положительного права опирается на утверждение, что блага, не принадлежащие лицу от рождения, или не полученные лицом в течение жизни, должны быть обеспечены посредством государства³.

К правам данной категории относятся: право на использование объектами государственной собственности; право на социальную защиту; право на медицинскую помощь; право на образование; право на защиту прав судом; право на квалифицированную юридическую помощь и др.

5.7.3. Субъективные публичные права равенства⁴

В отличие от субъективных публичных права отрицательно-го и положительного типа, которые в первую очередь запреща-

¹ См.: *Schmidt R.* Grundrechte. Grasberg bei Bremem, 2015. S.12.

² См.: Funktionen der Grundrechte – Arten und funktionen in der Übersicht. URL: <https://www.juracademy.de/grundrechte/grundrechte-arten-funktionen-uebersicht.html>

³ См.: Rechte und korrespondierende Pflichten. Libertar-konservative Betrachtungen über die modern Gesellschaft. URL: <https://catocon.wordpress.com/tag/negatives-recht/>

⁴ См.: *Sacksofsky U.* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes. Nomos, 2. Auflage, 2015.

ют или определяют конкретное поведение государства, права равенства прежде всего требуют четко определенных действий от органов публичного управления, т.е. государственная власть в определенных случаях должна вести себя (действовать) одинаково, в соответствии с нормативно определенными требованиями (стандартное поведение). Если государство действует иначе, оно не должно делать этого без объективных причин. Оно должно использовать достаточные легитимные критерии дифференциации¹. Таким образом, основополагающим принципом в правах равенства является принцип недискриминации. Такое требование по поводу одинакового обращения состоит в первую очередь в равном распределении благ.

К субъективным публичным правам равенства относятся: право равенства перед законом и судом; право равного доступа к государственной службе; право равного избирательного права; право на равные условия труда и т.д.

5.7.4. Субъективные публичные права активного типа

Посредством этих прав частные лица могут влиять на субъектов публичного управления, участвовать в разработке и реализации государственной политики. Эти права позволяют частным лицам активно участвовать во внутренней жизни государства². Речь идет о: избирательном праве; праве на осуществление общественного контроля; праве на мирные собрания; праве на обращение; праве на участие в управлении государственными делами и др.³

¹ См.: Швабе Ю., Гайслер Т. Избранные решения Федерального Конституционного суда Германии. С. 558 и след.

² См.: Funktionen der Grundrechte – Arten und Funktionen in der Übersicht. URL: <https://www.juracademy.de/grundrechte/grundrechte-arten-funktionen-uebersicht.html>.

³ В основу типологии субъективных публичных прав положена теория Г. Еллингера, представленная в его работе «System der subjektiven öffentlichen Rechte» (1892).

Обобщение к главе 5

«Система субъектов административного права»

1. *Субъекты административного права – это участники административно-правовых отношений, которые имеют субъективные права и выполняют юридические обязанности, установленные административно-правовыми нормами. Для того чтобы быть субъектом административного права, частные лица (граждане РК, иностранцы, лица без гражданства (апатриды), юридические лица и др.) обладают правосубъектностью (административной правоспособностью, административной дееспособностью и административной деликтоспособностью).*

2. *У субъектов публичного управления (исполнительных органов власти, органов местного самоуправления, субъектов делегированных полномочий и др.) правосубъектность находит свое выражение в нормативно закрепленной за ними компетенции, т.е. в совокупности их полномочий, предоставляемых им нормативными правовыми актами для выполнения возложенных на них функций.*

3. *Понятие «административный орган» не охватывает собой абсолютно всех субъектов административного права, которые реально вступают в административно-правовые отношения. В связи с этим более емким термином является понятие «субъект публичного управления».*

4. *В связи с огромным количеством, а также разноплановостью задач, решаемых в процессе реализации публичного управления, система субъектов публичного управления является чрезвычайно разветвленной¹. Данный факт обуславливает необходимость группировки названных субъектов в зависимости от особенностей их правового статуса. Система субъектов публично-го управления может быть представлена следующим образом:*

- государственные субъекты публичного управления;*
- муниципальные субъекты публичного управления (органы местного самоуправления);*

¹ См.: Подопригора Р. А. Административное право в постсоветском Казахстане: история и реалии. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35734248#pos=5;-88

- субъекты публичного управления с делегированными полномочиями, в том числе без статуса юридического лица.

5. Реализацией публичного управления занимаются не только исполнительные органы власти и органы местного самоуправления, но и другие субъекты публичной власти, а также, в отдельных случаях, частные лица. Исходя из этого, на термин «субъект публичного управления» необходимо смотреть не с институциональной, а с функциональной точки зрения. Таким образом, определяющим для отнесения того или иного органа (лица) к кругу субъектов публичного управления является не его место в системе публичной власти, а функции, которые им выполняются, и такие функции должны быть связаны с реализацией публичного управления.

6. Право публичной службы (служебное право) представляет собой подотрасль Особенного административного права и регулирует общественные отношения, возникающие в связи с поступлением граждан на государственную службу, ее прохождением и увольнением с государственной службы.

7. Государственная служба (публичная служба) выполняет ряд взаимосвязанных задач, а именно:

- защита прав, свобод и законных интересов граждан;
- обеспечение стойкости основ и целостности государства;
- обеспечение эффективного, результативного, прозрачного и постоянного функционирования механизма государства и государственного аппарата;
- комплектование персонала государственных органов высококвалифицированными специалистами;
- формирование общественно-политических и правовых условий для практического достижения целей и осуществления задач и функций государственных органов и органов местного самоуправления;
- демократизация путей формирования и деятельности государственного аппарата, искоренения бюрократизма, протекционизма, коррупции, создания социальных, правовых и иных условий, необходимых для успешной работы государственных служащих;

• *повышение качества и доступности государственных услуг, которые предоставляются гражданам*¹.

8. *Государственная служба представляет собой публично-правовое образование, отделенное от частноправовой трудовой деятельности, регулируемой законодательством о труде.*

9. *Анализ законодательства позволяет говорить о существовании четырех основных видов государственной службы, в пределах которых могут быть выделены ее отдельные подвиды:*

- *административная государственная служба;*
- *политическая государственная служба;*
- *милитаризированная государственная служба:*
 - *военная государственная служба;*
 - *правоохранительная государственная служба;*
 - *специальная государственная служба;*
- *дипломатическая государственная служба.*

10. *С юридической точки зрения государственный служащий в административно-правовых отношениях всегда представляет государственный орган, в рамках которого он проходит государственную службу. Иными словами, государственный служащий не является непосредственным участником административно-правовых отношений, так как юридическим контрагентом частного лица будет выступать орган власти, от имени и по поручению которого действует служащий. Государственный служащий будет лишь фактическим участником соответствующих отношений, не обладая, таким образом, статусом полноценного субъекта административно-правовых отношений.*

11. *Категория «частные лица» является обобщающей для широкого круга невластных по своей природе субъектов административного права. Все частные лица могут быть разделены на две основные группы: физические и юридические лица.*

12. *Субъективное публичное право – основанная на нормах публичного (административного) права возможность частно-*

¹ См.: *Серьогін С. М. Мета, завдання та функції державної служби // Кадрова політика та публічна служба. 2013. № 1 (1). С. 62; Завдання та функції державної служби. URL: <http://mego.info>; Державна служба: підручник: у 2 т. / Нац. акад. держ. упр. при Президентові України; редкол.: Ю. В. Ковбасюк (голова), О. Ю. Оболенський (заст. голови), С. М. Серьогін (заст. голови) [та ін.]. Київ; Одеса: НАДУ, 2012. Т. 1. С. 26.*

го лица требовать от субъекта публичного управления такого поведения, которое удовлетворяло бы интересы частного лица.

Посредством субъективных публичных прав применяются зафиксированные в Конституции РК гарантии соблюдения прав, свобод и законных интересов частных лиц. Благодаря им частные лица приобретают статус полноценных и равноправных участников правоотношений, получая в результате этого возможность по собственной инициативе вступать в отношения с представителями публичной власти и требовать от них соответствующего поведения (действий, решений и т.п.). Без субъективных публичных прав частные лица были лишь объектом государственных действий или решений.

13. Субъективное публичное право возникает (имеет место) при одновременном существовании трех обязательных условий:

1) закон или другой нормативный акт указывает на обязанность субъекта публичного управления содействовать частному лицу в реализации определенного права;

2) такое право служит удовлетворению не только общих, но и индивидуальных интересов частного лица;

3) частному лицу предоставляется право требовать от субъекта публичного управления создания условий для обеспечения его индивидуальных интересов¹.

14. Могут быть выделены следующие виды субъективных публичных прав частного лица:

- субъективные публичные права отрицательного типа;
- субъективные публичные права положительного типа;
- субъективные публичные права равенства;
- субъективные публичные права активного типа.

¹ См.: *Константий О. В.* Проблеми захисту в адміністративному судочинстві суб'єктивних прав, свобод і законних інтересів: монографія. Київ: Істина, 2015. С. 24–25.

ГЛАВА 6

ИНСТРУМЕНТЫ ПУБЛИЧНОГО УПРАВЛЕНИЯ

6.1. Понятие и значение категории «инструменты публичного управления»

Для выполнения возложенных на них задач субъекты публичного управления используют различные **инструменты**, под которыми понимаются юридические средства (приемы), применяемые ими для осуществления регулирующего влияния на участников общественных отношений, складывающихся в сфере публичного управления.

Категория «**инструменты публичного управления**» заменила устаревшее понятие «**формы и методы государственного управления**», что является свидетельством ориентации казахстанского административного права на современные европейские концепции.

Инструменты публичного управления характеризуются рядом **признаков**:

- они обладают публично-правовой природой;
- субъекты публичного управления используют их в процессе собственного функционирования;
- порядок их применения регулируется нормами административного права;
- применение того или иного инструмента обусловлено компетенцией, сферой и целями деятельности субъекта публичного управления;
- итогом их применения являются юридические последствия и/или фактические результаты.

6.2. Виды инструментов публичного управления

К **инструментам публичного управления** относятся:

- подзаконные нормативные правовые акты;
- административные акты;

- административные договоры;
- планы;
- административные действия;
- публичное имущество;
- частноправовые инструменты.

Выбор конкретного инструмента публичного управления в каждом отдельном случае зависит от конкретной организационной формы субъекта публичного управления (**формальные причины**), а также от необходимости, связанной с содержанием (**материальные причины**). Таким образом, в большинстве случаев применяется формула «instrument follows function» (инструмент следует за функцией или задачей), т.е. в основном выбор того или иного инструмента зависит от того, чего именно хочет достичь субъект публичного управления¹.

6.3. Основные характеристики нормативного правового акта

6.3.1. Понятие, функции и цели нормативного правового акта как инструмента публичного управления

Под нормативным правовым актом, в соответствии с пп. 25) п. 1 ст. 1 Закона РК «О правовых акта», понимается письменный официальный документ установленной формы, принятый на республиканском референдуме либо уполномоченным органом, устанавливающий нормы права, изменяющий, дополняющий, прекращающий или приостанавливающий их действие. Это определение «покрывает» собой все виды нормативных правовых актов, в связи с чем его необходимо уточнить применительно к нормативным правовым актам как инструментам публичного управления. В данном случае речь идет о юридическом акте, который издан субъектом публичного управления

¹ См.: Пуделька Й. Инструменты действия органов государственного управления // Ежегодник публичного права 2021: Инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 4.

и содержит в себе хотя бы одну норму административного права (правило поведения).

Нормативные правовые акты субъектов публичного управления выполняют **две основные функции**: во-первых, они являются юридическим регулятором деятельности субъектов публичного управления (источником административного права), во-вторых, представляют собой инструмент публичного управления.

Нормативные правовые акты издаются субъектами публичного управления с **целью**:

- применения Конституции РК, международных договоров и законов РК, когда необходимо конкретизировать (уточнить) их отдельные положения;
- регулирования общественных отношений при отсутствии соответствующего закона (законов);
- упорядочения внутриорганизационной деятельности субъектов публичного управления.

Соответствующий субъект публичного управления самостоятельно определяет, нужна ли подготовка и принятие нормативного правового акта. Однако в некоторых случаях издание такого акта субъектом публичного управления может быть обязательным: например, если закон РК возлагает на правительство обязанность разработать и принять соответствующий акт, как правило постановление.

ПРИМЕР

В соответствии с ч. 4 ст. 18 Закона РК «О правовых актах» проекты подзаконных нормативных правовых актов разрабатываются государственными органами в соответствии с их компетенцией, установленной законодательством Республики Казахстан, **по собственной инициативе или по поручению** вышестоящих государственных органов и должностных лиц, если иное не установлено законодательством Республики Казахстан.

6.3.2. Признаки нормативного правового акта

Нормативные правовые акты субъектов публичного управления обладают определенными признаками, выделение которых помогает более глубоко и всесторонне понять сущность этих актов. В данном случае речь идет о следующих основных признаках:

- **подзаконный характер.** Нормативные правовые акты всегда должны соответствовать (не противоречить) Конституции и законам РК, международным договорам и иными обязательствам РК и решениям Конституционного Совета РК, по отношению к которым они занимают подчиненную позицию. Нормативные правовые акты субъектов публичного управления, таким образом, не могут изменять, отменять или дополнять законы. Кроме того, субъектам публичного управления запрещено издавать нормативные правовые акты по вопросам, относящимся к исключительной компетенции Парламента (ст. 52–57 Конституции РК);

- **публичность.** Нормативные правовые акты издаются от имени соответствующего субъекта публичного управления в пределах его компетенции для удовлетворения публичных (общих), а не частных интересов;

- **юридическая значимость.** Нормативные правовые акты устанавливают, изменяют или упраздняют нормы права, направленные на регулирование административно-правовых отношений. Такие акты, как правило, рассчитаны на многократное применение по отношению к неограниченному кругу лиц в течение длительного срока. Таким образом, нормативные правовые акты являются **абстрактно-общими** по своему содержанию (они абстрактно регулируют множество ситуаций и действуют неопределенное количество раз в отношении неопределенного круга лиц)¹;

- **односторонность принятия.** Нормативный правовой акт является результатом одностороннего юридического волеизъявления субъекта публичного управления. В отдельных случаях к процедуре разработки проекта акта могут быть привлечены част-

¹ См.: Кесслер В. Общие распоряжения административных органов // Ежегодник публичного права 2021: Инструменты действий административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 100.

ные лица, однако окончательное решение о содержании акта, времени его издания принимает субъект публичного управления;

- **обязательный характер.** До тех пор, пока нормативный правовой акт не отменен, не признан недействительным, или его действие не приостановлено (остановлено) иным образом, его положения должны выполняться (соблюдаться) лицами, на регулирование поведения которых он направлен;

- **обеспечение силой публичного (государственного) принуждения.** В случае, если правообязанные лица добровольно не выполняют (не соблюдают) положения нормативного правового акта, такое исполнение может быть обеспечено посредством применения к ним мер воздействия публичного (государственного) принуждения, в частности – юридической ответственности;

- **процедура принятия.** Процесс подготовки и издания нормативного правового акта происходит с соблюдением необходимых стадий, образующих соответствующую процедуру;

- **письменная форма.** Поскольку в нормативном правовом акте закрепляются права и обязанности участников административно-правовых отношений, он в обязательном порядке облекается в письменную форму (официальный документ), благодаря чему обеспечивается его однообразное, правильное восприятие (понимание) и применение.

6.3.3. Виды нормативных правовых актов

Нормативные правовые акты субъектов публичного управления могут классифицироваться по разным основаниям, однако большинство существующих классификационных групп не имеет практического значения, что исключает необходимость их анализа.

Практически релевантные основания для группирования нормативных правовых актов вытекают из практики судопроизводства, в пределах которого (при необходимости) происходит проверка их законности (правомерности). Так, для судебного контроля за правомерностью нормативного правового акта принципиален ответ на вопрос о субъекте его издания, границах

и направлениях действия. Именно по этим основаниям должны быть сгруппированы названные юридические акты.

В зависимости от **субъекта издания** нормативные правовые акты делятся на:

- нормативные правовые указы Президента Республики Казахстан;
- нормативные правовые акты Председателя Совета Безопасности Республики Казахстан;
- нормативные правовые постановления Парламента Республики Казахстан и его Палат;
- нормативные правовые постановления Правительства Республики Казахстан;
- нормативные правовые постановления Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан, Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан, Национального Банка Республики Казахстан и иных центральных государственных органов;
- нормативные правовые приказы министров Республики Казахстан и иных руководителей центральных государственных органов;
- нормативные правовые приказы руководителей ведомств центральных государственных органов;
- нормативные правовые решения маслихатов, нормативные правовые постановления акиматов, нормативные правовые решения акимов и нормативные правовые постановления ревизионных комиссий;
- нормативные правовые акты субъектов делегированных полномочий (как правило, приказы).

В зависимости от **территориального масштаба действия** нормативные правовые акты субъектов публичного управления делятся на акты, действующие:

- на всей территории РК;
- в пределах одной или нескольких административно-территориальных единиц (например, на территории города или области);
- на отдельной территории (в частности на территории дипломатического представительства РК за границей).

Нормативные правовые акты субъектов публичного управления классифицируются также и в зависимости **от направления их нормативного регулирования**. По этому признаку выделяют:

- нормативные правовые акты, определяющие поведение (права и обязанности) частных лиц (так называемые **внешние** нормативные правовые акты);
- нормативные правовые акты, регулирующие отношения исключительно в пределах того или иного субъекта публичного управления или отношения между несколькими субъектами публичного управления (так называемые **внутренние** нормативные правовые акты).

ВАЖНО!

В рамках гражданского судопроизводства (глава 30 ГПК РК) частные лица вправе обжаловать исключительно «**внешние**» нормативные правовые акты, поскольку только они в силу своего внешнего влияния могут нарушить права, свободы или законные интересы частного лица.

«**Внутренние**» же нормативные правовые акты, т.е. изданные для регулирования внутриорганизационных отношений, возникающих в пределах того или иного государственного органа, как правило, не могут нарушить права, свободы или законные интересы частного лица.

6.3.4. Формальные требования к нормативному правовому акту

Нормативные правовые акты субъектов публичного управления должны соответствовать ряду формальных требований, связанных с:

- **компетенцией**. Каждый субъект публичного управления наделен четко определенной компетенцией, т.е. существует круг вопросов, которые он уполномочен решать. Право на издание нормативного правового акта должно быть закреплено за ним юридическим актом, определяющим его правовой статус. Таким образом, нормотворческие полномочия субъекта публичного управления не могут выходить за пределы его компетенции, установленной в нормативном порядке;

ПРИМЕР

В ч. 6 ст. 7 Закона РК «О правовых актах» установлено: «Нормативные правовые приказы **принимаются** руководителями ведомств центральных государственных органов **при наличии прямой компетенции** по их утверждению в нормативных правовых актах государственного органа, в структуру которого входит ведомство, и не могут затрагивать права и свободы человека и гражданина».

Часть 3 ст. 34 названного закона гласит: «Принятие нормативного правового акта уполномоченным органом **допускается** только в случаях, когда **компетенция** уполномоченного органа по принятию данного акта **прямо предусмотрена законодательством** Республики Казахстан».

- **процедурой издания.** Субъекты публичного управления во всех сферах и аспектах своего функционирования должны соблюдать определенные процедуры, которые во многом определяют законность их действий и решений. Это в равной мере относится и к процедуре издания субъектами публичного управления нормативных правовых актов. Следует отметить, что на сегодняшний день отсутствуют единые процедуры разработки и принятия нормативных правовых актов субъектами публичного управления. Отдельные процедурные требования, которые подлежат обязательному соблюдению, содержатся в Законе РК «О правовых актах».

ПРИМЕР

В процессе разработки проекта нормативного правового акта подзаконного уровня **должны быть соблюдены следующие процедурные требования (этапы)**, установленные Законом РК «О правовых актах»:

- проекты подзаконных нормативных правовых актов, касающихся торговли товарами, услугами или прав интеллектуальной собственности, **размещаются на интернет-ресурсах уполномоченных государственных органов в срок не менее чем за тридцать календарных дней до их принятия для публичного обсуждения**, если иное не предусмотрено законами и (или) международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан (абз. 4 ч. 4 ст. 18);

- подготовленный проект подзаконного нормативного правового акта, а при необходимости проект другого подзаконного нормативного правового акта, принимаемого в целях его реализации, **направляются на согласование** заинтересованным государственным органам и организациям (абз. 2 ч. 5 ст. 18);

- **согласование** органами юстиции проектов подзаконных нормативных правовых актов, подлежащих государственной регистрации в соответствии со статьей 35-1 настоящего Закона, **осуществляется путем проведения юридической экспертизы** на предмет соответствия законодательству Республики Казахстан, наличия норм права и необходимости государственной регистрации в порядке, определяемом правилами разработки, согласования и государственной регистрации нормативных правовых актов;

- органы-разработчики **направляют** в Национальную палату предпринимателей Республики Казахстан и экспертные советы уведомление о размещении консультативного документа или соответствующего проекта нормативного правового акта, затрагивающего интересы субъектов предпринимательства, на интернет-портале открытых нормативных правовых актов для получения экспертных заключений, в том числе при каждом последующем их согласовании с заинтересованными государственными органами (ч. 1 ст. 19);

- проекты нормативных правовых актов, реализация которых может привести к негативным воздействиям на окружающую среду, **подлежат обязательной государственной экологической экспертизе** (ч. 1 ст. 20-1).

ВАЖНО!

В соответствии с п. 1 ч. 4 ст. 35-1 Закона РК «О правовых актах» основанием для отказа в государственной регистрации нормативных правовых актов центральных государственных органов, их ведомств, а также маслихатов, акиматов, акимов и ревизионных комиссий областей, городов республиканского значения является нарушение требований правил разработки, согласования и государственной регистрации нормативных правовых актов.

- **формой.** Нормативный правовой акт субъекта публичного управления, в соответствии со ст. 22–24 Закона РК «О правовых актах», должен быть издан в письменной форме и содержать в себе следующие обязательные реквизиты:

- 1) Государственный Герб Республики Казахстан;

- 2) указание на форму акта: постановление Парламента Республики Казахстан; постановление Сената Парламента Республики Казахстан; постановление Мажилиса Парламента Республики Казахстан; указ Президента Республики Казахстан; постановление Правительства Республики Казахстан; приказ Министра; приказ руководителя центрального государственного органа; приказ руководителя ведомства; постановление центрального государственного органа; решение маслихата; постановление акимата; решение акима; постановление ревизионной комиссии и иную форму нормативного правового акта, предусмотренную настоящим Законом;

- 3) заголовок, обозначающий предмет регулирования нормативного правового акта;

- 4) место и дату принятия нормативного правового акта;

- 5) регистрационный номер нормативного правового акта;

- 6) подписи лица или лиц, уполномоченных подписывать нормативные правовые акты;

7) указание на дату и номер государственной регистрации нормативного правового акта;

8) гербовую печать.

Текст нормативного правового акта излагается с соблюдением норм литературного языка, юридической терминологии и юридической техники, его положения должны быть предельно краткими, содержать четкий и не подлежащий различному толкованию смысл. Текст нормативного правового акта не должен содержать положения декларативного характера, не несущие смысловой и правовой нагрузки. Не допускается употребление устаревших и многозначных слов и выражений, эпитетов, метафор, сокращений слов. Норма права, изложенная в структурном элементе нормативного правового акта, не излагается повторно в других структурных элементах этого же акта. Тексты нормативных правовых актов на казахском и русском языках должны быть аутентичны;

• **государственной регистрацией нормативного правового акта.** Государственная регистрация нормативных правовых актов, издаваемых субъектами публичного управления, позволяет решить несколько важных заданий:

- провести правовую экспертизу принятых нормативных правовых актов;

- гарантировать права, свободы и законные интересы частных лиц, в отношении которых такие акты будут применяться в будущем;

- обеспечить законность правотворческой деятельности субъектов публичного управления¹;

- сформировать Реестр государственной регистрации нормативных правовых актов.

В Законе РК «О правовых актах» (ст. 35-1) определены наиболее важные положения, касающиеся порядка регистрации нормативных правовых актов.

Государственной регистрации подлежат следующие виды нормативных правовых актов: нормативные правовые постановления Центральной избирательной комиссии Республики

¹ 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособие. С. 157.

Казахстан, Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан, Национального Банка Республики Казахстан и иных центральных государственных органов; нормативные правовые приказы министров Республики Казахстан и иных руководителей центральных государственных органов; нормативные правовые приказы руководителей ведомств центральных государственных органов; нормативные правовые решения маслихатов, нормативные правовые постановления акиматов, нормативные правовые решения акимов и нормативные правовые постановления ревизионных комиссий¹.

Основаниями для отказа в государственной регистрации являются:

1) представление на государственную регистрацию нормативного правового акта, подлежащего такой регистрации, с нарушением требований правил разработки, согласования и государственной регистрации нормативных правовых актов;

2) выявление противоречия нормативным правовым актам вышестоящего уровня, принятым или вступившим в силу в период после проведения юридической экспертизы;

3) несоблюдение требований, установленных настоящим Законом.

Не зарегистрированные в установленном законодательством Республики Казахстан порядке нормативные правовые акты, подлежащие государственной регистрации, должны быть отменены органом, издавшим их;

• **опубликованием нормативного правового акта.** Посредством официального опубликования нормативных правовых актов достигается ряд важных и взаимосвязанных целей, а именно:

- обеспечение свободного доступа заинтересованных лиц к изданным нормативным правовым актам;

¹ Об утверждении Правил разработки, согласования и государственной регистрации нормативных правовых актов: постановление Правительства Республики Казахстан от 6 октября 2016 г. № 568 // САПП Республики Казахстан. 2016. № 49. Ст. 313.

- информирование всех субъектов права об изданных актах, а также их правах и обязанностях, закрепленных в них;
- обеспечение регулирования публичных отношений на базе действующих нормативных правовых актов;
- предотвращение случаев искажения содержания нормативного правового акта;
- введение единого порядка вступления в силу нормативного правового акта¹.

Правовой основой для опубликования нормативных правовых актов выступает прежде всего второе предложение ч. 4 ст. 4 Конституции РК, где сказано: «Официальное опубликование нормативных правовых актов, касающихся прав, свобод и обязанностей граждан, является обязательным условием их применения».

Закон РК «О правовых актах» содержит четкие и однозначные требования, касающиеся опубликования принятых субъектами публичного управления нормативных правовых актов. Так, в соответствии со ст. 37, 40 Закона РК «О правовых актах» официальное опубликование нормативных правовых актов, касающихся прав, свобод и обязанностей граждан, **является обязательным условием их применения**. Официальными печатными изданиями являются Ведомости Парламента Республики Казахстан, Собрание актов Президента Республики Казахстан и Правительства Республики Казахстан, «Вестник Национального Банка Республики Казахстан». Первое официальное опубликование нормативных правовых актов должно быть осуществлено одновременно на казахском и русском языках в течение тридцати календарных дней после дня их вступления в силу. В правоприменительной практике должны использоваться официальные публикации нормативных правовых актов. Не допускается официальное опубликование нормативных правовых актов в неполном изложении, за исключением нормативных правовых актов, содержащих государственные секреты и иную охраняемую законом тайну, а также нормативные правовые акты, имеющие пометки «Для служебного пользования», «Без опубликования в печати», «Не для печати».

¹ 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособие / под ред. Р. С. Мельника. С. 162.

Если из-за значительного объема нормативного правового акта его текст публикуется в нескольких номерах периодического печатного издания, то днем официального опубликования считается день опубликования заключительной части текста нормативного правового акта на казахском и русском языках.

6.3.5. Материальные требования к нормативному правовому акту

Нормативные правовые акты субъектов публичного управления должны отвечать не только формальным, но и предъявляемым к ним материальным требованиям. Материальные требования касаются **содержания** нормативного правового акта.

Указанные акты носят подзаконный характер, а это означает, что сформулированные в них положения должны соответствовать нормам Конституции и законов РК, а также нормам, закрепленным в нормативных правовых актах, имеющих высшую юридическую силу.

Кроме того, такие акты должны быть юридически **обоснованными**. Они не могут ущемлять или нарушать права, свободы и законные интересы частных лиц, а также компетенцию других субъектов публичного управления.

ПРИМЕР

В Законе РК «О правовых актах» сформулирован ряд положений, касающихся **материальных требований** к нормативному правовому акту:

- ч. 1 ст. 5: Нормативные постановления Конституционного Совета Республики Казахстан основываются только на Конституции Республики Казахстан, и все иные нормативные правовые акты не могут им противоречить;
- ч. 6 ст. 7: Нормативные правовые приказы... не могут затрагивать права и свободы человека и гражданина;
- ч. 3 ст. 10: Каждый из нормативных правовых актов нижестоящего уровня не должен противоречить нормативным правовым актам вышестоящих уровней;
- ч. 2 ст. 12: Нормы законов в случаях их расхождения с нормами кодексов Республики Казахстан могут применяться только после внесения в кодексы соответствующих изменений и (или) дополнений;
- ч. 1 ст. 21-1: Нормы законов и иных нормативных правовых актов, признанных неконституционными, в том числе ущемляющими закрепленные Конституцией Республики Казахстан права и свободы человека и гражданина, отменяются и не подлежат применению.

6.3.6. Условия признания нормативного правового акта незаконным (противоправным)

Нормативный правовой акт субъекта публичного управления может быть признан незаконным (противоправным) в случае, если во время его принятия были нарушены предъявляемые к нему формальные и материальные требования.

Чтобы ответить на вопрос, является ли конкретный нормативный правовой акт законным, **необходимо выяснить:**

- имеют ли место законодательно установленные основания для его издания;
- соблюдены ли формальные требования при его подготовке, принятии, регистрации и опубликовании;
- не вышел ли субъект публичного управления за пределы собственной компетенции во время издания такого акта;
- соответствуют ли его положения Конституции и законам РК, а также другим нормативным правовым актам, имеющим высшую юридическую силу;
- не нарушает ли нормативный правовой акт права, свободы и законные интересы частных лиц, закрепленные в Конституции РК.

В то же время к оценке незаконности (противоправности) нормативного правового акта публичного управления следует подходить взвешенно и всесторонне, соотнося необходимость признания того или иного акта незаконным (противоправным) с возможными последствиями такого решения, прежде всего для частных лиц.

Таким образом, лишь системные, грубые нарушения процедуры принятия нормативного правового акта, существенно повлиявшие на изменение его содержания, могут служить основанием для признания такого акта незаконным (противоправным).

6.4. Основные характеристики административного акта

6.4.1. Понятие категории «административный акт»

Административный акт представляет собой основной и наиболее часто применяемый инструмент публичного управления¹. Это связано с тем, что административное правоотношение возникает, изменяется и прекращается преимущественно именно на основании административного акта. Другими словами, административный акт является одним из видов **юридического факта**. Посредством административного акта субъекты публичного управления реализуют свои полномочия, связанные с организующим влиянием на частных лиц, а также обеспечивают (создают условия) реализации их прав, свобод и законных интересов.

Административный акт является категорией обобщающего порядка, которая используется для обозначения различных видов решений субъектов публичного управления, направленных на регулирование частного (отдельного) случая в сфере публичного управления.

ПРИМЕР

Административным актом является: решение о выдаче лицензии субъекту предпринимательской деятельности; решение об отказе в регистрации субъекта предпринимательской деятельности; разрешение на начало проведения строительных работ; решение о принудительном сносе незаконно построенного сооружения; решение контролирующего органа о приостановлении работы предприятия и т.д.

Под **административным актом** будет пониматься и случай отказа субъекта публичного управления действовать, когда он обязан инициировать процедуру принятия решения по требованию частного лица².

Административный акт носит **регулятивный характер**, который, в отличие от регулятивного характера нормативного правового акта, всегда ограничивается конкретным случаем. Регулятивное свойство административного акта определяется тем, что

¹ См.: *Сарпеев Р.* Административный акт как инструмент государственно-административного управления // Ежегодник публичного права 2021: Инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 41.

² См.: Вопросы государственного и муниципального управления. 2009. № 2. С. 114–132.

он принимается в одностороннем порядке субъектом публичного управления с целью упорядочения (регулирования) соответствующих (конкретных) правоотношений, участником которых является частное лицо. Иными словами, посредством административного акта субъект публичного управления «индивидуализирует» предписание, содержащееся в норме (вынужденно абстрактного) закона, т.е. частное лицо (а также субъекты публичного управления) получают представление о том, какие конкретные обязанности или права вытекают из законодательства в конкретном случае¹.

Регулятивные свойства административного акта являются важной характерной чертой данного инструмента публичного управления, позволяющей отличать административные акты от иных видов решений, которые административными актами не являются.

Таким образом, **к административным актам, ввиду отсутствия регулирующих свойств, не могут быть отнесены:**

- административные действия субъектов публичного управления (уборка дорог общего пользования, информирование граждан об опасности и т. д.), поскольку они не влекут юридических последствий, будучи направленными на достижение только фактического результата;

ВАЖНО!

В связи с некоторым сходством **административного акта и административного действия** могут возникнуть сложности по их разграничению. Например, в случае письменного документа возникает вопрос о том, содержится ли в нем письменный административный акт или административное действие – не имеющее обязательной юридической силы указание на текущую правовую ситуацию. Так, например, о таком указании можно говорить, если орган архитектуры и строительства сообщает гражданину о том, что возведенное на его земельном участке домостроение не соответствует действующему строительному законодательству и по этой причине подлежит сносу. Основания, позволяющие предполагать наличие административного акта в данном случае, вытекают из формы и содержания документа. Если документ помечен, например, как «приказ», «постановление» и т. п., то это будет указывать на то, что перед нами административный акт. Тот же вывод

¹ См.: *Брокер Л.* Инквизиционный принцип в административном праве (административная процедура и административный процесс) // Вестник законодательства Республики Казахстан. 2017. № 4 (49). С. 29.

можно сделать, если в документе разъясняется порядок обжалования. Также разделение структуры текста на резолютивную часть (в частности на поста-навливающую совершить определенные действия, претерпеть определен-ные действия либо воздержаться от совершения определенных действий) и на мотивировку к резолютивной части позволяет сделать заключение о том, что был издан именно административный акт. Еще один признак адми-нистративного акта присутствует в случае, когда в документе указываются меры принудительного исполнения при отказе адресата добровольно ис-полнить назначенное требование. Если же документ содержит лишь общие сведения и ссылки на нормы действующего законодательства или прямо помечен как «информационное уведомление» (нем. Informationsschreiben), то отсутствуют основания полагать, что перед адресатом — административ-ный акт. Аналогично будет в случае, когда в документе рассматриваются конкретные, затрагивающие интересы адресата обстоятельства, но в тексте содержится лишь предупреждение об издании административного акта, если адресат добровольно не исполнит требования действующего законо-дательства. Например, миграционная служба сообщает осужденному за со-вершение преступления иностранному гражданину об административном выдворении из страны в случае рецидива¹.

- внутреннее организационное решение (служебное распоря-жение) субъекта публичного управления. Оно издается с целью регулирования организационных вопросов внутри государствен-ного органа или иного субъекта управления. Такое решение не затрагивает частное лицо и не вызывает для него юридических последствий (реорганизация структуры акимата, перераспреде-ление полномочий между государственными служащими и т. п.);
- письменное подтверждение изданного устно административ-ного акта и всякое иное повторение уже изданного администра-тивного акта²;
- простое указание на обязательное правовое последствие, на-ступающее уже просто в силу закона³;
- решение или действие субъекта публичного управления, в основу которых положены нормы частного права (договор о приобретении товаров или услуг, договор аренды государствен-ного имущества);

¹ Детальнее см.: *Херрманн Т.* Реальный акт в административном праве: ад-министративная деятельность в конфликте между административным актом и административным частным правом // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. — М.: Инфотро-пик Медиа, 2017. С. 374–375.

² См.: *Wüstenbecker H., Sommer C.* Verwaltungsrecht AT 1. 16. Münster: Alp-mann Schmidt, 2016. S. 67.

³ Ibid. S. 66.

- промежуточное решение субъекта публичного управления (например, решение о необходимости предоставления частным лицом дополнительных документов, необходимых для получения разрешения на выделение земельного участка, акт проверки и т.п.), кроме случаев, когда такое решение затрагивает права и законные интересы частного лица или существенно их ограничивает;

- политические решения Парламента, депутатов, членов правительства (политические заявления, декларации, обращения к народу и т. п.);

- официальные документы, удостоверяющие определенные факты (например, диплом, справка, трудовая книжка), так как они сами по себе не приводят к наступлению юридических последствий;

- решения суда, уголовно-процессуальные решения, а также решения, принятые судом по делу об административном правонарушении;

- юридически значимое волеизъявление субъекта публичного управления, которое не носит регулирующего характера. Например, установление срока для предоставления документов, отсрочка уплаты штрафа¹.

Административный акт получил легальное определение в п. 4 ч.1 ст. 4 АППК, где под ним понимается решение, принимаемое административным органом, должностным лицом в публично-правовых отношениях, реализующее установленные законами Республики Казахстан права и обязанности определенного лица или индивидуально определенного круга лиц.

6.4.2. Признаки административного акта

Четкое и однозначное отнесение того или иного решения субъекта публичного управления к категории административного акта имеет ярко выраженное практическое значение, связанное, прежде всего, с возможностью обжаловать административный акт

¹ См.: *Maurer H.* Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 193, 194; *Копе-Перконе К.* Признаки административного акта: в понимании Административно-процессуального закона Латвии и практики судов. С. 49; *Пуделька Й.* Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 38–45.

в порядке административного судопроизводства. Напомню, что в соответствии со ст. 132–135 АПК обжалованию в подавляющем большинстве случаев подлежит не любое решение административного органа, а лишь то, которое представляет собой административный акт, в том числе и не принятый.

В связи с этим, чрезвычайно важным является вопрос, связанный с выделением **признаков административного акта**, сквозь призму которых можно установить, относится ли то или иное решение субъекта публичного управлению к категории административного акта.

6.4.2.1. Решение

О «решении» как о признаке административного акта можно говорить в том случае, когда субъект публичного управления действует, т.е. совершает активные действия. Формы действия субъекта публичного управления могут быть самыми разными: физические действия, издание приказа, внесение информации в государственный реестр, устное требование и т.п. Определяющим в данном случае будет то, что решение должно быть завершенным (законченным) и носить волевой, односторонний характер, т.е. не представлять собой рефлекторное действие¹. Конечно, наиболее распространенным решением как видом административного акта будет письменный документ, подготовленный субъектом публичного управления и направленный (переданный) частному лицу для ознакомления (исполнения, использования и т.п.). Однако главным здесь является (пока на этом остановимся) некая деятельность, которая порождается (продуцируется) субъектом управления. Соответственно, можно утверждать, что если субъект публичного управления ничего не предпринимает, не совершает никаких действий (бездействует), то в таком случае он «не создает» и административный акт².

¹ См.: Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 40.

² Дополнительно см.: п. 6.4.1.

Однако из этого общего правила могут быть и исключения, в частности, в случаях, получивших в законодательстве название «молчаливого или административного согласия» или «фиктивного административного акта». Так, например, согласно ч. 1 ст. 26 Закона РК «О разрешениях и уведомлениях», в случае если разрешительный орган в сроки, определяемые в соответствии с настоящим Законом, не выдал заявителю разрешение и (или) приложение к разрешению либо не предоставил мотивированный отказ в их выдаче, с даты истечения сроков их выдачи разрешение и (или) приложение к разрешению считаются выданными и одновременно включаются разрешительным органом в государственный электронный реестр разрешений и уведомлений. Таким образом, «решения» как такового не было, но административный акт принят.

Решение, которое может быть отнесено к категории административного акта, должно быть также издано в **одностороннем порядке**, т.е. без согласования его содержания с адресатом. Это, естественно, не исключает определенной роли частного лица в данной сфере, но такая роль, в любом случае, не будет ограничивать право субъекта публичного управления на самостоятельное определение содержания административного акта. Так, например, для получения лицензии частное лицо должно обратиться с соответствующим заявлением и необходимыми документами к субъекту публичного управления, т.е. оно является инициатором начала процедуры подготовки и издания административного акта. Однако на этом его влияние на субъект публичного управления заканчивается. Каким будет решение по заявлению частного лица о выдаче лицензии будет зависеть уже исключено от субъекта управления, т.е. административный акт будет принят в одностороннем порядке. Дополнительно отмечу, что односторонность не означает произвола субъекта публичного управления. Понятно, что одностороннее решение субъекта публичного управления всегда должно приниматься в рамках закона, т.е. быть законным с формальной и материальной точек зрения.

Односторонний характер решения отличает административный акт от административного договора, представляющего собой двустороннее решение, т.е. такой документ, содержание которого согласовывается его сторонами перед его заключением (подписанием).

6.4.2.2. Решение, принимаемое административным органом, должностным лицом (субъектом публичного управления)

Административный акт может быть издан лишь представителем публичной власти, который выполняет публичные (государственные) задачи/функции, в том числе и субъектом делегированных полномочий – **субъектом публичного управления**. Частное лицо не может быть субъектом издания административного акта, за исключением случаев, когда ему делегированы отдельные властные полномочия.

ПРИМЕР

В соответствии со ст. 57 Закона РК «Об использовании воздушного пространства Республики Казахстан и деятельности авиации» командир воздушного судна (частное лицо) имеет право совершать действия и принимать решения, которые являются административным актом: отдавать распоряжения лицам, находящимся на борту воздушного судна, и требовать их исполнения; оформлять соответствующий акт о создании угрозы безопасности и (или) нарушении правил поведения на борту воздушного судна при выполнении полетов; применять все необходимые меры, в том числе меры принуждения, в отношении лиц, создающих своими действиями непосредственную угрозу безопасности полета.

Должностное лицо, которое не пребывает на государственной службе (например, находится в отпуске) также не может быть субъектом издания административного акта.

ИНТЕРЕСНО

Для отграничения публичного управления и субъектов его осуществления от других форм государственной деятельности и иных субъектов в немецкой юридической литературе продолжает использоваться сформулированное в конце XX в. Отто Майером так называемое **негативное определение публичного управления**, согласно которому – это такая деятельность государства, которая не является ни судопроизводством, ни законодательной, ни правительственной деятельностью¹. Иными словами, к субъектам публичного управления относятся те субъекты, которые не осуществляют законодательные, политические и судебные функции.

¹ См.: Mayer O. Deutsches Verwaltungsrecht. Berlin: Verlag von Duncker & Humblot. Bd 1. 1923. S. 7, 13.

6.4.2.3. Решение, связанное с применением нормы публичного (административного) права

Административный акт представляет собой официальное решение, принятое от имени субъекта публичного управления и основанное на нормах публичного (административного) права. В связи с этим решения субъектов публичного управления, в основе которых лежат нормы не административного, а, скажем, гражданского права (например, договор о покупке мебели для обеспечения функционирования органа власти), не могут признаваться административными актами. Ответить на вопросы, на нормах публичного (административного) или частного права, основано то или иное решение субъекта публичного управления, помогут теории разграничения публичного и частного права, о которых речь шла выше в подразделе 2.5.

6.4.2.4. Юридические последствия в виде установления прав или обязанностей для адресата

Применение административного акта, как было подчеркнуто выше, имеет своей целью осуществление регулирующего воздействия на частное лицо, что достигается путем предоставления ему прав или возложения обязанностей либо ограничений. Таким образом, административный акт вызывает определенный юридический эффект, изменяющий (позитивно или негативно) первоначальный правовой статус его адресата.

ВАЖНО!

В правоприменительной практике могут возникать трудности, связанные с установлением правовой природы действий полиции, связанных, например, с применением силы (резиновой дубинки) к участникам беспорядков. Возникает вопрос: применение силы – это административный акт или административное действие?

Ответ на данный вопрос является принципиальным с двух основных позиций: **во-первых**, с целью уточнения возможности/невозможности применения положений АППК, касающихся процедуры издания/принятия административного акта, к данной ситуации; **во-вторых**, для правильного определения вида иска, при помощи которого можно обжаловать в порядке административного судопроизводства данное действие/акт сотрудника полиции.

В национальной судебной практике и юридической доктрине сформулированный выше вопрос остается все еще без ответа, поэтому целесообразно обратиться к немецкому опыту. Господствующее мнение в немецкой литературе и постоянная судебная практика исходят из того, что применение силы полицией содержит в себе конклюдентное требование «претерпевай этот удар как правомерное государственное принуждение». Следовательно, и полицейские меры принуждения следует классифицировать как административные акты, что открывает путь к той же судебной защите, что и от всех других административных актов¹.

На мой взгляд, нет препятствий для использования подобного подхода в национальной теории и практике правоприменения для оценки правовой природы принудительных действий сотрудников полиции, признавая их административными актами.

6.4.2.5. Конкретно-индивидуальный характер

Административный акт всегда направлен на регулирование частного, **конкретного случая**, участником которого является четко определенное **индивидуальное лицо**, т.е. он является **конкретно-индивидуальным**². Этим он отличается от нормативного правового акта (абстрактно-общий акт), назначение которого – урегулировать неограниченное количество случаев в отношении неограниченного количества лиц (неопределяемое множество).

Конкретно-индивидуальный характер административного акта не означает, что такой акт касается исключительно одного человека. Он также может определять права и обязанности группы лиц, однако необходимо, чтобы эта группа с высокой степенью точности могла быть индивидуализирована (определена) к моменту издания такого акта³. Такие акты, считающиеся подвигом административного акта, получили в юридической литературе название **общего распоряжения**.

ВАЖНО!

Общее распоряжение может касаться не только регулирования поведения группы людей (**персональное общее распоряжение**), но также вопросов 1) определения/установления публично-правового статуса вещи или

¹ См.: Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 42.

² См.: Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 190.

³ См.: Коре-Перконе К. Признаки административного акта: в понимании Административно-процессуального закона Латвии и практики судов. С. 49.

2) пользования ею со стороны общества (**вещное общее распоряжение**). В первом случае, например, речь идет об определении статуса дороги как пешеходной или доступной для машин или статуса зеленых насаждений как парка. Во втором случае речь идет об общих распоряжениях, посредством которых определяется порядок пользования частными лицами объектами городской инфраструктуры – бассейнами, музеями, детскими садами и т.п. К данному виду также относятся дорожные знаки¹.

По своему юридическому характеру общее распоряжение, таким образом, является **конкретно-общим**, т.е., повторюсь, направлено на регулирование **конкретного случая**, участниками которого является группа частных лиц, количество последних может быть достаточно большим, но, тем не менее, определяемым.

ПРИМЕРЫ

1) Должностное лицо акимата принимает решение прекратить собрание, утратившее мирный характер.

2) Сотрудник полиции запрещает движение транспортных средств на отдельном участке автомобильной дороги из-за угрозы обрушения здания, находящегося вдоль дороги.

3) Запрет продажи алкогольных напитков в ночное время (с 22.00 до 10.00) на территории города Р.

В приведенных примерах регулирование является **общим**, поскольку такой запрет (предписание) направлен на большое количество лиц, которые, однако, могут быть достаточно четко определены (участники собрания; водители, которые проезжают мимо аварийного здания; владельцы продуктовых магазинов на территории города Р.), и одновременно **конкретным** (так как ограничение касается четко определенного дня и места проведения конкретного собрания, конкретного участка дороги, конкретной группы товаров (алкоголь) в конкретном месте), что и позволяет рассматривать запрет в качестве административного акта (**общего распоряжения**).

Таким образом, **отличительной особенностью** административного акта является не конкретность субъекта, на которого направлено его действие, а **конкретность предмета регулирования**².

¹ См.: Кесслер В. Общие распоряжения административных органов. С. 101–102.

² См.: Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 195.

6.4.2.6. Внешняя направленность действия

Важен и тот факт, что административный акт всегда имеет **внешнюю направленность**, касается лиц, организационно не связанных с издавшим его субъектом публичного управления. Адресатом данного вида акта всегда является частное лицо. «Случайное внешнее действие еще не квалифицирует меру как административный акт — необходима именно финальная направленность меры на внешнее действие. Административный орган также должен иметь умысел в отношении внешнего действия»¹.

Решения субъекта публичного управления, которые касаются его служащих или организации функционирования субъекта публичного управления, административными актами не являются. Они считаются **служебными распоряжениями**. С помощью служебных распоряжений может производиться обмен информацией между субъектами публичного управления, а также руководство ими со стороны высших по иерархическому положению органов или должностных лиц.

ВНИМАНИЕ!

В то же время важно указать, что иногда служебные распоряжения все же могут иметь внешние последствия, что превращает их в административный акт. Административными актами будут считаться такие организационные акты, которые лишают частных лиц возможности пользоваться так называемыми публичными учреждениями (например, закрытие школ, детских садов, кладбищ и т.п.). Эти организационные решения оказывают непосредственное влияние на основные права индивида, поэтому можно говорить об их внешнем влиянии, т.е. признавать их административными актами².

Решение субъекта публичного управления будет считаться внешним, т.е. относиться к числу административных актов, и в том случае, если оно будет направлено на государственного служащего, вызывая для него определенные юридические последствия в части его правового статуса как государственного служащего, ограничивая его право на государственную службу. В данном случае речь идет о решениях, связанных с увольнением государственного служащего с занимаемой должности;

¹ Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 209.

² См.: Копе-Перконе К. Признаки административного акта: в понимании Административно-процессуального закона Латвии и практики судов. С. 53.

о привлечении к дисциплинарной ответственности и т.п. В подобных ситуациях государственный служащий должен рассматриваться не как часть системы субъекта публичного управления, а как самостоятельный субъект правоотношения.

ПРИМЕР

В этом плане полезен и интересен опыт европейских стран, например, Латвии. Так, Административно-процессуальный кодекс Латвии предусматривает исключение, в частности, в отношении **«особо подчиненных учреждению лиц»**, которые более других должны подчиняться правилам внутреннего распорядка и служебным указаниям. Верховный Суд Латвии признал особо подчиненными учреждению лицами: чиновников, военнослужащих, судей, школьников и студентов, пользователей публичных учреждений (например, музеев, библиотек, бассейнов и т. п.), лиц, переданных на принудительное лечение или осужденных. В Административно-процессуальном законе Латвии относительно вышеупомянутой группы лиц указано, что административный акт – это также решение об установлении, изменении, прекращении правового статуса должностного лица, дисциплинарном наказании такого лица, а также другое решение, если оно существенно ограничивает права человека, должностного или особо подчиненного учреждению лица.

Такие решения считаются административными актами, так как более серьезно затрагивают права и правовые интересы соответствующих лиц. Это означает, что данные решения влияют на соответствующее лицо не только как на сотрудника учреждения, но и как на личность, следовательно, оказывают на него внешнее влияние¹.

Таким образом, **административный акт характеризуется** одновременным наличием следующих признаков:

- представляет собой решение;
- принимается административным органом, должностным лицом (субъектом публичного управления);
- направлен на применение / реализацию нормы публичного (административного) права;
- вызывает юридические последствия в виде установления прав или обязанностей для своего адресата;
- носит конкретно-индивидуальный характер;
- характеризуется внешней направленностью действия.

¹ См.: *Коре-Перконе К.* Признаки административного акта: в понимании Административно-процессуального закона Латвии и практики судов. С. 51.

6.4.3. Политическое решение и административный акт

Проблема разграничения политического решения и административного акта возникает редко, так как касается ограниченного круга субъектов публичного управления – Президента РК, правительства и министров. Это связано, в частности, с тем, что они являются одновременно субъектами и политической деятельности и публичного управления. Соответственно они могут принимать как политические решения, так и административные акты. Необходимость разграничения политического решения и административного акта возникает, как правило, в связи с их обжалованием. Политическое решение не может быть предметом проверки со стороны административного суда в части его законности (правомочности), а административный акт – может. В связи с этим как для судьи административного суда, так и для потенциального истца (частного лица) необходимо четко понимать, в каких случаях решение названных субъектов будет квалифицировано как политическое решение, а в каких – как административный акт.

ПРИМЕР

Президент РК издает указ об освобождении акима от должности: административный акт или политическое решение?

Президент РК распускает Парламент: административный акт или политическое решение?

Президент РК в своем обращении к народу требует от акимов своевременного выделения земельных участков для строительства школ: административный акт или политическое решение?

Как уже было отмечено выше, политическая деятельность не регулируется нормами административного права, следовательно, политическое решение не может быть направлено на их реализацию. Таким образом, политическое решение находится вне права вообще и административного права в частности.

ВАЖНО!

Интересной в связи с изложенным представляется позиция немецких авторов, которые пишут, что «многие действительно политические вопросы не регулируются правом и, за неимением правового регулирования, не подлежат судебному контролю. Но когда вопрос, считающийся политическим, внезапно подвергается правовому регулированию, он, очевидно, теряет свой сугубо политический характер и в любом случае превращается в правовой»

вопрос. Вторая коррективка касается требования нарушения субъективного права. Вопросы «высокой политики», если они в целом 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 нет опасений относительно того, что юстиция ограничит свободу действий исполнительной власти. Однако, если законодатель регулирует предмет, касающийся «высокой политики» таким образом, что он предоставляет лицу субъективные права, то с точки зрения правового государства, а также учитывая принцип разделения власти, ничто не противоречит возможности предоставления гражданину возможности защитить свои права в административном суде. Для предотвращения неопределенности, 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 Литве¹.

Исходя из изложенного, можно заключить, что **политическое решение** является противоположностью административного акта, поскольку:

- в основу политического решения положены не законодательные и другие нормативные правовые акты, а политическая воля, доверие, политическая конъюнктура и политическая культура;
- адресатом политического решения являются субъекты политической деятельности – политики, политические партии, политические органы;
- оно не вызывает непосредственных правовых последствий для частных лиц;
- реакцией на негативное (неверное, ошибочное, нецелесообразное) политическое решение может быть только политическая ответственность²;
- политическое решение не может являться предметом непосредственного исполнения со стороны субъектов публичного управления. Для его реализации необходимо принятие (издание) дополнительного юридического акта.

¹ 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.

² О политической ответственности см.: *Сапаргалиев Г.* Конституционное право Республики Казахстан: Академический курс. Изд. 3-е доп. С. 348–353.

6.4.4. Виды административных актов

Под категорию «административный акт» попадают различные по названию и особенностям юридического влияния на частных лиц решения субъектов публичного управления, это актуализирует вопрос распределения их на виды. Следует согласиться с существующим в литературе мнением, что классификация административных актов должна быть ориентирована прежде всего на нужды административного судопроизводства. В связи с этим целесообразно выделять следующие виды административных актов:

• **в зависимости от содержания предписания**, зафиксированного в административном акте, их можно разделить на: приказывающие, правоустанавливающие и подтверждающие.

Приказывающие административные акты содержат приказ или запрет, они указывают на определенный вид поведения или обязывают воздерживаться от определенных действий (решений).

ПРИМЕР

Распоряжение о приостановлении функционирования предприятия; распоряжение о прекращении мирного собрания; решение о запрещении иностранцу въезда в РК.

Правоустанавливающие административные акты устанавливают, изменяют или прекращают конкретные правоотношения.

ПРИМЕР

Предоставление гражданства; назначение лица на государственную службу; предоставление лицу права управлять транспортным средством.

Подтверждающие административные акты подтверждают наличие у лица определенного права или определенного, важного с точки зрения права, статуса. Такие акты подтверждают то, что уже фактически существует, придавая этому явлению юридическую обязательность. В отличие от правоустанавливающих,

административные акты этого вида не направлены на изменение правового положения.

ПРИМЕР

Подтверждение гражданства ребенка; подтверждение права гражданина на получение социальной помощи.

Следующим критерием классификации административных актов на виды можно считать **особенности их юридического воздействия на частных лиц**. В данном случае выделяются обременяющие и благоприятные административные акты. Эта классификация административных актов была принята за основополагающую разработчиками АППК и на сегодняшний день получила законодательное закрепление (пп. 3, 21 ч. 1 ст. 4 АППК). Практическое значение такого разделения актов состоит в том, что для них существуют различные правовое регулирование, процедуры принятия, процедуры отмены (и это главное), направленные на максимальную защиту прав, свобод и интересов частных лиц, к которым эти акты применяются.

ВАЖНО!

На базе данной классификации административных актов (обременяющие и благоприятные акты) построена система административных исков, которые закреплены в ст. 132–135 АППК. Соответственно для правильного определения способа защиты нарушенного или оспариваемого права необходимо изначально определиться: каким административным актом (обременяющим или благоприятным) нарушено или поставлено под угрозу то или иное право (свобода, интерес) частного лица.

Обременяющие административные акты отказывают в реализации, ограничивают, прекращают право частного лица или возлагают на него обязанность, а также иным образом ухудшают его положение (п. 3 ч. 1 ст. 4 АППК).

Обременяющий административный акт затрагивает свободу действий человека путем различного вмешательства в реализацию его конкретного права либо путем ограничения его возможности действовать свободно (путем вмешательства в общую свободу действий человека). Подобное вмешательство может быть правомерным только в том случае, если оно основано на законе (принцип законности) или – в случае дискреционных

полномочий – не является следствием ошибочного осуществления усмотрения¹.

ПРИМЕР

В качестве обременяющих административных актов выступают все запреты, приказы субъекта публичного управления, увольнение государственного служащего; решение об отказе в выдаче лицензии, разрешения; требование оплатить (доплатить) налог и т.п.

Административный акт может **одновременно** быть и **обременяющим**, и **благоприятным** для частного лица, т.е. содержать ограничения и предоставлять определенные блага.

ПРИМЕР

Лицо подало заявление на получение социальной помощи в размере 80 000 тенге. Заявление было удовлетворено (решение о предоставлении социальной помощи является благоприятным), однако размер выплаты был сокращен до 40 000 тенге (решение о выплате 40 000 тенге является обременяющим).

Отдельно следует обратить внимание и на **административные акты, действие которых распространяется на третьих лиц**. Такие акты затрагивают права, свободы или законные интересы не только непосредственного адресата, но и третьих лиц. В данном случае может иметь место благоприятный административный акт, несущий обременение для третьих лиц. В обременительной части такой акт может быть проверен административным судом на предмет его законности (правомерности) для третьего лица по его иску.

ПРИМЕР

Предоставление лицу разрешения на строительство торгового центра представляет собой благоприятный акт для строительной компании, но одновременно может нести в себе ограничения (обременения) для частного лица, проживающего в непосредственной близости к строительной площадке.

Благоприятные административные акты – акты, реализующие право частного лица или прекращающие возложенную на

¹ См.: Раймерс В. Виды административных актов // Ежегодник публичного права 2021: Инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 79.

него обязанность, а также иным образом улучшающие его положение (п. 21 ч. 1 ст. 4 АППК).

ПРИМЕР

Разрешение на приобретение огнестрельного оружия; приказ о зачислении на государственную службу; решение о предоставлении финансовой помощи субъекту предпринимательской деятельности; выдача лицензии; постановка на учет гражданина, нуждающегося в жилище, и т.п.

6.4.5. Связанные административные акты и дискреционные административные акты

Наряду с перечисленными выше видами (классификационными группами) административных актов в юридической литературе можно встретить и иные подходы к их группированию, среди которых практически релевантным представляется выделение связанных административных актов и дискреционных административных актов¹, что соответствует положениям АППК (ст. 11).

Связанный административный акт представляет собой такое решение субъекта публичного управления, которое издается в обязательном порядке в случае выполнения (наступления) условий, зафиксированных в диспозиции правовой нормы. При выполнении (наступлении) таких условий у субъекта публичного управления отсутствует свобода выбора. Он должен действовать четко и строго в рамках, установленных нормой права.

ПРИМЕР

В соответствии с ч. 3 ст. 22 Закона РК «О правовом положении иностранцев» иностранцам, ранее выдворенным из Республики Казахстан, запрещается въезд в Республику Казахстан в течение пяти лет со дня исполнения решения суда о выдворении. Иными словами, если иностранец, который ранее был выдворен из РК (и не прошло 5 лет со дня начала исполнения решения суда о его выдворении) – **диспозиция правовой нормы**, – будет въезжать на территорию страны, то административный орган обязан выдать единственно возможный административный акт – запрет на въезд в Республику (**санкция/последствие правовой нормы**). Административный орган не имеет в подобной ситуации усмотрения, т.е. возможности выбора варианта административного акта. Закон обязывает (связывает) его, требуя принятия лишь акта о запрете на въезд.

¹ См.: Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 52.

Дискреционные административные акты, или административные акты на основании административного усмотрения¹, представляют собой принципиально иную юридическую конструкцию, в рамках которой субъект публичного управления наделен правом самостоятельного решения, какой именно административный акт (с каким содержанием) будет им издан в той или иной ситуации. Возможность принятия различных по содержанию административных актов обусловлена санкцией (частью нормы, которая содержит последствие) соответствующей нормы, которая предоставляет субъекту публичного управления возможность выбрать один из нескольких вариантов реакции на поведение частного лица или на определенное событие, которое произошло.

ПРИМЕР

В соответствии со ст. 27 Закона РК «О правовом положении иностранцев» иностранцу, нарушающему законодательство о правовом положении иностранцев, может быть сокращен установленный ему срок пребывания в Республике Казахстан.

Если иностранец нарушает законодательство о правовом положении иностранцев (в зависимости от сути нарушения), данная норма предоставляет субъекту публичного управления право – принять один из вариантов административного акта, который допускается этой нормой, а именно:

- не сокращать срок пребывания в связи с незначительностью совершенного нарушения;
- сократить срок пребывания до одного месяца;
- сократить срок пребывания до одной недели;
- сократить срок пребывания до одного дня.

6.4.6. Административный акт, затрагивающий права большого количества лиц

Отдельным видом административного акта является акт, затрагивающий права большого количества лиц. К подобным актам относятся прежде всего те, на основании которых реализуются крупные инфраструктурные проекты, например строительство аэропорта, завода по переработке мусора, автомобильной магистрали и т.д. Очевидно, что подобные проекты затрагивают права

¹ Об административном усмотрении подробнее см. подразделы 4.4.5, 6.4.5.

частных лиц, следовательно, необходимо существование совершенных и взвешенных процедур издания таких актов. В казахстанском законодательстве сейчас нет норм, регулирующих порядок разработки и принятия административных актов, затрагивающих права большого количества людей. В этой связи особого внимания заслуживает Рекомендация № R(87)16 Комитета министров Совета Европы государствам-членам в отношении административных процедур, затрагивающих права большого количества лиц¹, которой должны руководствоваться национальные субъекты публично-го управления в процессе своей правоприменительной работы.

Административный акт, касающийся большого количества лиц, должен приниматься по завершении процедуры согласования позиций сторон. Если субъект публичного управления предлагает принять такой административный акт, заинтересованные лица должны быть проинформированы способом, подходящим для таких обстоятельств, и ознакомлены с данными, которые дают им возможность оценить потенциальные последствия такого акта для их прав, свобод и интересов.

Учитывая цели и последствия будущего административного акта, права частных лиц, которые он затрагивает, статус или количество заинтересованных лиц, а также необходимость обеспечения эффективности административной деятельности, субъект публичного управления может продолжить согласование позиций сторон путем одной или нескольких из следующих процедур:

- обмен письменными замечаниями;
- проведение закрытых или открытых слушаний;
- представительство в совещательном органе².

Субъект публичного управления должен учесть факты, аргументы и доказательства, представленные ему заинтересованными лицами при процедуре согласования позиций сторон. Обязанность принимать во внимание данные замечания должна иметь как процедурное измерение (орган власти должен оценить реле-

¹ См.: Об административных процедурах, затрагивающих права большого количества лиц: рекомендация № R(87)16 Комитета министров Совета Европы государствам-членам. URL: <https://docs.cntd.ru/document/90199590>

² См.: Об административных процедурах, затрагивающих права большого количества лиц: рекомендация № R(87)16 Комитета министров Совета Европы государствам-членам. URL: <https://docs.cntd.ru/document/90199590>

вантность и суть поданных замечаний и возражений), так и материальный аспект (после этого органу власти не следует радикально отклоняться от сущности проекта, о котором были поставлены в известность заинтересованные лица). Административный акт должен быть доведен до сведения граждан.

6.4.7. Основные критерии законности (правомерности) административного акта

Административный акт является законным при условии, что во время его принятия были соблюдены все требования, определенные в законе или ином нормативном правовом акте. Следовательно, административный акт считается незаконным (противоправным), если его положения не согласуются с положениями соответствующих нормативных актов, на реализацию которых он направлен.

Вместе с тем административный акт может быть признан незаконным не только в связи с неправильным толкованием или применением норм права, но и в связи с неполным выяснением (изучением) фактов, положенных в его основу.

ВАЖНО!

Часть 1 ст. 72 АПК: Административный орган, должностное лицо обязаны принять меры для всестороннего, полного и объективного исследования фактических обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения административного дела.

Административный акт является законным (правомерным), если:

- 1) имеют место правовые основания для его принятия (правовое уполномочивание на принятие административного акта);
- 2) при его принятии соблюдены все требования касательно компетенции, процедуры издания административного акта, формы и т.д. (формальные требования);
- 3) содержание административного акта не противоречит действующим нормативным правовым актам (материальные требования)¹.

¹ См.: *Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht. 10 Auflage. München: Verlag C-H- Beck, 2012. S. 185–192.*

Сформулированные **условия законности** административного акта, таким образом, **могут быть сведены к трем группам требований**. Как субъекты издания административного акта, так и субъекты, уполномоченные осуществлять проверку законности принятого административного акта (вышестоящий субъект публичного управления и / или административный суд), должны знать содержание этих условий (требований) законности административного акта и проверять их перед принятием соответствующего решения. Рассмотрим содержание трех условий законности/правомерности административного акта более детально.

6.4.7.1. Правовое уполномочивание на издание административного акта

В соответствии с ч. 4 ст. 3 Конституции РК «государственная власть в Республике едина, осуществляется на основе Конституции и законов»; это обязывает субъектов публичного управления основывать свои решения (административные акты) на соответствующих конституционных или законодательных положениях. Изложенным в очередной раз подтверждается мысль о том, что исходным критерием и первоосновой для субъектов публичного управления выступает именно Конституция¹.

Необходимо также обратить внимание и на те положения Конституции РК, в которых речь идет об условиях ограничения основных прав и свобод человека и гражданина. Для такого ограничения требуется закон.

ПРИМЕР

Часть 1 ст. 21 Конституции РК: Каждому, кто законно находится на территории Республики Казахстан, принадлежит право свободного передвижения по ее территории и свободного выбора местожительства, кроме случаев, оговоренных **законом**.

Часть 1 ст. 25 Конституции РК: Жилище неприкосновенно. Не допускается лишение жилища иначе как по решению суда. Проникновение в жилище, производство его осмотра и обыска допускаются лишь в случаях и в порядке, установленных **законом**.

¹ См.: Шлоер Б. Виды конституционных норм (укр.) // Український правовий часопис. 2003. № 2 (7). С. 79.

Иными словами, речь идет о следующем принципе: никакого решения или действия без законодательной основы. При этом следует подчеркнуть, что право на принятие административного акта может быть закреплено за субъектом публичного управления не только законом – общим или специальным, функция нормативного уполномочивания также может быть выполнена посредством иных нормативных правовых актов, например указов Президента РК, постановлений Правительства и др., если они приняты на основании и во исполнение Конституции и законов РК.

Исходя из этого, можно констатировать, что первым условием законности административного акта является **наличие законодательной (нормативной) основы для его принятия**. Нормативный правовой акт, точнее говоря, отдельная конкретная норма, часть или пункт статьи этого акта, должен санкционировать/разрешить субъекту публичного управления принять соответствующий административный акт, т.е. недостаточно иметь какой-либо закон, разрешающий субъекту публичного управления принимать административный акт, необходим закон, который является релевантным к правоотношению, которое возникло или возникнет. Так, если речь идет о принятии административного акта в сфере землепользования, уполномочивающая норма, скорее всего, будет закреплена в Земельном кодексе РК.

ПРИМЕР

В городе Р. проводится мирное собрание, посвященное вопросам экологической безопасности. Министр экологии, геологии и природных ресурсов Республики Казахстан принимает административный акт, направленный на досрочное прекращение мирного собрания. Такой административный акт должен быть признан незаконным в силу отсутствия для него законодательного основания, так как Закон РК «О порядке организации и проведения мирных собраний в Республике Казахстан» уполномочивает на принятие административного акта о прекращении мирного собрания только представителя местного исполнительного органа, сотрудников правоохранительных органов.

6.4.7.2. Формальные требования к административному акту

Формальные требования к административному акту охватывают собой те аспекты, которые характеризуют акт, скажем так, с внешней стороны, показывают его особенности и способ проявления во внешней среде; объясняют – каким образом субъект публичного управления пришел к такому решению (акту).

При издании административного акта должен учитываться ряд формальных требований:

1) компетенции субъекта публичного управления

ВАЖНО!

Часть 1 ст. 7 АППК: Административный орган, должностное лицо осуществляют административные процедуры в пределах своей **компетенции** и в соответствии с Конституцией Республики Казахстан, настоящим Кодексом и иными нормативными правовыми актами Республики Казахстан.

Часть 2 ст. 44 АППК: При принятии вопроса к своему рассмотрению должностное лицо государственного органа должно убедиться, что решение поставленного вопроса находится в **компетенции** данного органа или этого должностного лица.

Компетенция может быть следующих видов:

- **территориальная компетенция:** требует издания административного акта тем субъектом публичного управления, сфера полномочий которого распространяется на определенное место (область, район, город, район в городе, сельский округ, поселок, село) возникновения, изменения или прекращения соответствующих правоотношений. Цель данного регулирования состоит в том, чтобы в процедурах, имеющих отношение к определенному населенному пункту, решение в деле принимал ближайший к месту субъект публичного управления, так как он, по всей вероятности, владеет наиболее достоверными сведениями, относящимися к делу, в том числе о данной местности, либо по меньшей мере имеет к ним доступ¹.

¹ Цит. по: Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 73.

ВАЖНО!

В то же время в Республике Казахстан имеет место тенденция, связанная с введением в действие (в сфере государственных услуг) принципа экстерриториальности¹, позволяющего гражданину получить услугу, а субъекту публичного управления, соответственно, издать административный акт без привязки к месту проживания частного лица.

- **предметная компетенция:** определяет – какие вопросы может решать тот или иной субъект публичного управления. Она регламентируется нормативными актами, закрепляющими правовой статус субъекта публичного управления;
- **инстанционная компетенция:** определяет – какой именно субъект публичного управления в рамках соответствующей иерархической системы имеет право принимать решения (административный акт) по конкретному вопросу;
- **функциональная компетенция:** определяет – какое должностное лицо конкретного субъекта публичного управления может решать тот или иной вопрос. Она, как правило, обуславливается функциональными обязанностями, утверждаемыми руководителем соответствующего органа.

Нарушение субъектом публичного управления требований, относящихся к компетенции, может стать причиной признания административного акта противоправным. Это в первую очередь касается случаев, когда нарушаются требования компетенции, закрепленные в законах. Таким образом, нарушение функциональной компетенции не приводит к автоматическому признанию административного акта противоправным, поскольку она определяется самостоятельно субъектом публичного управления.

2) процедура издания административного акта

Процедура издания административного акта получила закрепление в АППК, в частности в разделе 3, который содержит значительное количество норм, касающихся данного аспекта.

¹ См.: Концепцию развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года: построение «человекоцентричной» модели – «Люди прежде всего»: утв. указом Президента Республики Казахстан от 26 февраля 2021 г. № 522.

Наиболее важными процедурными требованиями, которые должны быть соблюдены субъектом публичного управления во время подготовки и принятия административного акта, **являются следующие**:

- правоспособность и дееспособность участника административной процедуры (ст. 19 АППК);
- уведомление в административной процедуре (ст. 66 АППК);
- отвод (самоотвод) должностного лица (ст. 67 АППК);
- представительство в административной процедуре (ст. 68 АППК);
- прекращение административной процедуры (ст. 70 АППК);
- исследование фактических обстоятельств дела (ст. 72 АППК);
- заслушивание (ст. 72 АППК);
- сроки административной процедуры (ст. 76 АППК);
- доведение административного акта до сведения участника административной процедуры (ст. 81 АППК).

ВАЖНО!

Если принятый административный акт не был надлежащим образом **доведен до сведения** его адресата, он (акт) должен быть квалифицирован как административное действие, направленное на «подготовку к регулированию»¹.

3) форма административного акта

Системный анализ ст. 78 АППК позволяет сделать вывод, что административный акт может быть издан/принят в различных формах – письменной (**бумажной и (или) электронной**), устной и иной форме. Однако определяющими в данном случае будут положения специальных нормативных актов, которые предписывают конкретную форму для того или иного административного акта. Иными словами, если нормативный правовой акт четко предписывает конкретную форму для административного акта, то последний может быть издан/принят только в этой предписанной для него форме.

¹ См.: Херрманн Т. Реальный акт в административном праве: административная деятельность в конфликте между административным актом и административным частным праве. С. 374.

Часть 2 ст. 78 АППК вводит требование касательно того, что административный акт принимается **исключительно в письменной (бумажной и (или) электронной) форме**, если административная процедура возбуждена на основании обращения.

Очевидно, что наиболее распространенной формой административного акта является **письменная**. Благодаря этому обеспечивается его юридическая определенность, однозначность восприятия зафиксированных положений, а также облегчается возможная проверка его законности. При этом необходимо помнить, что под письменной формой понимается любой способ фиксации распоряжения (требования) субъекта публичного управления, выданного с целью регулирования конкретного случая в сфере публичного управления. Таким образом, письменным административным актом может быть признан и ответ субъекта публичного управления частному лицу в виде официального письма.

Следует также обратить внимание на тот факт, что в современных условиях, учитывая уровень развития техники и внедрение Государственной программы «Цифровой Казахстан»¹, стало возможным издание административных актов и в **электронной форме** (подвид письменной формы административного акта). Базовые положения касательно электронного документа и требований, предъявляемых к его форме, закреплены в Законе РК «Об электронном документе и электронной цифровой подписи», где под **электронным документом** понимается документ, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме и удостоверена посредством электронной цифровой подписи. Иными словами, обязательным требованием к административному акту в электронной форме является наличие в таком документе **электронной цифровой подписи**, т.е. набора электронных цифровых символов, созданного средствами электронной цифровой подписи и подтверждающего достоверность электронного документа, его принадлежность и неизменность содержания².

¹ См.: Об утверждении Государственной программы «Цифровой Казахстан»: постановление Правительства Республики Казахстан от 12 декабря 2017 г. № 827. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/P1700000827>

² См.: Об электронном документе и электронной цифровой подписи: закон Республики Казахстан от 7 января 2003 г. № 370 // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2003. № 1-2. Ст. 1.

АППК также допускает случаи, в которых возможно принятие административного акта в **устной** или **иной форме**, а именно:

- если требуется защита прав, свобод граждан и юридических лиц, общественных или государственных интересов;
- в иных случаях, предусмотренных законами Республики Казахстан (ч. 3 ст. 78).

Важно!

Под **устной формой административного акта** следует понимать речевой способ (речевую форму) его фиксации / внешнего оформления (проявления). Или, иными словами, устная форма – это произнесенное при помощи голосового аппарата (голоса, речи) решение, которое воспринимается его адресатом прежде всего при помощи органов слуха.

Под **иной формой административного акта** следует понимать такие формы его закрепления/выражения, как:

- посредством действий уполномоченного лица;
- посредством специальных жестов уполномоченного лица, как отдельной разновидности действий;
- посредством статически зафиксированных знаков, надписей, изображений и т.п.;
- посредством шрифта Брайля;
- посредством звуковых сигналов, воспроизведенных при помощи технических средств и без непосредственного участия человека;
- посредством световых сигналов.

Комментируя данные положения, прежде всего необходимо обратить внимание на тот факт, что основанием для принятия **устного административного акта** будет невозможность (в данных конкретных условиях) принятия письменного административного акта, что может быть обусловлено необходимостью срочного (оперативного) реагирования на происходящие события и/или действия частных лиц.

ПРИМЕР

В соответствии с п. 5 ч. 3 ст. 33 Закона РК «О гражданской защите» спасатель имеет право ограничить или временно запретить доступ граждан на отдельные участки, территории, в помещения зданий в целях обеспечения их безопасности. В данном случае запрет (административный акт) может быть принят лишь в устной форме, которая обусловлена быстротечностью событий и необходимостью оперативного реагирования на происшествие.

Административный акт может существовать и в **форме молчаливого согласия** (административного молчания), о котором

как основании для действий частного лица упоминается в законах, регламентирующих деятельность субъектов публичного управления. Молчаливое согласие (административное молчание) в теории административного права характеризуется как **фикция административного права**, согласно которой в случае неприятия административным органом по заявлению частного лица административного акта в установленный законом срок или в рамках разумного срока заявление считается «отклоненным» или «удовлетворенным», т.е. в условиях отсутствия позиции административного органа делается вывод относительно принятия или неприятия административного акта. Случаи возможности (допустимости) молчаливого согласия (административного молчания) должны быть установлены в законе¹.

ПРИМЕР

В соответствии с ч. 5 ст. 100 АППК в случае, если орган, рассматривающий жалобу, в сроки, установленные настоящим Кодексом, не принял решение по результатам рассмотрения жалобы, то с даты истечения сроков **считается**, что орган, рассматривающий жалобу, отказал в удовлетворении жалобы.

Решение субъекта публичного управления, оформленное в виде молчаливого согласия (административного молчания), получило в литературе название **фиктивного административного акта**².

ВАЖНО!

Молчаливое согласие (административное молчание) может быть **правомерным и неправомерным**. В случае правомерного молчания неприятие субъектом публичного управления административного акта по заявлению частного лица является одним из его дискреционных полномочий. Иными словами, субъект управления может / имеет право издать административный акт как путем осуществления активных действий (подготовка письменного документа, его отсылка адресату), так и путем бездействия (молчания). Правомерное молчание не создает негативных последствий для субъекта

¹ См.: *Гамбарян А., Мурадян М., Шакарян Т.* Молчание административного органа и административные фиктивные акты // Ежегодник публичного права 2021: Инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 163, 164.

² См.: *Maurer H.* Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 248; *Хван Л.* Фиктивный административный акт: перспективы регуляции в странах Центральной Азии // Ежегодник публичного права 2016: Административный акт. М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. 120.

публичного управления, так как в данном случае не нарушаются права частного лица вследствие существования фиктивного административного акта. **Неправомерное административное молчание** присутствует в тех случаях, когда субъект публичного управления не обладает дискреционными полномочиями на принятие административного акта, т.е. в разумный срок должен вынести решение об удовлетворении заявления лица или об отказе в его удовлетворении. Если субъект управления в предусмотренный срок не исполняет ни одной из указанных обязанностей, то проявляет неправомерное бездействие¹.

Требование о необходимости соблюдения определенной формы административных актов носит конститутивный характер, поэтому его исполнение имеет принципиальное значение. Так, если решение об отводе земельного участка под строительство не закреплено в письменной форме (такая форма для этого решения обязательна), считается, что такого акта не существует. Другими словами, субъект публичного управления обязан четко соблюдать требования нормативных правовых актов, предъявляемые к форме конкретного административного акта, если она в них определена.

4) обоснованность административного акта

В соответствии с ч. 1 ст. 79 АПК, которая устанавливает общие требования к административному акту, последний должен быть **обоснованным**. Данное требование является формальным; оно не зависит от того, является ли обоснование юридически правильным².

Обоснование принятого административного акта выполняет несколько важных задач: во-первых, повышается доверие к субъекту публичного управления, который посредством обоснования излагает причины и основания принятия соответствующего решения; во-вторых, снижается уровень коррупционности в сфере публичного управления, так как обосновать неверный (коррупционный) административный акт чрезвычайно сложно; в-третьих, обоснование административного акта облегчает по-

¹ См.: Гамбарян А., Мурадян М., Шакарян Т. Молчание административного органа и административные фиктивные акты. С. 164, 165.

² См.: Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 86.

следующий административный и/или судебный контроль в случае обжалования участником административной процедуры принятого административного акта.

Таким образом, административный акт должен содержать обосновательную часть (п. 4 ч. 1 ст. 80 АППК), в которой излагаются существенные фактические и юридические причины решения субъекта публичного управления. «В этом отношении орган должен, с одной стороны, изложить существенные обстоятельства дела, определенные им в качестве фактической основы решения, но также указать примененные законодательные акты и обосновать их применение в данном случае. В решениях, принятых по усмотрению, орган, насколько это возможно, должен также привести соображения для своего дискреционного решения»¹.

Часть 2 ст. 80 АППК предусматривает случаи, когда **обоснование административного акта**, принятого в письменной (бумажной и (или) электронной) форме, **не требуется**:

1) административный орган, должностное лицо принимают благоприятный административный акт, не затрагивающий права, свободы и законные интересы других лиц;

2) административный орган, должностное лицо принимают идентичные административные акты об одном предмете в количестве более чем пять административных актов непрерывно в течение тридцати календарных дней или опубликовывают административные акты в средствах массовой информации, включая размещение на интернет-ресурсах, и необходимость в обосновании в каждом случае отсутствует;

3) в иных случаях, предусмотренных законами Республики Казахстан.

5) ясность (определенность) административного акта

Часть 2 ст. 79 АППК устанавливает правило, согласно которому административный акт должен быть **ясным** для понимания, обеспечивать единообразное применение, исчерпывающе определять круг лиц, на которых распространяется его действие.

¹ Там же.

Ясность (определенность) административного права является производной от принципа **юридической определенности**, который требует от публичной власти, в том числе, субъектов публичного управления, чтобы принимаемые ими решения были легкими для понимания обычным гражданином (не юристом), не содержали в себе двусмысленные формулировки и сложные юридические конструкции, поскольку всё это может вызвать сложности в процессе руководства данным актом¹. Как было отмечено выше, требования ясности (определенности) касается также и вопроса о том, на кого распространяет свое регулирующее влияние административный акт. В этой части административный акт также должен быть ясным (определенным).

Завершая анализ формальных требований к административному акту, необходимо обратить внимание на тот факт, что нарушение далеко не каждого из них приводит к признанию административного акта незаконным. В этой части действует **следующее правило**: правильный по существу административный акт **не может быть признан незаконным по одним лишь формальным основаниям** (абз. 2 ч. 1 ст. 84 АППК). Лишь в том случае, если формальное нарушение могло с высокой долей вероятности привести к принятию иного по своему содержанию административного акта, это может быть достаточным основанием для признания такого акта незаконным.

ПРИМЕР

Если субъект публичного управления нарушил установленный срок принятия административного акта, приняв его на несколько дней позже, чем предписывал закон, то такое нарушение, очевидно, не повлияет на содержание самого акта.

Если же субъектом публичного управления были проигнорированы требования, касающиеся обязательного заслушивания участника административной процедуры, в отношении которого был принят обременяющий административный акт, то такое нарушение необходимо признать существенным (адресат административного акта не смог предоставить свои возражения, возможно, доказательства и т.п.), что с высокой долей вероятности привело к принятию иного по существу (содержанию) административного акта.

¹ См.: Мельник Р.С. Предмет толкования в контексте административного акта // Ежегодник публичного права 2016: Административный акт. – М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. 90.

ИНТЕРЕСНО

Положение о влиянии процедурных и формальных ошибок на законность/незаконность административного акта более четко сформулировано в немецком законе об административной процедуре, где в ст. 46, в частности, сказано: невозможно потребовать отмены административного акта, который в соответствии со ст. 44 не является ничтожным, лишь на том основании, что он издан с нарушениями правил о процедуре, форме или территориальной компетенции, если очевидно, что нарушение не оказало влияния на принятие решения по делу¹.

6.4.7.3. Материальные требования к административному акту

В материальном отношении административный акт является правомерным тогда, когда лежащая в его основе норма права была применена безошибочно. Материальные требования к административному акту, таким образом, касаются его содержательной стороны (внутреннего наполнения). Эта группа требований является производной от первого условия законности административного акта – уполномочивания на издание административного акта, поскольку данная норма определяет не только допустимость принятия административного акта, но и предусматривает также: 1) при каких условиях (фактических обстоятельствах) может быть принят административный акт и 2) какие правовые последствия являются допустимыми.

Таким образом, при издании административного акта должны учитываться следующие **материальные требования**:

1) условия (фактические обстоятельства), которые закреплены в уполномочивающей норме (нормах). Как уже было отмечено выше (см. п. 3.2) большинство норм административного права имеет следующую структуру: «**если...** – **то...**»; это означает, что **если** субъектом правоотношения выполнены определенные условия (например, поданы все необходимые документы для получения лицензии), **то** может/должен наступить определенный правовой результат (решение о выдаче лицензии).

¹ См.: Сборник законов об административных процедурах. М.: Инфотропик Медиа, 2016. С. 150.

Таким образом, субъект публичного управления обязан изучить диспозицию соответствующей правовой нормы (может потребоваться анализ и нескольких норм), условия ее применения, надлежащим (правильным) образом осуществить толкование ее (их) положений¹, в том числе и неопределенных юридических понятий, и, в конце концов, провести **субсумпцию**², т.е. **подчинить конкретную совокупность фактов/обстоятельств дела соответствующей правовой норме, сделав обоснованный вывод о возможности/невозможности ее применения к конкретному административному правоотношению.**

ВАЖНО!

Выше было сказано, что субъект публичного управления в процессе подготовки к принятию административного акта обязан осуществить толкование неопределенных юридических понятий (например, таких как: общественная безопасность, крайняя необходимость, целесообразность и др.). Результат такого толкования может быть проверен административным судом в полном объеме. Поэтому суд в принципе всегда может прийти к выводу о том, что норму необходимо было понимать иначе, чем это предполагал административный орган в своем решении³.

Принимая во внимание изложенное, субъекты публичного управления должны внимательно и чрезвычайно взвешенно подходить к толкованию таких понятий и быть готовыми объяснить административному суду, в связи с чем и каким образом, они (субъекты) пришли именно к такому пониманию данного понятия.

Итак, субъект публичного управления имеет право принять административный акт только в случае выполнения (соблюдения) всех условий, сформулированных в уполномочивающей норме права.

ПРИМЕР

Согласно п. 3 ч. 1 ст. 32 Закона РК «О разрешениях и уведомлениях», **если** заявитель не соответствует квалификационным требованиям, **то** орган лицензирования принимает отказ в выдаче лицензии и (или) приложения к лицензии.

Следуя требованиям данной нормы, орган лицензирования перед принятием административного акта – отказа в выдаче лицензии и (или) прило-

¹ О способах толкования норм права см.: Соколов Е., Росснер С., Мельник Р. *Немецкая методика права*. С. 29 и след.

² Детальнее об этом см.: Соколов Е., Росснер С., Мельник Р. *Немецкая методика права*. С. 10 и след.

³ См.: Пуделька Й. *Административное право Германии*. Т. 1: *Право административных процедур. Общее административное право*. С. 88.

жения к лицензии – обязан собрать фактические данные, которые характеризуют лицензиата; определить содержание понятия «квалифицированные требования»; осуществить субсумпцию, т.е. сделать вывод о том, что данный лицензиат, исходя из обстоятельств дела, не соответствует квалификационным требованиям.

2) отсутствие ошибок в применении административного усмотрения. Субъект публичного управления при выполнении условий, предусмотренных в уполномочивающей норме, может принимать административные акты двух видов: **связанные** и **дискреционные**. Поэтому он обязан установить: административный акт какого вида он обязан принять в данном конкретном случае. Если норма права предоставляет ему возможность принять **дискреционный административный акт**, то он при выборе конкретного содержания своего решения, обязан принять во внимание требования, закрепленные в ст. 10, 11 АППК.

Субъект публичного управления обязан избегать нарушений в сфере применения административного усмотрения, которые чаще всего могут иметь следующие проявления:

- **превышение полномочий на применение дискреции** имеет место тогда, когда субъект публичного управления избирает юридическое последствие, находящееся за пределами дискреционного правила/нормы, уполномочивающего на дискрецию;

- **неприменение / недостаточное применение дискреции** имеет место, когда административный орган не использует предоставленные ему полномочия применить дискрецию, например, по легкомыслию или по ошибочному предположению, что в силу обязательности нормы он имел право на (без)деятельность;

- **злоупотребление дискрецией** имеет место, когда ее осуществление не направлено на предусмотренные законом цели или когда при ее осуществлении должным образом не учтены соответствующие критические аспекты. Полномочия всегда предоставляются субъекту публичного управления не в его собственных интересах и не в интересах отдельного гражданина, а в целях удовлетворения публичных интересов. Если субъект применения

дискреции использует полномочия в иных целях, чем достижение публичного интереса, то он действует противоправно¹.

ВАЖНО!

Нарушение перечисленных выше требований (условий) может привести к признанию административного акта незаконным (противоправным), однако такой акт будет оставаться действующим и подлежащим исполнению, до тех пор, пока административный орган, должностное лицо или суд не установят обратное в соответствии с законодательством Республики Казахстан (ч. 2 ст. 13 АППК), или он не будет отменен в порядке ст. 84 АППК.

6.4.7.4. Момент оценки законности (правомерности) административного акта

Моментом оценки законности административного акта является время (дата) его издания. Изменения в последующих обстоятельствах или нормах права, положенных в основу административного акта, не могут повлиять на законность или незаконность принятого административного акта. Это в первую очередь касается актов, имеющих одноразовое применение (например, выплата единовременного пособия).

Если речь идет об административном акте, действующем в течение определенного времени (решение о ежемесячной выплате субсидии), изменение обстоятельств или норм права, положенных в основу принятия такого акта, должно подвергаться дополнительной оценке. Подобную ситуацию следует рассматривать с двух основных позиций. С формальной точки зрения административный акт в момент его издания был законным. Что касается материально-правовой точки зрения, то акт, учитывая изменение фактических условий или соответствующих норм права, положенных в его основу, становится незаконным. В связи с этим возникает вопрос: а должен ли изначально законный административный акт быть изменен или отменен субъектом публичного управления после возникновения названных обстоятельств? Ответ должен быть сформулирован с учетом положений ст. 13 АППК (Охрана права

¹ См.: *Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 149; Брэбан Г. Французское административное право / пер. с фр. Д.И. Васильева, В.Д. Карповича; под ред. и со вступ. ст. С. В. Боботова. С. 193.*

на доверие) и ст. 84, 85 АППК, защищающих частное лицо от негативных последствий отмены административного акта.

Первоначально законный административный акт, изданный в пользу частного лица, не может быть автоматически отменен только на основании изменения фактических или юридических оснований, наступивших после вступления в силу. Отмена первоначально законного административного акта может иметь место только тогда, когда закон прямо обяжет субъекта публичного управления к этому, или такой акт был издан на основе правового акта, признанного неконституционным (п. 1 ч. 6 ст. 84 АППК). В том же случае, если отмена административного акта находится в сфере усмотрения субъекта публичного управления, последний должен учитывать необходимость охраны (обеспечения) приоритета прав частного лица (ст. 12 АППК). При отмене такого административного акта частное лицо имеет право обратиться в суд с требованием о возмещении нанесенного ему ущерба (ч. 4 ст. 84 АППК).

ВАЖНО!

В соответствии с ч. 2 ст. 13 АППК административный акт, в том числе и административное действие (бездействие), считаются **законными** и **обоснованными** до тех пор, пока административный орган, должностное лицо или суд не установят обратное в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

В данном случае речь идет о **презумпции законности (правомерности) административного акта**, которая требует от всех участников соответствующего правоотношения безусловного исполнения принятого административного акта, даже если они считают его незаконным. Исключение составляют лишь **ничтожные административные акты**¹, которые не подлежат исполнению.

6.4.8. Ошибки в процедуре издания административного акта. Содержательные ошибки административного акта

В процессе подготовки и принятия административного акта субъектом публичного управления могут быть допущены ошибки, влекущие различные юридические последствия. Одни ошибки могут привести к ничтожности административного акта и,

¹ О ничтожных административных актах см. подробнее: 6.4.8.

следовательно, к его недействительности, другие – не влекут за собой подобных последствий, оставляя акт действующим.

6.4.8.1. Ничтожный административный акт

В АППК отсутствуют положения, касающиеся ничтожных административных актов, что, однако, не исключает существования данного правового института. Правовой основой для названного института, которая подтверждает его существование в РК, на наш взгляд, можно считать положения ч. 2 ст. 64 Закона РК «О правовых актах», где закреплено следующее правило: «Правовые акты индивидуального применения, противоречащие требованиям Конституции Республики Казахстан и законодательству Республики Казахстан, **являются недействительными с момента принятия и не должны применяться** на территории Республики Казахстан».

Под требованиями Конституции РК и законодательства РК в данном случае нужно понимать не только сформулированные в них нормы, но и вытекающие из них принципы, которые требуют дополнительного толкования. Так, например, принцип правового государства обязывает субъектов публичной власти соблюдать требование юридической определенности, которое также действует и в отношении административных актов. Таким образом, административный акт, не соответствующий требованиям юридической определенности, является недействительным с момента принятия и не должен применяться.

Наряду с изложенным необходимо отметить, что судебной практикой тех стран, в которых давно функционируют административные суды, а также приняты законы об административных процедурах, наработаны критерии, при наличии которых административный акт следует признать ничтожным.

ПРИМЕР

Согласно судебной практике Федерального финансового и административного суда Германии, особо значимые ошибки, делающие акт ничтожным, несут с собой серьезные последствия, в связи с чем административный акт не соответствует фундаментальным конституционным принципам или на-

столько противоречит судебной практике, что было бы неприемлемым, если бы утвердились те ценностные понятия, которые являются целью данного акта¹.

Считаем, что перечисленные ниже критерии в полной мере применимы к казахстанской правоприменительной практике, которая в сфере административных процедур, как указано в ч. 1 ст. 1 АППК, основана на общепризнанных принципах и нормах международного права.

Существенными ошибками, ведущими к ничтожности акта, являются следующие:

- административный акт издан в письменной или электронной форме, однако нет информации о субъекте его издания;
- не произведено предусмотренное законом доведение до сведения участника административной процедуры содержания административного акта;
- не была соблюдена форма, т.е. административный акт, который, согласно закону, может быть издан только путем изготовления документа, не был издан с соблюдением этого условия;
- административный акт издан субъектом публичного управления, явно не имевшим на это соответствующих полномочий;
- исполнение такого акта приведет к совершению преступления или иного правонарушения;
- административный акт противоречит нормам морали, т.е. чувству приличия всех воспитанных и справедливо мыслящих людей²;
- выполнение административного акта объективно невозможно³;
- административный акт издан без согласования (получения разрешения) высшего субъекта публичного управления, если такое согласование (разрешение) обязательно;
- не ясно, кому адресован административный акт;

¹ См.: Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 97.

² Там же. С. 100.

³ См.: Тимошук В. П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії: монографія. Київ: Конус-Ю, 2010. С. 161.

- непонятно, какой вопрос регулирует административный акт;
- административный акт не содержит принятого решения.

Перечисленные существенные ошибки должны быть **очевидны** для любого лица. Очевидность имеет место тогда, когда не только сама ошибка, но и **особенная тяжесть неправомерности** могут быть видны внимательному и разумному рядовому наблюдателю, знакомому с обстоятельствами, которые необходимо учитывать¹.

Из-за таких ошибок административный акт **теряет силу с момента его принятия**. Фактически делается предположение, что такой акт не существует. Из такого акта не следует, что на кого-то возлагаются обязанности или предоставляются права; он также не может быть основанием для последующих действий (решений). Юридический эффект от такого акта равен нулю². Административный орган не вправе осуществить принудительное исполнение ничтожного административного акта; тем самым исключается его исполнение³.

ВАЖНО!

Принципиальным является вопрос о влиянии ничтожности какой-либо части административного акта на его ничтожность в целом. В немецком законодательстве и юридической литературе по этому поводу сформулированы достаточно четкие позиции. Так, считается, что общая ничтожность может быть как исключение призюмирована только в том случае, когда ничтожная часть административного акта настолько существенна, что административный орган не издал бы этот административный акт без части, признанной ничтожной⁴.

Для признания административного акта ничтожным не требуется никакой специальной процедуры. Более того, для этого не требуется согласие принявшего его субъекта публичного управления. Однако частное лицо может обратиться к субъекту публичного управления с требованием признать изданный им акт ничтожным⁵.

¹ См.: Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 98.

² См.: Тимоцук В. П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії: монографія. С. 160.

³ См.: Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 101.

⁴ Там же. С. 102.

⁵ См.: Загальне адміністративне право: підручник / І. С. Гриценко та ін.; Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. Київ: Юрінком Інтер, 2016. С. 263–264.

ВАЖНО!

Проверку ничтожности следует производить в два этапа. На первом следует установить, является ли административный акт противоправным. Затем следует выяснить, влечет ли противоправность ничтожность. Если после проверки обстоятельств ситуация недостаточно ясна, необходимо выявить в акте наличие двойного условия, а именно: ничтожность должна быть **особенно тяжелой**, а также **очевидной**. При этом следует исходить из позиции осведомленного наблюдателя, знающего обстоятельства дела. Ничтожным является административный акт, ошибочность которого сразу бросается в глаза при оценке его знающим лицом, т.е. когда противоправность административного акта «написана у него на лбу»¹.

Решение о признании или отказе в признании выданного административного акта ничтожным также является административным актом, который может быть обжалован в административном суде.

ВАЖНО!

Практически релевантным является вопрос о возможности/допустимости обжалования в судебном порядке ничтожного административного акта. Будет ли иск об оспаривании, предметом которого является ничтожный административный акт, допустимым? По мнению немецких юристов, обоснованность иска зависит исключительно от противоправности административного акта. Является ли такой акт, свыше противоправности, еще и ничтожным, значения не имеет. Хотя, если следовать сугубо формальному подходу, можно утверждать, что уже не действующий административный акт больше не подлежит отмене. Однако этому противостоят требования эффективной правовой защиты, а также процессуальной экономии. Ничтожность должна гарантировать заинтересованному лицу дополнительную защиту, но не усложнять ее. Если административный акт не только противоправный, но, из-за его особо серьезной противоправности, даже ничтожный, его тем более можно отменить².

Отдельно следует остановиться на вопросе о необходимой защите от преступных, а значит ничтожных, актов субъектов публичного управления. Учитывая положения ч. 1 ст. 1 Конституции РК, согласно которой высшими ценностями являются человек, его жизнь, права и свободы, в случае нанесения ему очевидного незаконного вреда лицо имеет право защищать себя от подобных действий. Таким образом, частное лицо, в отношении которого субъектом публичного управления совершаются действия, направленные на выполнение/реализацию ничтожного

¹ Uerpmann-Witzack R. Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht. 5. Auflage. C.F.Müller, 2018. S. 63.

² Ibid. S. 63.

административного акта, имеет право прекратить их путем противодействия представителю государства. Однако в любом случае частным лицом должны быть соблюдены пределы необходимой обороны¹.

6.4.8.2. Оспоримый административный акт

Оспариваемыми являются те административные акты, которые были изданы, однако содержат в себе дефекты, в связи с чем их законная сила ставится под сомнение, а значит, может быть оспорена. К таковым прежде всего следует отнести те акты, которые имеют отдельные элементы или признаки несоответствия праву, или в которые включены нормы права, регулирующие другие разновидности отношений в сфере публичного управления.

К сказанному следует добавить, что оспариваемые акты могут содержать отдельные технические ошибки; в них могут отсутствовать отдельные реквизиты; акты могут быть изданы с нарушением процедуры, без должного кворума и т.д. Они частично действительны, так как их доработка, устранение незаконных предписаний могут вернуть им юридическую силу².

ПРИМЕР

В соответствии с ч. 1 ст. 82 АПК административный орган, должностное лицо вправе по собственной инициативе или по ходатайству участника административной процедуры исправить допущенные в административном акте опiski и (или) арифметические ошибки без изменения содержания административного акта.

Оспариваемые акты обязательны к исполнению. Они продолжают действовать до тех пор, пока их не упразднит уполномоченный субъект. В этом состоит **презумпция законности (правомерности)** административных актов, которая означает, что

¹ См.: Мельник Р.С., Бевзенко В. М. Загальне адміністративне право: навч. посіб. / за заг. ред. Р.С. Мельника. С. 287.

² См.: Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту / В.Б. Авер'янов, М.А. Бояринцева, І.А. Кресіна та ін.; за заг. ред. В.Б. Авер'янова. Київ: Наук. думка, 2007. С. 358.

лицо, на которое такой акт возлагает определенные обязательства, должно их выполнять (соблюдать) до момента его отмены¹.

6.5. Основные характеристики административного договора

6.5.1. Понятие и содержание категории «административный договор»

Изменения, происходящие в сфере публичного управления в последние годы, демонстрируют, что прямое принуждение постепенно заменяется более «мягкими» способами влияния на частных лиц, одним из которых является **административный договор**; в нем отображается демократизм общественных отношений, ориентация на потребности и запросы граждан.

ВАЖНО!

В Концепции развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года: построение «человекоцентричной модели – «Люди прежде всего» отмечается, что действующая модель государственного управления, основанная на административно-контрольной форме взаимодействия государства и населения, не в полной мере отвечает ожиданиям населения. Вследствие этого назрела необходимость формирования сервисной и «человекоцентричной» модели государственного управления, в которой главными ценностями являются граждане и их благополучие.

Одним из способов решения данной задачи, на наш взгляд, является административно-договорное регулирование общественных отношений.

Изложенное в полной мере согласуется и с позицией иностранных авторов, которые считают, что административный договор выступает важной кооперационной формой действия государственного органа. Он позволяет гражданину участвовать в обеспечении административно-правовых механизмов и повышает его статус от просто подчиненного административному решению до активно участвующего партнера государственного органа. В этой связи § 54 и следующие Закона об административных процедурах ФРГ не без основания считаются **«выражением**

¹ См.: Жданов А.А. О действительности актов государственного управления // Известия ВУЗов. Правоведение. 1964. № 1. С. 51–60.

дружелюбного отношения административной процедуры к гражданину». Это «дружелюбное отношение к гражданину» предлагает преимущества для государственного органа и гражданина: гражданин получает возможность более эффективно отстаивать свои интересы и – в сотрудничестве с органом – находить отвечающие особенностям отдельного дела точные решения. Органу же договорная форма позволяет учитывать индивидуальные особенности конкретной административной процедуры. Также и выбор публично-правового договора свидетельствует о более высокой степени признания предусмотренных механизмов регулирования, поскольку этот выбор основывается на началах сотрудничества и отказывается от присущих административному акту исходных форм приказа и принуждения¹.

В действующем законодательстве отсутствует легальное (официальное) определение административного договора, что обуславливает возможность использования доктринальных позиций², а также опыта нормативного регулирования других стран в данной сфере для уяснения содержания этого юридического явления (института).

ВАЖНО!

Необходимо отметить, что мы не принимаем во внимание и не рассматриваем (как не представляющие никакой теоретической и практической ценности) позиции тех авторов, которые дискутируют на тему о невозможности применения конструкции договора в административном праве. Подобные высказывания являются лишь следствием непонимания современных тенденций развития публичного управления и его правового регулирования. Типичным примером, свидетельствующим об искаженном представлении об институте административного договора, может быть позиция авторов учебника Административное право РФ, которые считают, что никакого отношения к правовым формам реализации исполнительной власти соглашения, предметом которых является покупка инвентаря, оборудования

¹ См.: Циммерман Р. Типичные формы публично-правовых действий органов государственного управления в Германии // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М.: Интропик Медиа, 2017. С. 385.

² См.: Административное право Республики Казахстан. Часть Общая: учебник / под ред. А.А. Таранова. Алматы: Жеті Жарғы, 1996. С. 89–90; Административное право: учебный курс / под ред. Р. А. Подопригоры. С. 192–200; Кабылбеков Б. Административный договор как форма публичного управления. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34181275&pos=3;-45#pos=3;-45

субъектами государственного управления, не являются, так как исполнительный орган здесь не выступает в качестве носителя и выразителя юридически-властных полномочий. Налицо чисто вспомогательное по отношению к основной управленческой деятельности соглашение, не влияющее на ее природу. Нет здесь и административно-правовых связей¹. Безусловно, что в данном случае речь идет о частноправовых отношениях с участием субъекта государственного управления, которые не имеют никакого отношения к институту административного договора. Попытка доказать невозможность существования административного договора в сфере публичного управления посредством использования цивилистических конструкций выглядит по меньшей мере необоснованной и искусственной.

В этой части стоит лишь отметить, что многолетняя практика управленческой деятельности передовых государств демократического профиля ярко и однозначно подтверждает не только возможность существования института административных договоров, но и его чрезвычайную эффективность в сфере публичного управления.

По мнению авторского коллектива учебного курса «Административное право», **административный договор** представляет собой совместный правовой акт добровольного и свободного в рамках закона согласования и изъявления воле в обусловленной законом форме общей согласованной воли двух (или более) субъектов административного права, который призван урегулировать отношения сторон соглашения или подвластных им субъектов и (или) вызвать юридические последствия в виде возникновения, изменения или прекращения у участников соглашения взаимных прав и обязанностей в сфере государственного управления².

Сформулированное определение, в целом, отображает суть административного договора, хотя, на наш взгляд, содержит одно упущение, связанное с отсутствием акцентирования внимания на том факте, что обязательной стороной административно-договорных отношений является субъект публичного управления (административный орган).

В связи с этим более точным выглядит **определение административного договора**, сформулированное в ст. 4 Кодекса административного судопроизводства Украины, где под ним понимается совместный правовой акт субъектов властных полномочий или правовой акт с участием субъекта властных полномо-

¹ Административное право: учебник / под ред. Л.Л. Попова. М.: Юристъ, 2002. С. 269.

² См.: Административное право: учебный курс / под ред. Р.А. Подопригоры. С. 196.

чий и другого лица, основывающийся на их воле/согласовании, имеющий форму договора, соглашения, протокола, меморандума и т.п., определяющий взаимные права и обязанности его участников в публично-правовой сфере, который заключается на основании закона: а) для разграничения компетенции или определения порядка взаимодействия между субъектами властных полномочий; б) для делегирования публично-властных управленческих функций; в) для перераспределения или объединения бюджетных средств в случаях, определенных законом; г) вместо издания индивидуального акта; д) для урегулирования вопросов предоставления административных услуг¹.

Изучив существующие определения **административного договора**, мы можем говорить о том, что: 1) его обязательной стороной является субъект публичного управления (другим участником или участниками могут быть как частные лица, так и другие субъекты публичной власти), который 2) реализует с помощью административного договора предоставленные ему полномочия, 3) направленные на выполнение публичных функций (задач).

Административный договор, как следует из его определения, применяется субъектом публичного управления в тех случаях, когда для регулирования конкретной жизненной ситуации нецелесообразно применение административного акта или иного инструмента деятельности. В некоторых случаях законодатель напрямую требует от субъекта публичного управления действовать путем заключения административного договора. В подобных случаях издание административного акта вместо административного договора не допускается.

При этом следует помнить, что административно-договорная форма работы субъектов публичного управления, как и иные формы, связана с требованиями, вытекающими из Конституции РК; это, как следствие, означает, что содержание административного договора не может противоречить нормативным правовым актам².

¹ См.: Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. 2005. № 35–37. Ст. 3.

² См.: Bergmann / Schumacher (Hrsg.). Handbuch der kommunalen Vertragsgestaltung. Bd IV. Carl Heymanns Verlag KG, 2001. S. 3.

6.5.2. Разграничение административного и частноправового договоров

Очень важен вопрос о разграничении административного и частноправового (гражданского) договоров, заключенных с участием субъекта публичного управления. Решение данного вопроса является чрезвычайно важным, поскольку от этого зависит, какие нормы права будут применяться при подготовке и заключении договора; какая ответственность наступит за неисполнение или ненадлежащее исполнение условий договора; какие формы принудительного исполнения договора могут использоваться; какой порядок судебного обжалования возможен в случае возникновения спора.

Принимая во внимание тот факт, что в национальном законодательстве до сегодняшнего дня все еще не используется категория «административный договор» и, соответственно, нет устоявшейся правоприменительной практики по данному вопросу, формулирование рекомендаций касательно разграничения названных видов договоров представляет собой достаточно сложную задачу. При этом следует особо подчеркнуть тот факт, что изложенное абсолютно не означает отсутствия института административного договора как такового в РК. Правильным будет говорить, что административно-договорные отношения реально существуют, однако они «скрыты» под иными терминами и конструкциями, которые, будучи публично-правовыми по своей сути, таковыми официально не называются. Единственным объяснением подобной, в известном смысле парадоксальной, ситуации является доктринальная неразработанность института административного договора, которая, как следствие, привела к тому, что авторы нормативных правовых актов банально не знают о сути названного правового явления и, как следствие, не используют его ресурсы в нормопроектной деятельности.

ПРИМЕР

В правоприменительной деятельности иных государств, в частности, Украины и РФ, использование административных договоров стало на сегодняшний день правилом. Приведем в связи с этим некоторые **примеры административных договоров**.

Согласно ст. 521 Таможенного кодекса Украины, при отсутствии в действиях лица, совершившего нарушение таможенных правил, признаков преступления производство по делу о таком правонарушении может быть прекращено путем компромисса, а именно – заключения соглашения между указанным лицом и таможенным органом, должностное лицо которого осуществляет производство по делу.

Стороны, по условиям мирового соглашения, обязуются: лицо, совершившее нарушение таможенных правил, – в установленный срок, который не может превышать 30 дней, внести в государственный бюджет средства в сумме, равной сумме штрафа, а таможенный орган – прекратить производство по делу о нарушении таможенных правил в отношении этого лица и осуществить таможенное оформление задекларированных им товаров в соответствии с заявленным таможенным режимом.

В 2012 г. Президиум ВАС РФ принял постановление, которым утвердил мировое соглашение между налогоплательщиком и налоговым органом, которое содержало следующие договоренности сторон:

- налогоплательщик признал правомерным уменьшение суммы убытка и доначисление налога на прибыль, пени и штрафа по налогу на прибыль и обязался в течение пяти рабочих дней после утверждения мирового соглашения перечислить данные суммы в бюджет;
- налогоплательщик принял на себя обязанность в течение месяца после утверждения мирового соглашения внести соответствующие изменения в бухгалтерский и налоговый учет;
- налоговая инспекция признала, что у налогоплательщика не возникает обязанности по уплате НДС при передаче поощрительных товаров участникам программы (поскольку при оказании компаниям маркетинговых услуг налогоплательщик уже исчислил и уплатил в бюджет НДС);
- налоговая инспекция обязалась не начислять пени по налогу на прибыль за период, исчисляемый со дня, следующего за днем вынесения налоговым органом решения (до даты утверждения мирового соглашения ВАС РФ)¹.

При разграничении административного и частноправового договоров необходимо руководствоваться современным пониманием сущности и границ юридического регулирования административного права, а также учитывать следующее. Субъектный состав участников договорных отношений не является тем признаком, который позволяет однозначно определить правовую природу договора. Сегодня субъекты публичного управления могут заключать любые виды договоров – как между собой, так и с частными лицами. В качестве критерия разграничения не может использоваться и такой признак, как «наличие отношений власти и подчинения

¹ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 26 июня 2012 г. № 16370/11 по делу № А40-111792/10-127-534. URL: <https://base.garant.ru/70216730/>

между участниками договора», поскольку множество административно-правовых отношений, а значит и заключенных административных договоров, не обязательно будут носить властный характер. Не является определяющим для установления юридической природы и то, что посредством договора выполняется публичная задача (удовлетворяется публичный интерес), так как она может быть реализована и путем заключения субъектом публичного управления частноправового договора. Все эти признаки (субъектный состав, отношения власти–подчинения, реализация публичных задач) могут сопровождать договор, но они не являются определяющими для его квалификации в качестве административного.

Таким образом, об **административном договоре** необходимо говорить в тех случаях, когда:

- он направлен на реализацию норм административного права и соответственно возникновение (изменение, прекращение) административно-правовых отношений¹;
- возложенные договором обязательства или сформулированные распоряжения, выполняемые в его пределах, носят административно-правовой характер;
- устанавливаются права и/или обязанности частных лиц, закрепленные в нормах административного права.

ВНИМАНИЕ!

Для определения правовой природы нормы права и/или правоотношения необходимо воспользоваться теориями разграничения частного и публичного права.

ВАЖНО!

Нельзя, на мой взгляд, согласиться с позицией Большой Палаты Верховного Суда Украины, которая считает, что для отнесения того или иного договора к числу административных важным является наличие отношений власти и подчинения между его сторонами. Именно это обстоятельство, по мнению Суда, отличает административный договор от частного (хозяйственного) договора, в котором стороны юридически равны, свободны в волеизъявлении и имущественно самостоятельны². Главная ошибка, на наш взгляд,

¹ См.: Пуделька Й. Инструменты действия органов государственного управления. С. 21.

² См.: Постановка Великої Палати Верховного Суду від 27 лютого 2019 р. по делу № 814/1375/17 (п. 28). URL: https://protocol.ua/ua/postanova_vp_vs_vid_27_02_2019_roku_u_spravi_814_1375_17/

заключается в том, что административное право и административно-правовые отношения Суд сводит к отношениям власти–подчинения, которые уже давно не преобладают в предмете административного права. Следовательно, административный договор может характеризоваться как властными, так и невластными признаками (свойствами).

Сложности при разграничении договоров возникают еще и в том случае, когда предусмотренные им обязательства сами по себе являются «нейтральными» с юридической точки зрения. Например, это касается выплат любых денежных сумм, поскольку последние (выплаты) не являются ни административными, ни гражданскими. В таких ситуациях необходимо анализировать договор с точки зрения его цели и общего характера. Возможно, кроме того, существование и смешанных договоров, в которых сочетаются и административно-правовые, и частноправовые обязательства. Однако в любом случае эти разные с точки зрения правовой природы части договора могут быть выделены посредством анализа¹.

ВАЖНО!

Говоря о разграничении административных и гражданских договоров, необходимо обратить внимание на чрезвычайно важную и принципиальную особенность, которая не учитывается отечественными авторами при анализе договорных форм работы субъектов публичного управления. Речь идет о том, что названные субъекты при выполнении поставленных перед ними задач могут действовать посредством не только административно-правовых (административных договоров), но и частных (гражданских договоров) инструментов. Последние активно используются в сфере благоприятного и обеспечительного управления. Очень часто субъекты публичного управления создают юридические лица, которые от имени государства занимаются хозяйственной деятельностью, оказывают частным лицам различные услуги и т.п.

Действуя в частноправовых формах самостоятельно или через созданные юридические лица, субъекты публичного управления обеспечивают удовлетворение (реализацию) публичного интереса, однако руководствуются в такой деятельности нормами не административного, а гражданского права. Соответственно все договоры, заключаемые субъектами публичного управления в данном случае, будут частноправовыми. В связи с этим, а также учитывая указанные выше признаки административного договора, нельзя согласиться с теми авторами, которые к перечню административных относят договоры: о закупке (поставке) продукции, товаров и услуг для общественных нужд; те, в рамках которых субъект публичного управления реализует полномочия распорядителя государственного или коммунального имущества.

¹ См.: *Мицкевич Л.А.* Административные договоры в Германии и России // Договор в публичном праве: сб. науч. ст. / под ред. Е.В. Гриценко, Е.Г. Бабелюк. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 167–174.

6.5.3. Виды административных договоров

В процессе функционирования субъекты публичного управления заключают различные административные договоры, которые можно подразделить на несколько групп¹:

- **координационные договоры** – заключаются между субъектами права, находящимися на одинаковом иерархическом уровне в сфере публичного управления, или имеющими одинаковый правовой статус²;

ПРИМЕР

Договор между акиматами двух соседних административно-территориальных единиц о совместном выполнении/реализации какой-либо общей задачи (программы).

- **субординационные договоры** – заключаются между субъектами права, которые находятся в отношениях власти–подчинения, например, между исполнительным органом власти и частным лицом. Субординационный договор, таким образом, может быть принят вместо административного акта. Отличие данного вида договора от административного акта заключается в том, что административный договор становится результатом согласованной воли сторон – как в части его заключения, так и его положений;

ПРИМЕР

В послании Президента РК Касым-Жомарта Токаева народу Казахстана от 1 сентября 2020 г. было зафиксировано предложение, связанное с возможностью зачета части капитальных затрат инвесторов против налоговых обязательств. Формой реализации такого предложения может стать субординационный административный договор.

¹ См.: *Mawer H.* Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 373–377; *Butterwegge G.* Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt: Probleme der Überschneidung von Verwaltungsakt und Verwaltungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Verfügungsvertrages. Berlin: Duncker und Humblot, 2001. S. 17; *Пуделька Й.* Инструменты действия органов государственного управления. С. 22; *Подопригора Р.* Инструменты деятельности административных органов в свете принятия Административного процедурно-процессуального кодекса Республики Казахстан. С. 33.

² См.: *Allgemeines Verwaltungsrecht von Dr. Jörn Ipsen.* 6., neue bearbeitete Auflage. S. 196.

- **мировые соглашения** – заключаются между субъектом публичного управления и частным лицом с целью разрешения возникшего спора на основании взаимных уступок, касающихся прав и обязанностей его сторон;

ПРИМЕР

Правовую основу для мировых соглашений между субъектами публичного управления и частными лицами заложили положения АППК, который допускает разрешение публично-правового спора, возникшего между названными участниками, путем заключения мирового соглашения.

В соответствии со ст. 120 АППК стороны на основании взаимных уступок могут полностью или частично окончить административное дело путем **заключения соглашения о примирении, медиации или об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры** на всех стадиях (этапах) административного процесса до удаления суда для вынесения решения. Соглашение о примирении, медиации или об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры заключается в **письменной форме** и подписывается сторонами или их представителями.

- **договоры об обмене обязательствами.** Согласно им, субъекты права берут на себя встречные обязательства с целью реализации функций субъекта публичного управления по решению публичных задач;

ПРИМЕР

В соответствии со ст. 152 Трудового кодекса РК на республиканском уровне заключается генеральное соглашение между Правительством Республики Казахстан, республиканскими объединениями (ассоциациями, союзами) работодателей и республиканскими объединениями (ассоциациями, союзами) профессиональных союзов. Такие же соглашения заключаются и на отраслевом уровне, а также на региональном уровне. Их предметом становятся обязательства сторон по вопросам технологической модернизации экономики, улучшения бизнес-среды, содействия формальной и продуктивной занятости населения, улучшения качества человеческого капитала, условий и охраны труда, а также промышленной и экологической безопасности.

- **договоры о кооперации** – заключаются между субъектами права для участия частных лиц в выполнении публичных функций (задач).

ПРИМЕР

Правовой основой для административных договоров данного вида выступают следующие нормативные правовые акты: Закон РК «О государственно-частном партнерстве», Закон РК «О концессиях», Закон РК «О государственном социальном заказе, грантах и премиях для неправительствен-

ных организаций в Республике Казахстан», Закон РК «О занятости населения», которые регламентируют порядок передача функций центральных и (или) местных исполнительных органов в конкурентную среду путем: аутсорсинга; государственного задания; концессий; государственного социального заказа и т.п.

Дополнительным аргументом, подтверждающим административно-правовую природу данных отношений (как договорных), на наш взгляд, выступают положения АППК, который содержит нормы, касающиеся порядка передачи в конкурентную среду функций центральных и (или) местных исполнительных органов для их осуществления **путем заключения договоров** (п. 31 ч. 1 ст. 4).

6.5.4. Юридические предпосылки заключения административного договора

Учитывая тот факт, что в РК отсутствует специальный нормативный правовой акт, регулирующий административно-договорные отношения субъектов публичного управления, можно сформулировать только наиболее общие **юридические предпосылки заключения административного договора**. Таковыми на сегодняшний день являются следующие, определяющие что административный договор:

- является инструментом деятельности субъектов публичного управления, посредством которого осуществляется регулирование отношений в **конкретном случае** (ситуации) в сфере публичного управления; соответственно им не могут устанавливаться нормы права, т.е. общеобязательные правила поведения для участников административно-правовых отношений;
- может быть заключен исключительно в пределах **компетенции** субъекта публичного управления, являющегося стороной (участником) такого договора;
- может быть заключен только в том случае, если законодательный или иной нормативный правовой акт **не требует** от субъекта публичного управления **действовать с использованием другого инструмента** (например путем издания административного акта);
- может быть заключен исключительно в **добровольном порядке**, т.е. путем согласования воли сторон;
- может быть заключен только в **письменной форме**;

- может быть заключен только **после согласования его содержания** с лицами, права, свободы или законные интересы которых он затрагивает¹.

**6.5.5. Условия признания административного договора незаконным (противоправным).
Юридические последствия признания
административного договора противоправным**

В случае несоблюдения субъектом публичного управления юридических предпосылок заключения административного договора может быть поставлен вопрос о признании такого договора незаконным (противоправным). При этом необходимо обратить внимание на тот факт, что степень незаконности (противоправности) административного договора может быть разной. Исходя из этого (по аналогии с административным актом), допустимо говорить о **ничтожных** и **оспоримых** административных договорах.

Административный договор будет **ничтожным**, если он содержит недостатки, делающие ничтожным и административный акт. Следовательно, речь о ничтожности административного договора необходимо вести в случаях, когда:

- административный договор заключен в письменной форме, однако нет информации о субъекте публичного управления, являющемся его стороной;
- не была соблюдена письменная форма;
- административный договор заключен субъектом публичного управления, явно не имевшим на это соответствующих полномочий;
- выполнение такого договора приведет к совершению преступления или иного правонарушения;
- выполнение административного договора объективно невозможно;

¹ См.: Bergmann / Schumacher (Hrsg.). Handbuch der kommunalen Vertragsgestaltung. Bd IV. S. 5–6; *Маркович И.* Административный договор в законодательстве Сербии // Ежегодник публичного права 2021: Инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 252.

- административный договор заключен без согласования (получения разрешения) вышестоящего субъекта публичного управления, если такое согласование (разрешение) обязательно;
- не ясно, кто является сторонами административного договора;
- непонятно, какие вопросы регулирует (решает) административный договор;
- административный договор не содержит принятого (согласованного сторонами) решения;
- заключен с неспособным или недееспособным лицом¹.

Ничтожный административный договор не порождает никаких юридических последствий. Административный договор, содержащий лишь некоторые ничтожные положения, признается ничтожным в полном объеме только в том случае, если без этих «дефектных» положений его исполнение невозможно. В противном случае он будет действовать только в пределах «недефектных» положений.

В других ситуациях административный договор будет **оспоримым** и, соответственно, обязательным для выполнения его сторонами.

6.6. Основные характеристики плана

6.6.1. Понятие и содержание категории «план»

Перед субъектами публичного управления стоит огромное количество разнообразных задач, решение части из которых предполагает осуществление первоначального планирования, т.е. определение первоочередных задач и действий с целью достижения конкретного результата. Следствием планирования становится соответствующий план, представляющий собой отдельный

¹ См.: *Butterwegge G. Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt: Probleme der Überschneidung von Verwaltungsakt und Verwaltungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Verfügungsvertrages*. Berlin: Duncker und Humblot, 2001. S. 19–20.

вид юридического документа (решения), который отличается от нормативного правового акта и административного акта по своему содержанию и назначению.

ПРИМЕР

В соответствии со ст. 39 АПК органы государственной власти осуществляют свою деятельность в соответствии со стратегическим и операционным планами, а также при необходимости – с планами работы, составляемыми на квартал, год и долгосрочную перспективу.

Особенностью планов является то, что в основу их принятия закладываются не точные, а, как правило, прогнозируемые показатели, данные, оценки, которые под влиянием различных жизненных ситуаций и событий могут претерпеть изменения или не подтвердиться. Это говорит об определенной нестабильности планов, что предполагает внесение в них соответствующих изменений и дополнений по мере возникновения потребности.

ПРИМЕР

В одном из своих решений Федеральный Конституционный суд Германии, давая оценку плану, отметил следующее: государственное планирование нельзя четко отнести к законодательной или исполнительной власти. С одной стороны, планирование нельзя понимать как процесс подчинения определенной жизненной ситуации критериям общей абстрактной нормы. С другой стороны, решение о планировании не представляет собой общую абстрактную спецификацию для неопределенного числа случаев. Скорее, это сложный процесс получения, отбора и обработки информации, постановки целей и выбора средств, которые будут использоваться¹.

План – общее понятие, включающее в себя разные виды планов. При этом необходимо понимать, что план и планирование проявляются не только там, где закон предписывает именно эту форму деятельности (например, планирование территорий), но также и в сферах содействия развитию экономики, земельных отношений, развитию инфраструктуры, кадровой работы, в системе государственных закупок и т.п.².

¹ См.: Beschluß des Zweiten Senats vom 17. Juli 1996 gemäß § 24 BVerfGG. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv095001.html>

² См.: Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / пер. з нім. Г. Рижков, І. Сойко, А. Баканов; відп. ред. О. Сироїд. 2-ге вид., перероблене та доповнене. Київ: «К.І.С.», 2009. С. 233.

ПРИМЕР

Все виды бюджетов; Генеральный план населенного пункта; стратегические и операционные планы работы государственных органов; План мероприятий по реализации Концепции развития Ассамблеи народа Казахстана (до 2025 года) на 2016–2018 годы; План мероприятий по реализации Концепции по переходу Республики Казахстан к «зеленой экономике» на 2021–2030 годы, и др.

Анализ принятых субъектами публичного управления планов позволяет выделить некоторые их **содержательные характеристики**, а именно:

- принимаются субъектом публичного управления любого иерархического уровня;
- правовой основой планов выступают положения законов и других нормативных правовых актов, закрепляющих статус соответствующего субъекта публичного управления;
- устремлены всегда в будущее с целью регулирования отношений, возникающих в сфере публичного управления. Это достигается путем наполнения плана обязательными для выполнения (соблюдения) положениями, делающими его в определенных случаях практически идентичным нормативному акту;
- состоят из совокупности запланированных на будущее мер, находящихся между собой в неразрывной связи;
- могут быть посвящены разработке мер, направленных на реализацию ранее принятых нормативных правовых актов и административных актов;
- содержат обязательные временные рамки, в рамках которых должны быть проведены (выполнены) те или иные запланированные мероприятия;
- могут представлять собой способ разрешения противоречий (определенный компромисс), возникших в сфере публичного управления – как между отдельными частными лицами, так и между субъектами публичного управления и частными лицами;
- получают письменную форму закрепления, в том числе и в виде схем, чертежей, математических расчетов;
- могут содержать в себе обязательные для исполнения предписания и/или ограничения;
- в определенном смысле не являются самостоятельными юридическими актами, так как утверждаются (вводятся в действие)

отдельным решением (приказом, распоряжением, постановлением и т. п.) субъекта публичного управления¹.

ВАЖНО!

Принципиальным является вопрос о возможности/допустимости проверки законности как **административных договоров**, так и **планов** в рамках административного судопроизводства. Речь в данном случае идет прежде всего о тех административных договорах и планах, которые содержат в себе обязательные для исполнения положения/предписания, изменяющие правовой статус частных лиц, т.е. влекущие для них определенные юридические последствия. Так, например, утвержденный генеральный план населенного пункта может запрещать/ограничивать индивидуальное строительство в определенной части/зоне соответствующего населенного пункта, и, соответственно, со ссылкой на такой план лицу будет отказано в выделении земельного участка, находящегося в ее границах.

АППК не содержит на сей счет никаких положений (разъяснений), будучи, как известно, ориентированным лишь на организацию судебного контроля за законностью административных актов и административных действий. При этом следует подчеркнуть, что АППК не содержит и прямого запрета на обжалование в судебном порядке административных договоров и планов.

В связи с изложенным, а также принимая во внимание:

во-первых, задачу административного судопроизводства, связанную с необходимостью справедливого рассмотрения административных дел, направленного на эффективную защиту и восстановление нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов частных лиц в публично-правовых отношениях;

во-вторых, конституционное право частных лиц на защиту своих прав и свобод;

в-третьих, недопустимость выведения за пределы административного судебного контроля отдельных инструментов деятельности субъектов публичного управления, что не соответствует идее «слышащего государства», составным элементом которого является эффективно действующая административная юстиция;

в-четвертых, практику функционирования административных судов иных стран, в рамках которой судами рассматриваются и разрешаются публично-правовые споры данной категории,

в-пятых, невозможность рассмотрения споров, связанных с обжалованием административных договоров и планов, в судах общей (гражданской) юрисдикции, поскольку они не связаны с защитой/восстановлением частных прав, можно констатировать, что нет никаких оснований для выведения административных договоров и планов за границы юрисдикции административных судов.

¹ См.: Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut / Georg Erler, Werner Thieme, Max Imboden, Klaus Obermayer // Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 18. Berlin, 1960. S. 140–142; 169–171; Шмидт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / пер. з нім. Г. Рижков, І. Сойко, А. Баканов; відп. ред. О. Сиройд. 2-ге вид., перероблене та доповнене. С. 381 і след.

6.6.2. Виды планов

Учитывая тот факт, что субъектами публичного управления издается/принимается множество разнообразных планов, необходимо провести их классификацию, основанием для которой может быть:

- **степень их юридической обязательности.** На этом основании могут быть выделены планы, не содержащие в себе обязательные для выполнения предписания, и планы, содержащие в себе обязательные для выполнения предписания;

- **направление юридического действия.** Планы могут быть разделены на адресованные частным лицам и планы, адресатом которых выступают субъекты публичного управления и/или их персонал;

- **содержание регулирующего воздействия.** На этом основании могут быть выделены планы, содержащие требования (права, обязанности), относящиеся к отдельному лицу (группе лиц), и планы, содержащие в себе нормы права.

6.7. Основные характеристики административных действий

6.7.1. Понятие и содержание категории «административное действие»¹

Субъекты публичного управления при выполнении возложенных на них полномочий совершают различные административные действия, не вызывающие юридических последствий, в том числе и для частных лиц. Вследствие их применения не возникает и никаких правоотношений. Административные действия, таким образом, вызывают только фактические (реальные), а не юридические последствия². Иными словами, они (в подавляющем

¹ Административные действия в юридической литературе именуются еще как реальные акты, простые административные действия, акты-действия. См., например: Циммерман Р. Типичные формы публично-правовых действий органов государственного управления в Германии. С. 383, 386.

² См.: Пуделька Й. Инструменты действия органов государственного управления. С. 18.

большинстве случаев) не изменяют правовой статус частных лиц (не возлагают на них ограничения, обязанности; не предоставляют права) по отношению к которым они направлены. Легальное (официальное) определение **административного действия** можно найти в п. 5 ч. 1 ст. 4 АППК, где под ним понимается действие (бездействие) административного органа, должностного лица в публично-правовых отношениях, не являющееся административным актом.

ВАЖНО!

В европейской административно-правовой литературе вместо категории «административное действие» часто используется понятие «фактическое действие», которые по своему содержанию являются синонимичными.

Однако несмотря на то, что их совершение не вызывает юридических последствий, посредством административных действий выполняются важные задачи: создаются условия для принятия нормативных правовых и административных актов; проводятся необходимые консультации; собирается информация; реализуются технические мероприятия; проводятся согласительные (медиативные) процедуры и т.п.

ПРИМЕР

Информирование населения; выдача справок; уборка дорог; патрулирование улиц сотрудниками полиции; выплата денег; организация детских площадок; уборка помещений; отлов бездомных животных; обслуживание аккаунтов государственных органов в социальных сетях; и др.

Это не исключает возможности причинения совершенными административными действиями материального или морального вреда и/или иного ограничения (нарушения) прав, свобод и законных интересов частного лица. Например, ошибочное уведомление субъектом публичного управления о заражении импортированной продовольственной продукции может привести к значительным убыткам импортеров, которые имеют право потребовать их возмещения.

ПРИМЕР

Известным в данном случае является так называемое дело о вине с содержанием гликоля. Летом 1985 г. инспекция по контролю качества

продуктов питания сообщила, что многие продаваемые в Германии вина имеют в своем составе гликоль — вещество, которое, среди прочего, используется в качестве антифриза. Это привело к большой неопределенности в поведении потребителей, и отрасль виноделия стала переживать тяжелый спад продаж. После случившегося федеральное правительство посчитало себя обязанным создать и опубликовать список имеющих в своем составе гликоль вин с конкретным указанием марки, местоположения, года розлива и винодела.

В то же время правительство в целях защиты виноделия прямо указало на то, что этот список содержит только подвергнутые проверке вина и не может означать, что все вина данного местоположения и винодела содержат гликоль. В ответ на опубликование данного списка один из виноделов обратился в суд с иском о запрете публикации на том основании, что она якобы «нарушает его основное право на свободу осуществления профессии, поскольку потребители отреагировали с опаской на ситуацию и из соображений предосторожности совсем перестали покупать вина указанных в списке производителей». В нескольких инстанциях иск был оставлен без удовлетворения. Федеральный Конституционный суд (ФКС) Германии в своем (по сей день небесспорном) направляющем решении также оставил ранее вынесенные решения по данному делу в силе и проявил относительную благосклонность к информационно-предупредительной деятельности государственных органов. По мнению ФКС, публичные предупреждения со стороны правительства в рамках возложенной на него общегосударственной ответственности, пусть даже и без явной основы такого полномочия в законе, являются с точки зрения требований Конституции допустимыми, если информирование происходит объективно, правильно по своему содержанию, и правительство соблюдает принцип соразмерности¹.

Изложенное, однако, не означает, что совершенные административные действия (или административные действия, которые планируются) полностью выведены из-под контроля со стороны административных судов. В тех случаях, когда имеет место административное действие, 1) основанное на норме административного права, и 2) оно может привести к ограничению прав частного лица (или ограничивает право), может быть поставлен вопрос о проверке его законности посредством подачи **иска о совершении действия** (ст. 134 АППК). Очевидно, что допустимой может быть и подача **иска о признании** (ст. 135 АППК), посредством которого, как справедливо подчеркивается в литературе,

¹ См.: *Херрманн Т.* Реальный акт в административном праве: административная деятельность в конфликте между административным актом и административным частным праве // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М.: Инфотропик Медиа, 2017. С. 377–378.

можно установить отсутствие компетенции (полномочий) у субъекта публичного управления на совершение административного действия. Правовой интерес в последнем виде иска (как важное основание для его подачи) может заключаться в том, что лицо желает получить реабилитацию или не допустить повторения подобных действий в будущем¹.

ИНТЕРЕСНО!

В немецкой юридической литературе фактические (административные) действия подразделяются на отдельные виды (группы), анализ которых заслуживает, на наш взгляд, отдельного внимания. Так, предлагается следующая классификация названных действий:

1) **«подготавливающие к регулированию»** – действия, связанные с той или иной административной процедурой и создающие лишь условия для правового регулирования или привлекающие гражданина к участию (например: сведения, ознакомление с материалами дела, заслушивание, осмотр на месте, служебные выезды, сбор данных);

2) **«заменяющие регулирование»** – действия, которые непосредственно изменяют правовой статус заинтересованного лица без предшествующего издания административного акта; они играют важную роль, прежде всего в повседневной работе органов полиции, их применение происходит часто в целях предотвращения опасности, если нарушителя своевременно невозможно обязать к совершению определенного действия или заставить воздержаться от него на основании административного акта (например, при эвакуации неправильно припаркованного автомобиля, в случае перекрытия улиц, усыпления бездомного опасного животного, пожаротушения пожарной службой, задержания лица в целях защиты от самоугрозы). Здесь следует также отметить случаи видеонаблюдения в общественных местах, которые также могут затрагивать частную сферу, или действия работодателя (нанимателя) согласно публичному служебному праву, которые хотя и не направлены на непосредственное регулирование, но затрагивают правовой статус должностных лиц, например, служебная оценка деятельности (аттестация) или кадровые преобразования либо реорганизация в том или ином отделе;

3) **«избегающие регулирования»** – действия, которые направлены не на подготовку к изданию административного акта, а наоборот, – на избежание этого. Такой случай часто имеет место, когда орган пытается воздействовать на поведение лица за счет использования «мягкого» средства. В качестве примеров можно привести предупреждения, информирования или обращения к гражданам;

4) **«исполняющие регулирование»** – действия (меры), которые фактически исполняют правовое регулирование, осуществляемое на основе нормативного акта или для конкретного случая, например: уведомление об исполнении обязанности, изъятие вещи в рамках исполнения админи-

¹ Херрманн Т. Реальный акт в административном праве: административная деятельность в конфликте между административным актом и административным частным правом. С. 379; Allgemeines Verwaltungsrecht von Dr. Jörn Ipsen. 6., neue bearbeitete Auflage. S. 211.

стративных актов или непосредственное принуждение – незамедлительно покинуть место в целях общественной безопасности (нем. Platzverweis). Удаление данных (в частности персональных данных) также относится к данному перечню примеров; удаление данных является реальным актом административного органа, которому, однако, часто предшествует принятие соответствующего административного акта (решение об удалении данных) или предъявление иска о принуждении к исполнению обязанности (нем. Verpflichtungsklage);

5) **все остальные меры (действия)**, которые административный орган исполняет в рамках возложенных на него обязанностей без совершения соответствующего правового регулирования (например, занятия в школах, уход за детьми в детских садах, строительство дорог, научно-исследовательская работа при государственных университетах)¹.

Несмотря на то, что административные действия не вызывают юридических последствий для частных лиц, они, тем не менее, не могут осуществляться в произвольном (внеправовом) порядке. Юридическую основу применения субъектами публичного управления административных действий закладывают законодательные и другие нормативные правовые акты, регулирующие их правовой статус. Вместе с тем необходимо отметить, что в основу применения того или иного административного действия может быть положен и ранее принятый субъектом публичного управления административный акт, уполномочивающий или обязывающий к применению соответствующего административного действия. При совершении административных действий субъект публичного управления должен также соблюдать принцип соразмерности, который будет иметь определяющее значение в ситуациях принятия названных мер на основе административного усмотрения. Надлежащим (правильным) образом должны быть истолкованы и неопределенные юридические понятия, если их толкование выступает необходимой предпосылкой для совершения таких действий². Необходимым является и соблюдение требований, вытекающих из принципа равенства³, нейтральности,

¹ См.: Херрманн Т. Реальный акт в административном праве: административная деятельность в конфликте между административным актом и административным частным праве. С. 370–372.

² Там же. С. 376.

³ См.: Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / пер. з нім. Г. Рижков, І. Сойко, А. Баканов; відп. ред. О. Сироїд. 2-ге вид., перероблене та доповнене. С. 402.

открытости, стабильности административной практики¹. Таким образом, применение субъектами публичного управления административных действий без соответствующего правового основания не допускается.

Поскольку целью административных действий не является урегулирование конкретной жизненной ситуации, установление прав и/или обязанностей частных лиц, то они не получают закрепления в форме юридического документа.

6.8. Основные характеристики публичного имущества

6.8.1. Понятие и признаки публичного имущества

Под **публичным имуществом** (публичной собственностью) понимается совокупность материальных и нематериальных объектов, которые используются субъектами публичного управления для выполнения возложенных на них публичных функций или частными лицами для удовлетворения собственных нужд.

ИНТЕРЕСНО!

Предпосылки для появления публичной собственности как самостоятельной категории были заложены во времена Великой Французской революции, но впервые с достаточной четкостью она была закреплена в Гражданском кодексе Франции 1804 г., где *domaine public* было посвящено несколько кратких положений (ст. 538–540). С точки зрения системы права отношения публичной собственности в современной Франции, наряду с общественными работами и экспроприацией, регламентируются так называемым **административно-имущественным правом**. Его часто называют отдельной правовой отраслью, отпочковавшейся от административного права, но это утверждение не является общепринятым. Бесспорно лишь то, что административно-имущественное право – самостоятельная академическая дисциплина, изучаемая в рамках административного права. Вместе с тем некоторые вопросы собственности, лиц публичного права, а также общественных работ продолжают освещаться и в рамках общего административного права Франции. Отмеченные обстоятельства, разумеется, не исключают взаимодействие законодательства о публичной собственности с гражданским законодательством и применение последнего, например, к ситуациям возмездного приобретения имущества лицами публичного права. Однако

¹ См.: Wolff/Bachof/Stober/Kluth *Verwaltungsrecht I*, 13. Auflage, C.H. Beck, 2017. S. 758.

в целом право публичной собственности во Франции не только отличается от частной собственности физических и юридических лиц по субъектам, объектам, содержанию, механизмам осуществления, но и в принципе относится к иной юридической подсистеме – **сфере публичного права**, представленного соответствующими законодательными источниками и предполагающего юрисдикцию административных судов¹.

Необходимость выделения в системе (составе) собственности публичного имущества (публичной собственности) обусловлена рядом обстоятельств:

во-первых, наличием специфических объектов, вписанных в публичное пространство, доступ к которым обусловлен конституционным статусом личности;

во-вторых, развитием основ социального государства, предполагающих деятельность публичных служб и оказание публичных услуг на базе объектов публичной собственности;

в-третьих, проявлением так называемых уязвимых мест рынка, требующих государственного вмешательства в экономические процессы².

Публичное имущество характеризуется следующими **признаками**:

- получает публичный статус на основании специального юридического акта (закона, постановления и т.п.) или благодаря непосредственному использованию в деятельности субъектов публичного управления³;

- находится в собственности (распоряжении, управлении) субъектов публичного управления;

- может выступать либо средством обеспечения деятельности субъектов публичного управления, либо средством удовлетворения социальных, культурных, физических и других потребностей частных лиц, в том случае, если это согласуется с задачами субъектов публичного управления;

- решение об отчуждении такого имущества принимается исключительно субъектом публичного управления в порядке, установленном законом и, как правило, сопровождается изданием ад-

¹ См.: Винницкий А.В. Публичная собственность. С. 31, 34, 35.

² Там же. С. 89.

³ Там же. С. 49.

министративного акта. В связи с этим считается, что такое имущество имеет статус неотчуждаемого¹;

- порядок распоряжения публичным имуществом регулируется нормами административного права².

ВАЖНО!

Публично-правовая природа отношений, связанных с использованием и распоряжением публичным имуществом, а также анализ деятельности административных судов позволяют согласиться с утверждением, что их предметная компетенция распространяется на рассмотрение споров, связанных с использованием и распоряжением публичным имуществом, которые можно разделить на следующие категории: 1) споры физических или юридических лиц с субъектом властных полномочий по обжалованию его решений, действий или бездействия, связанного с использованием и распоряжением публичным имуществом; 2) споры между субъектами властных полномочий о реализации их компетенции в сфере использования и распоряжения публичным имуществом; 3) споры, возникающие по поводу заключения, исполнения, прекращения, отмены или признания недействительными административных договоров, предметом которых является делегирование полномочий по использованию и распоряжению публичным имуществом; 4) споры по искам субъектов властных полномочий в случаях невозможности использования общественного имущества, находящегося в их государственном управлении³.

6.8.2. Виды публичного имущества

В зависимости от целей, которые достигаются посредством использования публичного имущества, допустимо говорить о следующих его видах:

- **публичные вещи общего использования** (природные объекты, дороги общего использования, площади, тоннели, мосты, вокзалы и т.п.). Особенность данной категории публичных вещей состоит в том, что ими могут воспользоваться все частные лица на безусловной основе. По этой причине перечисленные объекты не могут передаваться в исключительное пользование одному или нескольким лицам;

¹ См.: *Брэбан Г.* Французское административное право / пер. с фр. Д.И. Васильева, В.Д. Карповича; под ред. и со вступ. ст. С.В. Боботова. С. 166–167.

² См.: *Миронюк Р.В., Пицида В.М.* Особливості розгляду спорів, пов'язаних з використанням та розпорядженням публічним майном: монографія. Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2018. С. 11.

³ См.: *Миронюк Р.В., Пицида В.М.* Особливості розгляду спорів, пов'язаних з використанням та розпорядженням публічним майном: монографія. С. 7–8; *Винницький А.В.* Публичная собственность. С. 41.

ПРИМЕР

В соответствии с ч. 1 ст. 20 Закона РК «Об автомобильных дорогах» право пользования автомобильными дорогами общего пользования имеют физические и юридические лица, если иное не предусмотрено законами Республики Казахстан.

• **публичные вещи специального использования.** Характерной особенностью данных объектов является то, что пользование ими предполагает получение специального разрешения, что обусловлено спецификой (потенциальной опасностью) того или иного из них или необходимостью обеспечения бережного отношения к ним со стороны пользователя;

ПРИМЕР

Водный кодекс РК предусматривает существование специального водопользования, которое может осуществляться исключительно на основании специального разрешения.

Разрешения выдаются на следующие виды специального водопользования:

1) сброс подземных вод (шахтных, карьерных, рудничных), попутно забранных при разведке и (или) добыче твердых полезных ископаемых, промышленных, хозяйственно-бытовых, дренажных, сточных и других вод в поверхностные водные объекты, недра, водохозяйственные сооружения или рельеф местности;

2) забор и (или) использование подземных вод с применением сооружений или технических устройств;

3) забор и (или) использование поверхностных вод с применением сооружений или технических устройств (ч. 6 ст. 66 Водного кодекса РК).

• **публичные вещи, которые находятся в распоряжении государственных (коммунальных) учреждений и организаций.** В данном случае речь идет об учебных заведениях, музеях, театрах, больницах, спортивных сооружениях и т.п. Использование перечисленных объектов способствует реализации социальной, культурной, информационной функций государства. Главное отличие названных объектов от вещей общего пользования состоит в том, что частные лица могут пользоваться ими на основании специального (отдельного) разрешения (читательский билет, входной билет, пропуск и т.п.);

• **служебное имущество,** т.е. публичные вещи, находящиеся в пользовании субъектов публичного управления и необходимые для обеспечения выполнения ими возложенных на них функций

и задач. В данном случае речь идет о служебных зданиях, транспорте, специальных средствах сотрудников полиции и т.п. Учитывая специфику данных объектов, можно с уверенностью говорить о том, что они используются преимущественно персоналом соответствующего органа публичной власти. Это, однако, не исключает возможности частных лиц пользоваться некоторыми из них. Например, частные лица имеют право доступа в здания, помещения, где располагаются субъекты публичного управления, хотя из этого правила, конечно же, есть и исключения¹;

- **финансовые средства.** Особенность финансовых средств, по сравнению с вышеперечисленными видами публичных вещей, состоит в том, что последние служат выполнению (реализации) функций (заданий) публичного управления лишь опосредованно – благодаря своим стоимостным характеристикам²;

- **корпоративные права государства,** т.е. права публичных образований, часть которых определяется в уставном фонде общества. Они включают право: участвовать в управлении корпорацией, распределении прибыли общества и получении ее части (дивидендов); на получение информации о деятельности компании; на получение имущества после прекращения деятельности корпорации и т.д. Корпоративные права имеют большое значение в сфере обеспечительного публичного управления³;

- **публичная информация.** В распоряжении органов публичной власти РК находится различная информация, в частности открытые данные, информация с ограниченным доступом, которая представляет собой важный ресурс (правовой статус которого определен различными нормативными актами, например Законом РК «О доступе к информации»), который используется для решения/выполнения публичных задач и функций⁴.

¹ См.: *Wolff H.J., Bachof O., Stober R., Kluth W.* Verwaltungsrecht. Bd II. 7. Aufl. S. 149–153.

² См.: *Винницкий А.В.* Публичная собственность. С. 71.

³ См.: *Паламарчук І.В.* Публічне майно як засіб здійснення повноважень поліції: дис. к.ю.н. ЗНУ, 2017. С. 54.

⁴ См.: *Мельник Р.С.* Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях: навч. посіб. С. 277.

6.9. Понятие и значение частноправовых инструментов деятельности субъектов публичного управления

Прежде всего необходимо обратить внимание на тот факт, что субъекты публичного управления, выполняя возложенные на них задачи, могут действовать с использованием как административно-правовых, так и **частноправовых инструментов**¹. В связи с этим неверно и ошибочно считать, что названные субъекты руководствуются в своей деятельности исключительно нормами административного права.

Исходной позицией, позволяющей использование частного права в сфере публичного управления, является следующая. Частное право считается общим правом, определяющим нормы поведения в обществе, в отличие от публичного права как специального права носителей властных (управленческих) полномочий. В то же время рамочный характер частного права позволяет быстро реагировать на новые процессы, оставляя только базовый стандарт норм. Можно говорить об особой способности частного права к рецепции², а с ней и об оптимизации регулирования управленческой сферы. Таким образом, деятельность административных органов в частноправовых формах и ориентация правил, установленных для частных участников, на критерии публично-административной деятельности представляются в этом случае не выражением злонамеренных попыток вырваться за рамки установленных правовых (публичных) режимов, а целесообразными средствами для того, чтобы предложить юридические рамки для постоянных изменений в распределении ответственности между государством и обществом и для спектра кооперации, который при этом возникает³.

Конституция РК, законы и другие нормативные правовые акты, регулирующие правовой статус субъектов публично-го управления, не запрещают последним использовать в своей

¹ См.: *Maurer H.* Allgemeines Verwaltungsrecht. S. 528.

² См.: Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / пер. з нім. Г. Рижков, І. Сойко, А. Баканов; відп. ред. О. Сироїд. 2-ге вид., перероблене та доповнене. С. 327.

³ Там же. С. 330.

деятельности частноправовые инструменты. В тех случаях, когда нормативно-правовые акты не предписывают субъектам публичного управления действовать с использованием административно-правовых инструментов, они могут применять частноправовые инструменты.

Основными (но далеко не единственными) частноправовыми инструментами деятельности субъектов публичного управления являются гражданско-правовой договор и создание институций частного права, ориентированных на осуществление от имени и под эгидой публичной власти хозяйственной деятельности, сопряженной с получением прибыли.

Частноправовые инструменты деятельности чаще всего используются в сферах **благоприятствующего и обеспечительного** публичного управления.

ПРИМЕР

Приобретение мебели для обеспечения функционирования акимата; аренда транспортных средств; передача в аренду частным лицам недвижимого государственного имущества; государственная железная дорога; государственная почта и др.

Используя частноправовые инструменты деятельности, субъекты публичного управления остаются связанными в данной сфере нормами административного права и своими публичными заданиями (функциями)¹. Об этом уже было сказано выше (см. п. 1.4). Здесь же лишь напомним, что частноправовые инструменты деятельности субъектов публичного управления ограничены: основополагающими правами и свободами человека и гражданина, принципами административного права и пределами их компетенции².

Важным будет также отметить, что в этой части на субъектов публичного управления возлагаются ограничения и иного порядка. Так, они, действуя в частноправовых формах, не могут одновременно регулировать свои отношения с третьими лицами (со своими контрагентами) с помощью нормативных правовых и/или

¹ Дополнительно см. подраздел 1.4.

² См.: *Херрманн Т.* Реальный акт в административном праве: административная деятельность в конфликте между административным актом и административным частным праве. С. 372.

административных актов¹, чтобы, таким образом, не создавать для себя более выгодных условий в данной сфере.

Обобщение к главе 6

«Инструменты публичного управления»

1. Инструменты публичного управления – юридические средства (приемы), используемые субъектами публичного управления для осуществления регулирующего влияния на участников общественных отношений, которые складываются в сфере публичного управления.

2. К инструментам публичного управления относятся:

- подзаконные нормативные правовые акты;
- административные акты;
- административные договоры;
- планы;
- административные действия;
- публичное имущество;
- частноправовые инструменты.

3. Нормативные правовые акты субъектов публичного управления выполняют две основные функции: во-первых, они являются юридическим регулятором деятельности субъектов публичного управления (источником административного права), во-вторых, представляют собой инструмент публичного управления.

Нормативные правовые акты субъектов публичного управления характеризуются следующими признаками: подзаконный характер; публичность; юридическая значимость; односторонность принятия; обязательный характер; обеспечение силой публичного (государственного) принуждения; процедура принятия; письменная форма.

4. Нормативные правовые акты субъектов публичного управления должны соответствовать ряду формальных требований,

¹ См.: Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / пер. з нім. Г. Рижков, І. Сойко, А. Баканов; відп. ред. О. Сироїд. 2-ге вид., перероблене та доповнене. С. 336.

связанных с: компетенцией; процедурой издания; формой; государственной регистрацией; опубликованием.

5. Чтобы ответить на вопрос, является ли конкретный нормативный правовой акт законным, необходимо выяснить:

- имеют ли место законодательно установленные основания для его издания;
- соблюдены ли формальные требования при его подготовке, принятии, регистрации и опубликовании;
- не вышел ли субъект публичного управления за пределы собственной компетенции во время издания такого акта;
- соответствуют ли его положения Конституции и законам РК, а также другим нормативным правовым актам, имеющим высшую юридическую силу;
- не нарушает ли нормативный правовой акт права, свободы и законные интересы частных лиц, закрепленные в Конституции РК.

6. Административный акт является категорией обобщающего порядка, которая используется для обозначения различных видов решений субъектов публичного управления, направленных на регулирование частного (отдельного) случая в сфере публичного управления.

7. Административный акт характеризуется одновременным наличием следующих признаков:

- представляет собой решение;
- принимается административным органом, должностным лицом (субъектом публичного управления);
- направлен на применение/реализацию нормы публичного (административного) права;
- вызывает юридические последствия в виде установления прав или обязанностей для своего адресата;
- носит конкретно-индивидуальный характер;
- характеризуется внешней направленностью действия.

8. Политическое решение является противоположностью административному акту, поскольку:

- в основу политического решения положены не законодательные и другие нормативные правовые акты, а политическая воля, доверие, политическая конъюнктура и политическая культура;

- адресатом политического решения являются субъекты политической деятельности – политики, политические партии, политические органы;

- оно не вызывает непосредственных правовых последствий для частных лиц;

- реакцией на негативное (неверное, ошибочное, нецелесообразное) политическое решение может быть только политическая ответственность¹;

- политическое решение не может являться предметом непосредственного исполнения со стороны субъектов публичного управления. Для его реализации необходимо принятие (издание) дополнительного юридического акта.

9. Административный акт является законным (правомерным), если:

1) имеют место правовые основания для его принятия (правовое уполномочивание на принятие административного акта);

2) при его принятии соблюдены все требования касательно компетенции, процедуры издания административного акта, формы и т.д. (формальные требования);

3) содержание административного акта не противоречит действующим нормативным правовым актам (материальные требования)².

10. Существенными ошибками, ведущими к ничтожности административного акта, являются следующие:

- административный акт издан в письменной или электронной форме, однако нет информации о субъекте его издания;

- не произведено предусмотренное законом доведение до сведения участника административной процедуры содержания административного акта;

- не была соблюдена форма: согласно закону, административный акт может быть издан только путем изготовления документа, но это не было сделано;

- административный акт издан субъектом публичного управления, явно не имевшим на это соответствующих полномочий;

¹ О политической ответственности см.: Сапаргалиев Г. Конституционное право Республики Казахстан: Академический курс. Изд. 3-е доп. С. 348–353.

² См.: Deterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht. 10 Auflage. S. 185–192.

- исполнение такого акта приведет к совершению преступления или иного правонарушения;
- административный акт противоречит нормам морали, т.е. чувству приличия всех воспитанных и справедливо мыслящих людей¹;
- выполнение административного акта объективно невозможно²;
- административный акт издан без согласования (получения разрешения) высшего субъекта публичного управления, если такое согласование (разрешение) обязательно;
- не ясно, кому адресован административный акт;
- непонятно, какой вопрос регулирует административный акт;
- административный акт не содержит принятого решения.

11. Оспариваемыми являются те административные акты, которые были изданы, однако содержат в себе дефекты, в связи с чем их законная сила ставится под сомнение, а значит, может быть оспорена. К ним прежде всего следует отнести те акты, которые имеют отдельные элементы или признаки несоответствия праву, или в которые включены нормы права, регулирующие другие разновидности отношений в сфере публичного управления. Оспариваемые акты обязательны к исполнению. Они продолжают действовать до тех пор, пока их не упразднит уполномоченный субъект.

12. Административный договор применяется субъектом публичного управления в тех случаях, когда для регулирования конкретной жизненной ситуации нецелесообразно применение административного акта или иного инструмента деятельности. В некоторых случаях законодатель напрямую требует от субъекта публичного управления действовать путем заключения административного договора.

Об административном договоре необходимо говорить в тех случаях, когда:

¹ См.: Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. С. 100.

² См.: Тимошук В.П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії: монографія. С. 161.

- он направлен на реализацию норм административного права и, соответственно, возникновение (изменение, прекращение) административно-правовых отношений¹;

- возложенные договором обязательства или сформулированные распоряжения, выполняемые в его пределах, носят административно-правовой характер;

- устанавливаются права и/или обязанности частных лиц, закрепленные в нормах административного права.

13. План представляет собой отдельный вид юридического документа, который используется субъектами публичного управления для регулирования общественных отношений. Особенностью планов является то, что в основу их принятия закладываются не точные, а как правило, прогнозируемые показатели, данные, оценки, которые под влиянием различных жизненных ситуаций и событий могут претерпеть изменения или не подтвердиться. Это говорит об определенной нестабильности планов, что предполагает внесение в них соответствующих изменений и дополнений по мере возникновения потребности.

14. Анализ планов позволяет выделить следующие их содержательные характеристики:

- принимаются субъектом публичного управления любого иерархического уровня;

- правовой основой выступают положения законов и других нормативных правовых актов, закрепляющих статус соответствующего субъекта публичного управления;

- устремлены всегда в будущее с целью регулирования отношений, возникающих в сфере публичного управления. Это достигается путем наполнения плана обязательными для выполнения (соблюдения) положениями, делающими план, в определенных случаях, практически идентичным нормативному акту;

- состоят из совокупности запланированных на будущее мер, находящихся между собой в неразрывной связи;

- могут быть посвящены разработке мер, направленных на реализацию ранее принятых нормативных правовых актов и административных актов;

¹ См.: Пуделька Й. Инструменты действия органов государственного управления. С. 21.

- содержат обязательные временные рамки, в рамках которых должны быть проведены (выполнены) те или иные запланированные мероприятия;
- могут представлять собой способ разрешения противоречий (определенный компромисс), возникших в сфере публично-го управления как между отдельными частными лицами, так и между субъектами публичного управления и частными лицами;
- получают письменную форму закрепления, в том числе и в виде схем, чертежей, математических расчетов;
- могут содержать в себе обязательные для исполнения предписания и/или ограничения;
- в определенном смысле не являются самостоятельными юридическими актами, так как утверждаются (вводятся в действие) отдельным решением (приказом, распоряжением, постановлением и т. п.) субъекта публичного управления¹.

15. Субъекты публичного управления при выполнении возложенных на них полномочий совершают различные административные действия, не вызывающие юридических последствий, в том числе и для частных лиц. Вследствие их применения не возникает никаких правоотношений. Административные действия, таким образом, вызывают только фактические (реальные), а не юридические последствия². Иными словами, они (в подавляющем большинстве случаев) не изменяют правовой статус частных лиц (не возлагают на них ограничения, обязанности; не предоставляют права), в отношении которых они направлены.

16. Под публичным имуществом (публичной собственностью) понимается совокупность материальных и нематериальных объектов, которые используются субъектами публичного управления для выполнения возложенных на них публичных функций или частными лицами для удовлетворения собственных нужд.

¹ См.: Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut / Georg Erler, Werner Thieme, Max Imboden, Klaus Obermayer // Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 18. Berlin, 1960. S. 140–142, 169–171; Шмидт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / пер. з нім. Г. Рижков, І. Сойко, А. Баканов; відп. ред. О. Сироїд. 2-ге вид., перероблене та доповнене. С. 381 и след.

² См.: Пуделька Й. Инструменты действия органов государственного управления. С. 18.

Публичное имущество характеризуется следующими признаками:

- *получает публичный статус на основании специального юридического акта (закона, постановления и т.п.) или благодаря непосредственному использованию в деятельности субъектов публичного управления¹;*
- *находится в собственности (распоряжении, управлении) субъектов публичного управления;*
- *может выступать либо средством обеспечения деятельности субъектов публичного управления, либо средством удовлетворения социальных, культурных, физических и других потребностей частных лиц в том случае, если это согласуется с задачами субъектов публичного управления;*
- *решение об отчуждении такого имущества принимается исключительно субъектом публичного управления в порядке, установленном законом и, как правило, сопровождается изданием административного акта. В связи с этим считается, что такое имущество имеет статус неотчуждаемого²;*
- *порядок распоряжения публичным имуществом регулируется нормами административного права³.*

17. Субъекты публичного управления, выполняя возложенные на них задачи, могут действовать с использованием как административно-правовых, так и частноправовых инструментов. Основными (но далеко не единственными) частноправовыми инструментами деятельности субъектов публичного управления являются гражданско-правовой договор и создание институций частного права, ориентированных на осуществление от имени и под эгидой публичной власти хозяйственной деятельности, сопряженной с получением прибыли.

Частноправовые инструменты деятельности чаще всего используются в сферах благоприятствующего и обеспечительного публичного управления.

¹ См.: Винницкий А.В. Публичная собственность. С. 49.

² См.: Брэбан Г. Французское административное право / пер. с фр. Д.И. Васильева, В.Д. Карповича; под ред. и со вступ. ст. С.В. Боботова. С. 166–167.

³ См.: Миронюк Р.В., Пицида В.М. Особливості розгляду спорів, пов'язаних з використанням та розпорядженням публічним майном: монографія. С. 11.

Алфавитно-предметный указатель

- Административно-имущественное право 321
Административно-частное право 28
Административное право 11; 45; 47; 61; 73; 84; 88; 94-96; 98; 161; 170; 208-209; 231; 307
Административное распорядительство 20; 75; 86
Административное усмотрение 190-193
Административные полномочия 19-20; 42
Административный акт 79; 96; 186-188; 191; 258-285; 287-299; 320; 329-331
Административный акт, затрагивающий права большого количества лиц 186; 276-277
Административный договор 69; 300; 302-304; 306; 308; 310-312; 331
Административный орган 20; 66; 99; 109; 182; 185; 193; 203; 210-211; 230; 240; 268; 275; 288; 292; 297
Административное действие 265; 283; 318
Аналогия права 168; 196; 206
- Благоприятный административный акт 24; 205; 274; 288;
Благоприятствующее публичное управление 24; 43; 307; 327; 334
- Верховенство закона 172
Верховенство права (принцип) 82; 166; 172; 175; 178
Внутренние административные процедуры 35; 51; 79
Внутриорганизационное право 51
- Государственная служба 220-221; 224-225; 227; 241-242
Государственное управление 13; 32; 42
Государственный служащий 227; 229-231; 242; 268
- Двухступенчатая теория 68-69; 86
Действующее право Республики Казахстан 122
Делегированное управление 15; 20; 42
Дискреционные полномочия 109; 176-177; 273; 286
Дискреционный административный акт 275-276; 292
Дискриминация 109; 178; 184
Доктрина плодов отравленного дерева 110
- Законодательный акт 122; 310

Законодательство Республики Казахстан 122
Законотворчество 18-19;
Защитная функция основных прав и свобод человека 18; 102

Иерархическую пирамиду юридических актов 145-146; 148-149; 164
Институт административного права 75
Инструменты публичного управления 244; 246; 328
Источник административного права 87; 89; 144; 164

Конкуренция (коллизия) норм права 149
Конституционные ценности 37
Международный договор, не подлежащий ратификации 118-119; 155; 162
Молчаливое согласие 263; 285-286
Муниципальное управление 15; 42

Необходимость 96; 187-188
Неопределенные юридические понятия 192-193; 291
Неформализованные юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления 139; 166
Ничтожный административный акт 295; 297; 330
Ничтожный административный договор 311-312
Норма административного права 75; 89; 92
Нормативный правовой акт 152; 247-249

Обеспечительное публичное управление 25; 43
Обременяющее публичное управление 23; 43
Обременяющий административный акт 24; 273-274
Общее административное право 79; 81; 86
Общее распоряжение 266
Объективное публичное право 233
Орган публичной власти 42; 51
Органы местного самоуправления 22; 217
Особенное административное право 80-83; 86
Особо подчиненные лица 52; 84; 269
Оспоримый административный акт 299
Отрасль Особенного административного права 75
Охлократия 49

План 312-316; 332
Политика (политическая деятельность) 21; 271

Политические государственные служащие 228
Политическое решение 21; 261; 270-271; 329-330
Право административной кооперации 57
Право публичного управления 45; 84
Право публичной службы (служебное право) 75; 241
Правовое государство 171-173; 197
Правомерность (принцип) 105; 146; 174; 207
Правосубъектность 208; 240
Правосудие 18; 138
Предмет административного права 46-48; 56; 84-85
Презумпция законности (правомерности) административного акта 294; 299
Пригодность 187
Принцип административного права 165-169; 205-206
Принцип права 165-166
Пропорциональность 168; 188
Публичная власть 11
Публично-властные управленческие функции 17; 20
Публичное администрирование 12; 42
Публичное имущество 53; 322; 334
Публичное управление 12; 15-21; 42-43
Публичный интерес 31-32; 34-40; 44

Связанный административный акт 275
Система административного права 75-76; 82; 86
Система законодательства Республики Казахстан 122
Служебное распоряжение 260; 268
Соразмерность (принцип) 186-187
Специально-правовая теория 66-67; 85
Справедливость (принцип) 182-184
Субсумпция 291
Субъект государственного управления 210
Субъект делегированных полномочий 19-20; 264
Субъект публичной администрации 210
Субъективные публичные права частного лица 232; 237; 243
Субъекты административного права 208; 240
Субъекты делегированных полномочий 218
Субъекты публичного управления 22; 43; 212; 215-217; 240-241

Теория разграничения норм публичного (административного) и частного права 63

Теория субординации 64; 85
Управление 12; 15
Усеченные административно-правовые отношения 48; 53

Фиктивный административный акт 263; 286-287
Форма права 88
Формализованные юридические регуляторы деятельности субъектов публичного управления 139

Хозяйственная деятельность 26

Частное лицо 20; 196; 208
Частноправовое управление 16
Частноправовой инструмент 326-327; 334
Человекоцентризм / человекоцентричность 17; 47; 59-61; 77; 111; 194; 300

Элемент юридического состава нормы 91
Этнический профайлинг 109

Юридическая доктрина 140; 142; 164
Юридическая определенность 175-176; 284
Юридическая сила нормативного правового акта 145
Юридическая фикция 230; 286
Юридический регулятор деятельности субъектов публичного управления 88; 93; 124; 136; 139
Юридический факт 92; 258

ДЛЯ ЗАМЕТОК

Учебное издание

Мельник Роман Сергеевич

**ОБЩЕЕ АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Учебник

Том 1

Введение в теорию

Редактор *С.Н. Володина*

Компьютерная верстка *И.В. Тратников*

Художественное оформление *М.В. Мухитова*

Подписано в печать 08.11.2022.

Формат 60х84^{1/16}. Бумага офсетная. Гарнитура «Times».

Объем 21,25 печ. л. Тираж 60 экз. Заказ № 8755.



Издано в ТОО «Издательство LEM»

050008, г. Алматы, ул. Ауэзова, 82, уг. ул. Мынбаева, тел./факс 375-51-33.