



E PLURIBUS UNUM

ҚҰҚЫҚ және МЕМЛЕКЕТ ПРАВО и ГОСУДАРСТВО LAW and STATE

№ 4 (101), 2023

**САҒАТХАН ӘШІМБАЙҰЛЫ
ӘШІМБАЕВ**
INTERNATIONAL SCHOOL OF JURISPRUDENCE

Сағатхан Әшімбайұлы Әшімбаев - қазақстандық саяси, ғылыми, журналистикалық және қоғам қайраткері. 1947 жылы 1 мамыр күні Жамбыл облысында дүниеге келген. Сағатхан Әшімбайұлы өзі еңбек жасаған 1967 жылдан бастап, әртүрлі кезеңдегі қоғам қайраткері ретінде 1980 жылдардан бастап Қазақстан Республикасының Қайталанған Қарулы Атты Әскерінің әріптесі атанып, бұқаралық баспасөзінде жұмыс істеген ретінде танылған.

1986 жылдан бастап Қазақ КСР Мемлекеттік телерадиобары ұйымының телерадиобары партия жетекшісі ретінде жұмыс істеген. 1991 жылдан бастап Қазақ КСР Телерадиобары партия жетекшісі қызметінде жұмыс істеген. 1991 жылдан бастап Қазақ КСР Телерадиобары партия жетекшісі қызметінде жұмыс істеген.

Сондай-ақ, Сағатхан «Сай Мұрат» - Тағайындалған, «Параллель құрмет» - Шығармаларының суретшісі, «Ақиқаттың айналымы» және т.б. еңбектерімен және басқа да жарияланған еңбектерімен автор.

Сағатхан Әшімбайұлы қазақ саяси журналистикасының қазіргі кезеңіндегі ең белсенді және әділ бағалаушысы. Оның еңбектері қазақстандық қоғамның дамуына өзіндік үлесін қосып келеді. Сағатхан Әшімбайұлы Қазақстан Журналистер одағының мүшесі және Қазақстан Журналистер одағының Әшімбайұлы ретінде ең үздік телерадиобары атымен марапатталған.

“Ойлы адамның бәрі партиямен, өзінен бөлектеді”
- Сағатхан Әшімбайұлы



OPKAR GAIL WINTER

Understanding Russian Legal Realism in the Modern Science; International Law and military force of the States; Morality and nature of law; Kazakhstan Republic in the Modern Science; Error in the contract in the French law; Law as planning.



SCOTT J. SHAPIRO

Law as planning; Error in the contract in the French law; Morality and nature of law; Kazakhstan Republic in the Modern Science; International Law and military force of the States; Understanding Russian Legal Realism in the Modern Science.



INTERNATIONAL SCHOOL OF JURISPRUDENCE

В номере обсуждаются проблемы:

- Understanding Russian Legal Realism in the Modern Science;
- International Law and military force of the States;
- Мораль и природа права;
- Қазақстан Республикасындағы қоғамдық басқару құралдары;
- Ошибка в договоре во французском праве;
- Право как планирование.

Рецензия на книгу Скотта Дж. Шапира «Законность».



ҚҰҚЫҚ және МЕМЛЕКЕТ ПРАВО и ГОСУДАРСТВО LAW and STATE

№ 4 (101), 2023

В номере обсуждаются проблемы:

- Understanding Russian Legal Realism in the Modern Science;
 - International Law and military force of the States;
 - Мораль и природа права;
 - Қазақстан Республикасындағы қоғамдық басқару құралдары;
 - Ошибка в договоре во французском праве;
 - Право как планирование.
- Рецензия на книгу Скотта Дж. Шапиро «Законность».

ХАЛЫҚАРАЛЫҚ РЕДАКЦИЯЛЫҚ КЕҢЕСІ:

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

РЕДАКЦИЯЛЫҚ АЛҚА МҮШЕЛЕРІ:

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

МЕЖДУНАРОДНЫЙ РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:

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

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ:

1. Дидикин А.Б. (главный редактор) — д.фил.н., к.ю.н., Associate professor Департамента публичного права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
2. Абдрастолова Г.Э. — к.ю.н., Teaching professor Департамента частного права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
3. Аубакирова И.У. — д.ю.н., Assistant professor Департамента публичного права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
4. Ахмади М.А. — PhD, Assistant professor, Вице-Провост по научной деятельности и исследованиям Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
5. Бектибаева О.С. — PhD, директор (декан) Высшей школы права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
6. Биебаева А.А. — к.ю.н., доцент, директор Научно-образовательного центра уголовно-правовых дисциплин Академии правосудия при Верховном Суде РК (г. Астана);
7. Возняк О.А. — к.ю.н., Teaching professor Департамента уголовного правосудия Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
8. Джекебаев Ч.У. — к.ю.н., заместитель директора Учебного центра при Республиканской палате частных судебных исполнителей (г. Астана);
9. Естемиров М.А. — PhD, ассоциированный профессор Университета Сулеймана Демиреля (г. Алматы);
10. Ешениязов Н.С. — PhD, Assistant professor Департамента международного права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
11. Жумагулов М.И. — д.ю.н., профессор, член Высшего Судебного Совета Республики Казахстан (г. Астана);
12. Жусупов А.Д. — д.ю.н., Teaching professor Департамента публичного права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
13. Идыршьева С.К. — д.ю.н., Professor Emeritus Департамента частного права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
14. Калишьева Ж.Г. — к.ю.н., Professor Emeritus Департамента публичного права, руководитель Бюро по оценке и сертификации юристов Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
15. Каудыров Т.Е. — д.ю.н., Teaching professor Департамента частного права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
16. Ким К.В. — к.ю.н., Professor Emeritus Департамента Уголовного правосудия Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
17. Когамов М.Ч. — д.ю.н., профессор, руководитель научно-исследовательских проектов по вопросам уголовного правосудия и научной экспертизы Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
18. Лозовая О.В. — PhD, Teaching professor Департамента международного права, заместитель директора (декана) по науке, послевузовскому обучению и развитию Высшей школы права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
19. Малиновский В.А. — д.ю.н., профессор НАО «Университет Нархоз» (г. Алматы);
20. Мельник Р.С. — д.ю.н., Associate professor, директор Научной школы административного и немецкого права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
21. Нарикбаев Т.М. — к.ю.н., Председатель Правления Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
22. Ногайбай З.М. — доктор права, советник, White & Case Kazakhstan (г. Астана);
23. Нуртаев Р.Т. — д.ю.н., Professor Emeritus Департамента уголовного правосудия Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
24. Оразбаева А.А. — к.ю.н., Teaching professor Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
25. Пен С.Г. — к.ю.н., Провост (Ректор) Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
26. Подопригора Р.А. — д.ю.н., профессор, судья Конституционного Суда Республики Казахстан (г. Астана);
27. Саплин С.В. — доктор права, ассоциированный профессор, ассоциированный декан Школы права Университета КИМЭП (г. Алматы);
28. Сейтенов К.К. — д.ю.н., профессор, первый проректор Академии правоохранительных органов при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан (г. Астана);
29. Темирбеков Ж.Р. — PhD, Teaching professor Департамента публичного права Высшей школы права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
30. Тлепина Ш.В. — д.ю.н., профессор, заведующая кафедрой международного права Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева (г. Астана);
31. Ударцев С.Ф. — д.ю.н., профессор, судья Конституционного Суда Республики Казахстан (г. Астана);
32. Хасенов М.Х. — PhD, Assistant professor Департамента частного права Maqсут Narikbayev University (г. Астана);
33. Шапак У.Ш. — д.ю.н., Профессор, депутат Мажилиса Парламента Республики Казахстан (г. Астана).

INTERNATIONAL EDITORIAL COUNCIL:

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

EDITORIAL BOARD:

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

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

<i>Tonkov E.N.</i> (Russia, c. Saint-Petersburg), <i>Tonkov D.E.</i> (Uzbekistan, c. Tashkent) Understanding Russian Legal Realism in the Modern Science	6
--	---

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Temirbekov Z.R.</i> (Kazakhstan, c. Astana) Whether and to what extent does International Law allow States to use military force against armed non-state actors on the territory of another state?	19
---	----

ПЕРЕВОДЫ

<i>Химма К.Э.</i> (США, г. Сиэтл) Мораль и природа права. Глава 8. Концептуальная возможность моральных критериев юридической действительности	38
--	----

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

<i>Калишева Н.Х.</i> (Қазақстан, Алматы қ.) Қазақстан Республикасындағы қоғамдық басқару құралдары: «адамға бағытталған формат»	60
---	----

ТРИБУНА МОЛОДЫХ УЧЕНЫХ

<i>Жижин П.Ф.</i> (Қазақстан, г. Алматы) Ошибка в договоре во французском праве	74
---	----

РЕЦЕНЗИИ И БИБЛИОГРАФИЯ

<i>Дидикин А.Б.</i> (Қазақстан, г. Астана) Право как планирование. Рецензия на книгу Скотта Дж. Шапиро «Законность» (Пер. с англ., М., 2021).....	97
---	----

МАЗМҰНЫ	106
---------------	-----

CONTENTS	106
----------------	-----

ИНФОРМАЦИЯ ДЛЯ АВТОРОВ	107
------------------------------	-----

UNDERSTANDING RUSSIAN LEGAL REALISM IN THE MODERN SCIENCE



E.N. TONKOV,
PhD in Law, Associate Professor,
Department of Law, North-West
Institute of Management –
branch of the Russian Presidential
Academy of National Economy
and Public Administration
(Saint Petersburg, Russia)
E-mail: e.tonkov@mail.ru



D.E. TONKOV,
PhD in Law, Lecturer, The branch of the
Moscow State Institute
of International Relations (University)
of the Ministry of Foreign Affairs
of the Russian Federation
in the city of Tashkent
(Tashkent, Uzbekistan)
E-mail: dmitrii.tonkov@gmail.com

This paper is devoted to modern researches on the Russian realistic jurisprudence. The relevance of the topic of this paper is determined by growing interest in legal realistic movements in general and Russian legal realism in particular. Current approaches to the analysis, reconstruction and criticism of legal realism are being developed by leading scholars that indicates the importance of the realistic paradigm in law. The approaches to understanding Russian legal realism considered in the paper especially in the context of classic American and Scandinavian realistic movements allow analyzing the trends in the further development of the theory and practice of legal realism in Russia. The subject of the study is the approaches of modern scholars to the phenomenon of Russian legal realism. The purpose of the work is to clarify the reasonableness of the identification of the Russian realistic movement in law. The novelty of the topic consists of the analysis of works that have appeared in the last decade on the subject of Russian legal realism including a comparison of the principal opinions available in science about the representatives of this movement and the prospects for its recognition as a “classic” realistic movement along with American and Scandinavian legal realism. Descriptive, formal logical and comparative legal methods were used as the key research methods including the analysis of the works of the authors of the English-language collective monograph “Russian Legal Realism” (2018, Springer) and

the comparison of American, Scandinavian and Russian realistic movements in jurisprudence. The main conclusions of the paper are the necessity for further research of Russian legal thought of the late 19th–early 20th centuries and its development in the 20th–21st centuries in order to distinguish more clearly the Russian version of legal realism among diverse psychological and sociological theories as well as to compare presumably realistic ideas in Russia with the already acknowledged classic movements of legal realism in the USA and Scandinavia. The significance of such a comparative analysis for justification of the existence of a specific Russian movement of legal realism is emphasized. Despite many methodological difficulties an understanding of Russian legal realism is provided that distinguishes the works of its predecessors at the end of the 19th century and supporters (theorists and practitioners) in the 20th century: the proposed understanding also actualizes their significant influence on Russian legal realities in the 21st century.

Keywords: Russian legal realism, realistic jurisprudence, philosophy of law, sociology of law, psychological theory of law, L. Petrażycki, modern Russian jurisprudence.

Introduction

“Realistic jurisprudence”, or “legal realism”, is currently an established concept of the *theory and philosophy of law*. It emphasizes the importance of law enforcement procedures, the psychological perception of the factuality of law and the denial of excessive metaphysics that contradicts the empirical observations of the researcher. Legal realists believe that law is not only a logical and restricted system of rules (“paper rules”), but is a complex phenomenon consisting of prevailing ideas about the essence and functions of law, texts about legal norms, as well as a combination of acts of human behavior (“real rules”)¹.

The term “legal realism” initially arose during the scientific polemics of the 1930s² in the United States and was used to refer to the *American legal movement* of the mid-20th century, which united various scholars led by such thinkers as Karl Llewellyn, Jerome Frank, Walter Cook, Herman Oliphant, Underhill Moore, Felix Cohen, etc. They condemned the formalism, abstract nature and conservatism of traditional jurisprudence (natural law theories and legal positivism of the legist model).

The worldwide popularity of the American realistic movement in the middle of the 20th century resulted in the fact that Swedish and other Scandinavian proponents of Axel Hagerström’s philosophy of law began to be designated as “*Scandinavian legal realists*”, uniting representatives of the Swedish “Uppsala school of philosophy of law” – mainly A. Hagerström, Vilhelm Lundstedt and Karl Olivecrona – with Alf Ross and others³. The four thinkers are recognized as the most outstanding representatives of the Scandinavian realistic movement in jurisprudence: it is considered that law should be based on actual experience, traditional legal concepts consist of metaphysical ideas devoid of practical meaning⁴ and these “illusory” concepts should be eliminated from jurisprudence.

Scandinavian variant of the realistic approach to law presumably found its designation due to frequent use by its representatives in their philosophical and legal studies of “realistic” terms borrowed from various humanitarian and natural sciences, and the prominence of the “American le-

¹See: Tonkov E.N., Tonkov D.E. *Legal Realism / Pax Britannica Series*. Saint-Petersburg, 2022. P. 15–16.

²See: Hull N.E.H. *Some Realism about the Llewellyn – Pound Exchange over Realism: the Newly Uncovered Private Correspondence, 1927–1931 // Wisconsin Law Review*. 1987. № 6. P. 921–969; Hull N.E.H. *Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to the Llewellyn – Pound Exchange over Legal Realism // Duke Law Review*. 1989. № 5. P. 1302–1334.

³See, e.g.: Strang J. *Two Generations of Scandinavian Legal Realists // Retfærd: Nordisk Juridisk Tidsskrift*. 2009. Bd. 32. Nr. 1/124. P. 62–82; Mindus P. *A Real Mind: the Life and Work of Axel Hägerström / Law and Philosophy Library*. Vol. 87. Dordrecht, Heidelberg, London, N.Y., 2009. P. xvii.

⁴See, e.g.: Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised: My Views on Law*. Stockholm, 1956. P. 16–17.

gal realism” at a time when the works of Scandinavian scholars became available for research by the world community⁵. Thus, certain common ideas of American and Scandinavian legal realism⁶ with a comparable period of their intellectual influence in the respective regions, predetermined the name of the movement with a “realistic” approach to law in Scandinavia.

Subsequently the concept of “legal realism”, or “realistic jurisprudence” began to be used to designate various movements in law, striving *inter alia* for greater empiricism, pragmatism, sociologism and psychologism in understanding legal phenomena to reduce the implication of abstraction and metaphysics in law, to explain the realities of judicial activity and emphasize the important role of legal actors (in particular, judges and subjects of executive power), to interpretative skepticism, as well as recognizing the mutual influence of law and a set of social and personal values. American and Scandinavian movements of legal realism, that arose between the two World Wars, have become ideological inspirers of many *realistic trends in world jurisprudence*, the most well-known of which are Italian (including Genoese and Bologna’s, or “normative legal realism”), French, German, Continental (Psychological), New (New American and European) Legal Realisms⁷. Attempts to reconstruct a realistic approach to law or to give an up-to-date analysis of realistic jurisprudence contain in the works of such scientists as Brian Bix, Hanoch Dagan, Brian Leiter, Patricia Mindus, Torben Spaak, Johan Strang, Brian Tamanaha⁸, etc.

American and Scandinavian legal realism are usually recognized as *two classic* movements of realistic jurisprudence. They are distinguished by undeniable innovation not only in content, but also in the style of presentation of research, persistence in defending their positions, eagerness to reform legal institutions. Chronologically classic American and Scandinavian legal realism had the utmost influence in the Interwar period, that conceptually distinguishes the thinking of their main representatives from the supporters of many subsequent “non-classical” movements of legal realism. The *origins of legal realism in Russia* is notable in this regard: the phenomenon Russian legal realism has been actively developing in modern science since the 2010s⁹ and claims to be a classic version of legal realism of the 20th century with its further development in the 21st century.

Main Provisions

In modern Russian and world science it is widely believed that as the representatives of Russian legal realism should be considered supporters of the St. Petersburg School of Philosophy of

⁵See: Hart H.L.A. Scandinavian Realism // The Cambridge Law Journal. 1959. Vol. 17. № 2. P. 233–240.

⁶See, e.g.: Martin M. Legal Realism: American and Scandinavian. N.Y., 1997; Tonkov D.E. Pravovoj realizm: amerikanskoe i skandinavskoe napravleniya [Legal realism: American and Scandinavian variants]. Moscow, 2021. (in Russ.).

⁷See the global context of the Russian realistic legal thought, e.g.: Tonkov D.E., Tonkov E.N. Legal Realism, Russian // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy / ed. by M. Sellers, S. Kirste. 2023. P. 2–3. URL: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_1100-1 (03.12.2023).

⁸See, e.g.: Tonkov E.N., Tonkov D.E. Legal Realism. P. 384–406.

⁹As a term it was introduced into world science in 2012 and is still successfully developing in various national non-English and international English works. See more: Tonkov D.E., Tonkov E.N. Legal Realism, Russian. P. 1; Tonkov E.N. Russian legal realism // Changing the Russian Law: legality and current challenges (17–19 October 2012, conference program). University of Helsinki. Helsinki, 2012; etc. Issues of Russian legal realism are more frequently becoming one of the topics of leading international scientific forums. See, e.g.: Legal Realism in Russia / Special Workshop 51. The XXX World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR). URL: <https://www.ivr2022.org/sw51/> (03.12.2023). See also, e.g.: Timoshina E.V., Lorini G., Żelaniec W. Other Russian or Polish Legal Realists // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Vol. 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. T. 2: Main Orientations and Topics. Chapter 20 / ed. by E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht, 2016. P. 527–557.

Law of the early 20th century, which is often equated with the psychological school of law of Leon Petrażycki, or adherents (all or the majority) of sociological and psychological approaches to law in Russia in the late 19th – early 20th centuries. In this regard, the most relevant and comprehensive English-language work on the subject of the realistic movement in Russia is the collective monograph “Russian Legal Realism” (2018)¹⁰, for the publication of which the scientific conferences of St. Petersburg State University in 2010s and the Polish-language book by Julia Stanek “Russian Legal Realism: psychological and sociological school of law” (2017)¹¹ served as constructive impulses. Polish editors Bartosz Brożek, J. Stanek and Jerzy Stelmach together with an international group of authors – A. Polyakov, A. N. Medushevsky, J. Stanek, E. Fittipaldi, E. Timoshina, M. Antonov, A. Zolkin and O. Merezhko – presented to the English-speaking world science the notions of Russian legal realists, their predecessors and followers, who combined psychological and sociological approaches to law: the authors consider that “the collection of ideas on law discussed in Russia at the beginning of the twentieth century can be understood as a unified school of legal thought – as *Russian legal realism*”¹².

The *criteria* for defining Russian legal realism in the collective monograph are four “fundamental elements” that “must be applied jointly, and none of them alone points to any specific attribute of the school”¹³: 1) conceptual apparatus developed by L. Petrażycki and his followers; 2) Russian scientific milieu as all of its representatives began their academic careers in Russia, mainly in St. Petersburg; 3) the period of the emergence of the school and its duration, a time spanning from the end of the 19th century to the 1930s (it is believed that works of Sergey Muromtsev and Nikolay Korkunov contain the foundations for legal realism in Russia, and the final phase is assumed to be the 1930s, when L. Petrażycki died and many representatives of the school changed their approach to law, as well as the subject of their research); 4) the commonality of the ideas. The authors note that the work of representatives of Russian legal realism contributed to new areas of research with special attention to the psychological and sociological aspects of legal phenomena.

The analysis of the collective monograph “Russian Legal Realism” in general shows a tendency to *meronymize* (sometimes even *synonymize*) the concepts of “St. Petersburg School of Law”, “L. Petrażycki’s psychological school of law”, “Russian legal thought of the late 19th–early 20th century” and “Russian legal realism” without clear specification of their correlation. It seems evident that representatives of the St. Petersburg School of Philosophy of Law, headed by L. Petrażycki, played an important role in the formation of Russian legal realism. However, it is necessary to emphasize that the Russian realistic movement in law should be viewed through the prism of a wider range of actors, whose theoretical and practical activities shaped the realities of Russian law in the 20th–21st centuries. This point of view is also supported by the history of classic American and Scandinavian realistic movements.

Materials and Research Methods

The research is based, inter alia, on descriptive, formal logical and comparative legal methods. The analysis of collective monograph “Russian Legal Realism” (2018) shows the necessity for more precise differentiation of such concepts as “St. Petersburg School of Law”, “L. Petrażycki’s psychological school of law”, “Russian legal thought of the late 19th– early 20th century”

¹⁰Russian Legal Realism / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham, 2018. See also the review of the collective monograph, e.g.: Temirbekov Zh.R. «RUSSIAN LEGAL REALISM»: Мақалалар жинарына recenziya [Review of the collection of articles «RUSSIAN LEGAL REALISM»] // Law and State. 2019. № 4 (85). P. 122–134. (in Kaz.).

¹¹Stanek J. Rosyjski Realizm Prawny: psychologiczno-socjologiczna szkoła prawa [Russian Legal Realism: psychological and sociological school of law]. Warszawa, 2017. (in Pol.).

¹²Russian Legal Realism / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. P. v.

¹³See: Ibid. P. vi–viii.

and “Russian legal realism” in modern jurisprudence. The comparison of classic American and Scandinavian movements of legal realism is made while justifying the possibility of identification the Russian realistic jurisprudence in 20th–21st centuries.

Research Results

1. Different Approaches to Russian Legal Realism

The fundamental nature of the theoretical developments of L. Petrażycki and his followers often does not allow to distinguish the “psychological school of law” of the outstanding scholar (or the entire St. Petersburg School of Philosophy of Law) from “Russian legal realism” and leads to unjustified identity of these concepts. Furthermore, the whole range of sociological and psychological approaches in Russia of the late 19th–early 20th centuries is often named as “Russian legal realism”, that raises additional doubts about the correctness of its description as a “school”: arguments about the controversial nature of such a designation of a realistic approach to law, for example, in classic American and Scandinavian movements of the mid-20th century (mainly due to heterogeneity of the realistic ideas)¹⁴ are also applicable for the Russian legal realism. Some researchers make attempts to list the representatives of Russian realistic jurisprudence, however none of these suggestions can be recognized as completed. Nevertheless, the majority of attempts are united by the leading proponents of Russian legal realism and have many *intersecting provisions*. Some points of view from the collective monograph are the following.

Andrey Polyakov states that in the early 20th century Leon Petrażycki founded the psychological school of legal philosophy at the St. Petersburg Imperial University and that “this school can be considered as an independent, local version of legal realism (its adherents include, inter alia, G. Guins, G. Ivanov, A. Kruglevsky, M. Laserson, P. Mikhailov, G. Gurvitch, N. Timasheff, P. Sorokin, S. Hessen, M. Reisner)”¹⁵. The emergence of this school diversified the Russian philosophy of law, which by this time was striving to find a compromise between positivist and sociological approaches. Moreover, the “representatives of sociological school headed by Sergey Muromtsev, Nikolai Korkunov, and Maksim Kovalevsky... considered law as the reality of human interaction and paid considerable attention to its physiological aspect. This was, to some extent, a way of reconciling their views with those of the St. Petersburg school”¹⁶. A. Polyakov also notes, that “St. Petersburg school of legal philosophy... was heavily influenced by Korkunov’s works” and “Korkunov created a realistic conception of law, based on a synthesis of positivism, sociology and psychology”¹⁷.

According to A. Polyakov, the period “between two revolutions” (1905–1917) “saw the rise of Russian legal scholars who combined ideas of both ‘neo-idealists’ and ‘realists’ and were straightforward about setting and solving the task of creating a coherent, holistic and integrated theory of law which would reconcile various classic and non-classical understandings of it: statism and natural law, sociological and psychological theories”¹⁸ such as B. Kistiakowsky, P. Sorokin, A. Yashchenko, F. Taranovsky, S. Frank, G. Gurvitch, P. Vinogradov, etc. Academic traditions of legal thinking of imperial Russia were continued after 1917 in a number of research centers outside Russia (for example, in China, Germany, Czechoslovakia, France, Yugoslavia): “they were led by the representatives of two schools: Petrażycki’s St. Petersburg school (P. Sorokin, G. Gurvitch, N. Timasheff, G. Guins, S. Hessen) and Novgorodtsev’s Moscow School

¹⁴See, e.g.: Tonkov E.N., Tonkov D.E. Legal Realism. P. 25, 93.

¹⁵Polyakov A. The St. Petersburg School of Legal Philosophy and Russian Legal Thought // Russian Legal Realism / ed. by B. Brožek, J. Stanek, J. Stelmach. P. 1, 4–5.

¹⁶Ibid. P. 4.

¹⁷Polyakov A. The Theory of State and Law by Nikolay Korkunov // Russian Legal Realism / ed. by B. Brožek, J. Stanek, J. Stelmach. P. 67.

¹⁸Polyakov A. The St. Petersburg School of Legal Philosophy and Russian Legal Thought. P. 17.

(N. Alexeev, I. Ilyin, S. Frank)¹⁹. A. Polyakov points out that, in particular, P. Sorokin developed a plan for integrating the theory of law “in a realistic and communicative fashion”, G. Gurvich “developed Petrażycki’s theory towards a realistic concept of law but he did not share his teacher’s pan-psychologism”²⁰. Moreover, such Russian jurists as N. Berdyaev, B. Vysheslavtsev, I. Ilyin, B. Kistyakovskiy, S. Kotliarevskiy, K. Kuznetsov, I. Mikhailovskiy, P. Novgorodtsev, E. Spektorskij, E. Trubetskoy, A. Yashchenko, etc., who had similar opinions regarding the criticism of positivist theories of law for their formalism, dogmatism, relativism and statist tendencies, were representatives of Russian “sociological and psychological realism”²¹.

Andrey N. Medushevsky explores the nature of the Russian psychological school of law from the perspective of the “international realist movement”, defines the role of the psychological approach in the formation of a realist paradigm and its influence on the development of critical theory in early Soviet law²². The comparative analysis of the Russian psychological school of law and the international realist movement made by A. N. Medushevsky in order to identify their common characteristics, origins and influence on the philosophy of law, as well as to raise the question of the existence of a Russian version of legal realism along with the American and Scandinavian, deserves special attention.

Although it does not seem entirely correct to classify, for example, Roscoe Pound or Benjamin Cardozo as “realists” in the strict sense (when separating sociological and realistic thoughts in 20th-century American jurisprudence) or to distinguish the “schools” of realistic movements in the United States and Scandinavia, A. N. Medushevsky reasonably notes that legal realism “was not a systematic doctrine, representing rather a group of theories about the nature of law” associated with American and Scandinavian realism²³. According to the researcher, “despite the great variety of different branches of the realist movement (American, Scandinavian, Russian), all of them have one important common element – the commitment to the analysis of the cognitive factors determining the decision-making of a judge in a concrete case”²⁴.

A. N. Medushevsky listed many scholars as representatives of the “Russian school of legal realism”, emphasizing N. Korkunov, L. Petrażycki, G. Gurvich, P. Sorokin, N. Timashev as “part of international realism”: “the psychological theory of law elaborated in Russian pre-revolutionary legal sociology put forward the explanation of the social context of legal development as a complex and multi-faceted transformation from traditional to rationalized forms of legal regulation”²⁵. The main specific characteristics of the Russian approach in this sense are: “the strict separation of legal and axiological dimensions of social development...; the deep interest in the different forms of law...; the concentration on those aspects of legal order which were interpreted as unjustifiable...; the general pragmatic character of recommendations... This constructive impetus of realism is characteristic as well for critical theory in early Soviet jurisprudence”²⁶. As pointed out by the researcher, “if some Bolshevik authors (like Reisner and P. Stuchka) openly confirmed the fact of the reception of psychological theory of law, others did not do so, exploring this realist-like conceptual framework as a new class-based theory of law”²⁷. Considering L. Petrażycki-

¹⁹Ibid.

²⁰Ibid. P. 18–19.

²¹Ibid. P. 11–12.

²²See: Medushevsky A.N. Law and Social Constructivism: The Russian School of the Legal Realism Reexamined // Russian Legal Realism / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. P. 37.

²³Ibid. P. 38.

²⁴Ibid.

²⁵Ibid. P. 60.

²⁶Ibid.

²⁷A.N. Medushevsky notes, that “Petrażycki deeply criticized such interpretations of his theory”. Ibid. P. 51.

ki's psychological theory of law as the main part of Russian legal realism of the late 19th–early 20th centuries and describing many common characteristics for both realism and psychological theory²⁸, however, beyond the scope of A. N. Medushevsky's research in the abovementioned collective monograph remains his opinion on the difference between “Russian legal realism” (in general) from other movements of “legal realism”, especially “in its classic implications (United States, England²⁹ and Scandinavia)”³⁰.

Elena Timoshina observes that L. Petrażycki's understanding of the reality of law did not coincide with the traditional understanding of the positivist (which monopolized the empirical) and natural law approaches, since the scientist did not recognize law as either a phenomenon of the empirical or metaphysical world: the methodological foundations of L. Petrażycki's theory of law, which had a spiritual nature and an ethical sense, were beyond positivism and metaphysics³¹. The ambiguity of the methodological foundations of L. Petrażycki's theory of law, according to E. Timoshina, resulted, inter alia, “in the possibility of its subsequent development, not only in a *realist-sociological* direction (Jerzy Lande, Adam Podgórecki, Jacek Kurczewski, Nicholas Timasheff), but also in a *phenomenological* one (Georges Gurvitch, Pëtr E. Mikhailov, Georgij A. Nanejshvili)”³².

Mikhail Antonov clarifies that socio-psychological conception of L. Petrażycki, as well as Eugen Ehrlich, “was not initially recognized as ‘legal realism’, which is quite explicable given that the very notion of ‘realism’ became widely used only in the 1930s” and “these two authors refrained from identifying themselves with realist jurisprudence”³³. Although “both Petrażycki and Ehrlich pursued similar tasks: to draw attention to the social dimension of law and to the psychological mechanism that puts the machinery into gear”, M. Antonov highlights the lack of any consequent methodology of realist legal studies by that time and a large variety of contradictory approaches under the realist denomination³⁴. The scholar considers that “realism only remained a general program of reformation of legal science without any clear (methodological) plan of reforms”³⁵.

Edoardo Fittipaldi shows that Petrażycki “adopted a form of critical realism” and “his approach to legal phenomena can be regarded as a form of legal realism”³⁶. Moreover, E. Fittipaldi considers J. Lande to be the most consistent developer of Petrażycki's ideas³⁷. *Andrey Zolkin* states that

²⁸Ibid. P. 45–49, 51.

²⁹The notion of realist “classic implication” in England requires clarification as A.N. Medushevsky states, that legal realism was usually associated “with two schools – American and Scandinavian” without any notion of English school of legal realism. Ibid. P. 38.

³⁰Ibid. P. 45.

³¹See: Timoshina E. The Logical and Methodological Foundations of the Theory of Law of Leon Petrażycki in the Context of the Analytical-Phenomenological Tradition // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. P. 112–113.

³²Ibid. P. 124.

³³Antonov M. Eugen Ehrlich and Leon Petrażycki: Are Emotions a Viable Criterion to Distinguish Between Law and Morality? // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. P. 132.

³⁴See: Ibid. P. 132–133.

³⁵Ibid. P. 133. See also M. Antonov's notion, that particular character of Russian (Soviet) law can be explained by theoretical combination of conservative social philosophy, a Schmittean conception of exception, methods of legal positivism and the spirit of legal nihilism: Antonov M.V. Legal Realism in Soviet and Russian Jurisprudence // *Review of Central and East European Law*. 2018. Vol. 43. № 4. P. 483–518.

³⁶Fittipaldi E. On Leon Petrażycki's Critical Realism and Legal Realism // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. P. 93.

³⁷See: Ibid.

“the most famous followers of L. Petrażycki” were N. Alekseev and G. Gurvitch³⁸. *Oleksandr Merezhko* presented the socio-psychological theory of M. Reisner, which combined the psychological theory of L. Petrażycki and Marxism in a rather “eclectic way”: M. Reisner was even called “Red Petrażycki”³⁹.

Finally, *Julia Stanek* can be regarded as one of the main initiators of the unification of supporters of L. Petrażycki’s theory of law under the phenomenon of “Russian legal realism”. The key figures of the Russian legal realism, according to J. Stanek, are: L. Petrażycki, P. Sorokin, G. Gurvitch, N. Timasheff, M. Laserson, A. Kruglevsky, G. Gins, M. Reisner⁴⁰; other members of the “school” are: P. Lublinsky, G. Ivanov, G. Landau, M. Mikhailov, J. Magaziner⁴¹. Their predecessors are: M. Kovalevsky, S. Muromtsev and N. Korkunov⁴²; as the disciples of L. Petrażycki G. are mentioned following scholars: G. Nanejshvili, K. Sokolov, S. Gessen, A. L. Sacchetti, G. Brenev, V. Ivanovsky, I. Voitinsky and V. Voitinsky⁴³.

While including sociological jurisprudence (in Russia) into Russian realistic jurisprudence and considering, for example, S. Muromtsev to be the “predecessor of Russian legal realism” (its sociological direction)⁴⁴, J. Stanek connects the ideas of S. Muromtsev with the ideas of R. Pound, outlining the prospect of further research on the sources of American legal realism. However, the very identification of “American sociological legal realists”⁴⁵ by the author requires additional clarification, since the leaders of the American legal realism movement – Karl Llewellyn and Jerome Frank – recognized the importance, but reasonably separated their approaches from the ideas of R. Pound and the sociological jurisprudence of the USA. Nevertheless, J. Stanek clearly showed that the “psychological” (M. Laserson, A. Kruglevsky, etc.) and “sociological” (P. Sorokin, N. Timasheff, etc.) directions of the development of L. Petrażycki’s theory “were not as diverse as it might seem at first glance” and can be classified as a “united sociological and psychological school, as Russian legal realism”⁴⁶.

Hence a point of view that differs from the authors of the abovementioned collective monograph is also developing in modern science: it consists in the fact that the intellectual heritage of L. Petrażycki and his supporters is *part of the concept* of “Russian legal realism”, not replacing it, but being one of its most remarkable expressions in the 20th century, whereas sociological and psychological concepts at the end of the 19th century appear to be the *previous basis*, which is not included in realistic jurisprudence in strict sense. The Soviet approaches to law, which show the inconsistency of declarative norms of a just order with legal practice, despite all their diversity, are recognized as the *development* of the Russian realistic concept in theoretical and practice-oriented way with its significant influence on the legal order of the 21st century.

According to that alternative approach, the main figures (including theorists and practitioners) of the conceptualization of Russian legal realism in the 20th century are (in alphabetical order): A. Vyshinsky, F. Dzerzhinsky, V. Lenin (Ulyanov), Ya. Magaziner, E. Pashukanis, L. Petrażycki,

³⁸Zolkin A. Russian Naturalistic and Phenomenological Theory of Law and Contemporary Analytical Philosophy of Mind // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. P. 139.

³⁹Merezhko O. The Unrecognized Father of Freudo-Marxism: Mikhail Reisner’s Socio-Psychological Theory of State and Law // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. P. 149.

⁴⁰See: Stanek J. Rosyjski Realizm Prawny. S. 12, 15–16.

⁴¹See: Ibid. S. 23.

⁴²See: Ibid. S. 14.

⁴³See: Ibid. S. 24.

⁴⁴See: Stanek J. Sergey Muromtsev: The Founder of Russian Sociological Jurisprudence // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. P. 80–81, 90.

⁴⁵Ibid. P. 91.

⁴⁶Stanek J. Between Psychology and Sociology: The Continuers of Psychological Legal Theory // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. P. 159, 174–175.

M. Reisner, A. Sacchetti, I. Stalin (Dzhugashvili), P. Stuchka and many others⁴⁷. The term “Russian legal realism” should be used to analyze historical patterns and essential features of the rule of law that formed in the territories of the former Russian Empire after the October Revolution of 1917, based, inter alia, on a broad understanding of the sources of law, the concept of an individual normative system of a legal subject, the multiplicity and parallelism of normative systems, the psychological approach to law by L. Petrażycki and his followers⁴⁸. Russian legal realism implies radical methodological approaches and has such ontological foundations as the unity of the three branches of government that are obedient to the executive and party bodies, selectivity and relativism of judges and law enforcement officers, the lack of clear criteria of proof, unpredictability of court decisions, etc.⁴⁹

2. Comparison of “Classic” Legal Realisms

Regarding the historical prerequisites for the emergence of legal realism in North American, Scandinavian and, in particular, Soviet societies, its intensive development in the first half of the 20th century should be noted. It is possible to identify the following similarities between the legal cultures of the USA, Scandinavian countries and the USSR in the period between the First and Second World Wars: the significance of the dependence of jurisprudence on non-jurists and the degree of influence of legal doctrine, as well as the pragmatism of legal methods. The concept of legal realism as a struggle against formalism and understanding of law as a socio-psychological phenomenon turned out to be a convenient *policy tool* in the United States (Franklin Roosevelt’s “New Deal”), Sweden (the program of “Social Democratic Values”) and Soviet Russia (policy of the party). In all three legal cultures during this period a separate trial with specific results was ahead of scientific theory, not the other way around, and the legal realism movement sought, inter alia, to structure the influence of judicial subjectivism and make the decision-making process more predictable.

The defining socio-historical conditions for the formation of radical ideas of legal realism in the United States and Sweden were created by such characteristic for these countries circumstances as the absence of a large number of academically trained lawyers and the wide involvement of ordinary citizens in the judicial system, which predetermined the orientation of legal science to a skeptical and pragmatic approach to understanding of law⁵⁰. Similar trends can be traced in Soviet law. In particular, the Soviet judicial system in the period of the 20th century, similar to the heyday of American and Scandinavian legal realism, had experience in creating “people’s courts” and involving ordinary citizens in the administration of justice. The researchers note that at that time, “the court of the people could afford to be guided by its own discretion, and not by the nuances of laws and decisions of higher authorities”⁵¹.

American, Scandinavian, Russian and other variants of legal realism were a radical reaction to the formalism of outdated legal dogmas under the changed economic and political order. The ideological context of the formation of a new legal paradigm was most clearly emerged in the Russian movement of legal realism. Despite the differences between the three variants of legal

⁴⁷See: Tonkov E.N., Tonkov D.E. Legal Realism. P. 228–229.

⁴⁸See: Ibid. P. 191–362. See also, e.g.: Tonkov E. Individual Experience as a Source of Law // The Experience of Law: Collection of Articles and Essays / comp. by O. Stovba, N. Satokhina. The Library of the International Journal “Philosophy of Law Issues”. Kharkiv, 2019. P. 136–147.

⁴⁹See more: Tonkov D.E., Tonkov E.N. Legal Realism, Russian // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy. P. 3–5.

⁵⁰See more: Pihlajamäki H. Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared // The American Journal of Comparative Law. 2004. Vol. 52. № 2. P. 469–487.

⁵¹See: Rossijskie sud’i: sociologicheskoe issledovanie professii [Russian courts: sociological studies of the profession] / ed. by V. Volkov. Moscow, 2015. P. 15. (in Russ.).

realism in the main theoretical premises (pragmatism in the USA, anti-metaphysical philosophy in Scandinavia, party ideology in the Soviet Union) and areas of research (the activities of courts in the USA, normative texts in Scandinavia, the psychological impact of law in Russia), all these movements are united by an understanding of their role as intermediaries between “book law” and the practical human problems⁵².

Discussion and Conclusion

In modern science legal realism appears in various meanings: as a third way in law, different from natural law and positivist theories; as a variant of exclusive legal positivism; as an approach to analyzing judicial decisions or determining the ontological status of law; as a method of interpretation; as a strategy for judicial interpretation and application of law; as a theory of knowledge, etc. Thus, researches of American, Scandinavian, Russian and other variants of legal realism still encounter many *methodological difficulties* arising both from the different meanings of the term “realism” in the socio-humanitarian sciences, and from the presence of numerous and heterogeneous theoretical approaches of the realistic legal thought. It seems that the development of the Russian and other variants of “legal realism” and the tendency to emphasize the “realism” of approaches to law by individual jurists of the 19th–20th centuries confirms the consonance of many concepts of classic American and Scandinavian representatives of legal realism with the current world. At present the concept of “Russian legal realism” is still taking shape, based not only on modern studies of Russian legal thought in the late 19th–early 20th centuries, as well as its further development in the 20th–21st centuries (*the internal aspect*), but also by comparing it with classic American and Scandinavian realistic movements that are already established in science (*the external aspect*). Such a comparative analysis substantiates the identification of the “Russian” version of legal realism among the psychological and sociological theories in imperial, Soviet and modern Russia.

Е.Н. Тонков, Ресей Федерациясының Президенті жанындағы Ресей халық шаруашылығы және Мемлекеттік қызмет академиясының филиалы – Солтүстік-Батыс басқару институтының құқықтану кафедрасының доценті (Санкт-Петербург қ., Ресей); Д.Е. Тонков, құқық ғылымдарының кандидаты, Ташкенттік филиалы Мәскеу мемлекеттік халықаралық қатынастар институтының (Университетінің) оқытушысы, Ресей Федерациясы Сыртқы істер министрлігі (Ташкент қ., Өзбекстан): Қазіргі ғылымдағы Ресей құқықтық реализмінің түсінігі.

Бұл мақала Ресейдегі құқықтанудың реалистік бағытын заманауи зерттеуге арналған. Тақырыптың өзектілігі тұтастай алғанда құқықтық реалистік қозғалыстарға және атап айтқанда ресейлік құқықтық реализмге деген қызығушылықтың артуына байланысты. Құқықтық реализмді талдаудың, қайта құрудың және сынаудың соңғы тәсілдерін жетекші зерттеушілер әзірлейді, бұл құқықтағы реалистік парадигманың қажеттілігін көрсетеді. Мақалада қарастырылған ресейлік құқықтық реализмді түсіну тәсілдері, әсіресе классикалық американдық және скандинавиялық реалистік бағыттар аясында, Ресейдегі құқықтық реализм теориясы мен практикасының одан әрі даму тенденцияларын талдауға мүмкіндік береді. *Зерттеу пәні* қазіргі ғалымдардың ресейлік құқықтық реализм құбылысына көзқарастарынан тұрады. *Жұмыстың мақсаты* – құқықтанудағы ресейлік реалистік бағытты бөлудің негізділігін түсіндіру. *Тақырыптың жаңалығы* соңғы онжылдықта пайда болған ресейлік құқықтық реализм тақырыбындағы жұмыстарды талдауда, соның ішінде осы қозғалыстың өкілдері туралы ғылымда бар негізгі пікірлерді және оны американдық және скандинавиялық құқықтық реализммен қатар «классикалық» реалистік бағыт ретінде бекіту перспективаларын салыстыруда жатыр. *Зерттеудің негізгі әдістері* ретінде сипаттамалық, формальды-логикалық және салыстырмалы-құқықтық

⁵²See more: Tonkov D.E., Tonkov E.N. Legal Realism, Russian // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy. P. 2.

әдістер, соның ішінде 2018 жылғы «Ресей құқықтық реализмі» ағылшын тілді ұжымдық монографиясы авторларының жұмысын талдау кезінде қолданылды. («Springer» баспасы) және құқықтану саласындағы американдық, скандинавиялық және ресейлік реалистік бағыттарды салыстыру. Мақаланың негізгі тұжырымдары ХІХ ғасырдың аяғы мен ХХ ғасырдың басындағы ресейлік құқықтық ойды одан әрі зерттеу қажеттілігі болып табылады. және оның ХХ – ХХІ ғасырларда дамуы жан – жақты психологиялық және әлеуметтанулық теориялар арасында құқықтық реализмнің ресейлік нұсқасын неғұрлым нақты бөліп көрсету үшін, сондай-ақ Ресейдегі болжамды реалистік идеяларды АҚШ пен Скандинавиядағы құқықтық реализмнің қалыптасқан классикалық бағыттарымен салыстыру. Ресейдің жеке құқықтық реализм қозғалысын негіздеу үшін мұндай салыстырмалы талдаудың маңыздылығы атап өтілді. Көптеген әдіснамалық қиындықтарға қарамастан, ХІХ ғасырдың аяғында оның ізашарлардың (одан бұрын болғандардың) және ХХ ғасырдағы ізбасарлардың (теоретиктер мен практиктердің) еңбектерін ажырататын ресейлік құқықтық реализм туралы түсінік ұсынылады.

Түйінді сөздер: ресейлік құқықтық реализм, реалистік құқықтану, құқық философиясы, Құқық әлеуметтануы, құқықтың психологиялық теориясы, Л.Петражицкий, қазіргі орыс Құқықтануы.

Е.Н. Тонков, к.ю.н., доцент кафедры правоведения Северо-Западного института управления – филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (г. Санкт-Петербург, Россия); Д.Е. Тонков, к.ю.н., преподаватель Ташкентского филиала Московского государственного института международных отношений (Университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации» (г. Ташкент, Узбекистан): Понимание российского правового реализма в современной науке.

Данная статья посвящена современным исследованиям реалистического направления юриспруденции в России. *Актуальность темы* обусловлена нарастающим интересом к юридическим реалистическим движениям в целом и российскому правовому реализму в частности. Новейшие подходы к анализу, реконструкции и критике правового реализма разрабатываются ведущими исследователями, что свидетельствует о востребованности реалистической парадигмы в праве. Рассматриваемые в статье подходы к пониманию российского правового реализма, особенно в контексте классических американского и скандинавского реалистических направлений, позволяют проанализировать тенденции дальнейшего развития теории и практики правового реализма в России. Предмет исследования составляют подходы современных ученых к феномену российского правового реализма. *Цель работы* состоит в прояснении обоснованности выделения российского реалистического направления в юриспруденции. *Новизна темы* заключается в анализе появившихся в последнее десятилетие работ по тематике российского правового реализма, в том числе сопоставления главных имеющихся в науке мнений о представителях данного движения и перспектив его закрепления в качестве «классического» реалистического направления, наряду с американским и скандинавским правовым реализмом. В качестве основных методов исследования применялись описательный, формально-логический и сравнительно-правовой методы, в том числе при анализе работ авторов англоязычной коллективной монографии «Российский правовой реализм» 2018 г. (издательство «Springer») и сравнении американского, скандинавского и российского реалистических направлений в юриспруденции. *Основными выводами* статьи являются необходимость дальнейшего исследования российской правовой мысли конца ХІХ – начала ХХ вв. и ее развития в ХХ – ХХІ вв. для более четкого выделения российского варианта правового реализма среди разносторонних психологических и социологических теорий, а также сопоставления предположительно реалистических идей в России с уже устоявшимися классическими направлениями правового реализма в США и Скандинавии. Подчеркивается важность подобного сравнительного анализа для обоснования отдельного российского движения

правового реализма. Несмотря на многие методологические трудности, предлагается понимание российского правового реализма, которое различает труды его предшественников в конце XIX в. и сторонников (теоретиков и практиков) в XX в. и которое актуализирует их значительное влияние на российские правовые реалии в XXI в.

Ключевые слова: российский правовой реализм, реалистическая юриспруденция, философия права, социология права, психологическая теория права, Л. Петражицкий, современная российская юриспруденция.

References:

1. Antonov M. Eugen Ehrlich and Leon Petrażycki: Are Emotions a Viable Criterion to Distinguish Between Law and Morality? // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brožek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. P. 127–138.

2. Antonov M.V. Legal Realism in Soviet and Russian Jurisprudence // *Review of Central and East European Law*. 2018. Vol. 43. № 4. P. 483–518.

3. Fittipaldi E. On Leon Petrażycki's Critical Realism and Legal Realism // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brožek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. P. 93–109.

4. Hart H.L.A. Scandinavian Realism // *The Cambridge Law Journal*. 1959. Vol. 17. № 2. P. 233–240.

5. Hull N.E.H. Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to the Llewellyn – Pound Exchange over Legal Realism // *Duke Law Review*. 1989. № 5. P. 1302–1334.

6. Hull N.E.H. Some Realism about the Llewellyn – Pound Exchange over Realism: the Newly Uncovered Private Correspondence, 1927–1931 // *Wisconsin Law Review*. 1987. № 6. P. 921–969.

7. Legal Realism in Russia / Special Workshop 51. The XXX World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR). URL: [https://www.ivr2022.org/sw51/\(03.12.2023\)](https://www.ivr2022.org/sw51/(03.12.2023)).

8. Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised: My Views on Law. Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956. – 420 p.

9. Martin M. Legal Realism: American and Scandinavian. N.Y.: Peter Lang, 1997. – ix, 242 p.

10. Medushevsky A.N. Law and Social Constructivism: The Russian School of the Legal Realism Reexamined // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brožek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. P. 37–65.

11. Merezhko O. The Unrecognized Father of Freudo-Marxism: Mikhail Reisner's Socio-Psychological Theory of State and Law // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brožek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. P. 147–157.

12. Mindus P. A Real Mind: the Life and Work of Axel Hägerström / Law and Philosophy Library. Vol. 87. Dordrecht, Heidelberg, London, N.Y.: Springer, 2009. – xix, 271 p. DOI: 10.1007/978-90-481-2895-2

13. Pihlajamäki H. Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared // *The American Journal of Comparative Law*. 2004. Vol. 52. № 2. P. 469–487.

14. Polyakov A. The St. Petersburg School of Legal Philosophy and Russian Legal Thought // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brožek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. P. 1–35.

15. Polyakov A. The Theory of State and Law by Nikolay Korkunov // *Russian Legal Realism* / ed. by B. Brožek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. P. 67–78.

16. Rossijskie sud'i: sociologicheskoe issledovanie professii [Russian courts: sociological studies of the profession] / ed. by V. Volkov. Moscow: Norma, 2015. – 272 p. (in Russ.).

17. Russian Legal Realism / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. – xi, 176 p. DOI: 10.1007/978-3-319-98821-4
18. Stanek J. Between Psychology and Sociology: The Continuators of Psychological Legal Theory // Russian Legal Realism / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. P. 159–176.
19. Stanek J. Rosyjski Realizm Prawny: psychologiczno-socjologiczna szkoła prawa [Russian Legal Realism: psychological and sociological school of law]. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017. – 232 p. (in Pol.).
20. Stanek J. Sergey Muromtsev: The Founder of Russian Sociological Jurisprudence // Russian Legal Realism / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. P. 79–91.
21. Strang J. Two Generations of Scandinavian Legal Realists // Retfærd: Nordisk Juridisk Tidsskrift. 2009. Bd. 32. Nr. 1/124. P. 62–82.
22. Temirbekov Zh.R. «RUSSIAN LEGAL REALISM»: Мақалалар zhiaryna recenziya [Review of the collection of articles «RUSSIAN LEGAL REALISM»] // Law and State. 2019. № 4 (85). P. 122–134. (in Kaz.).
23. Timoshina E. The Logical and Methodological Foundations of the Theory of Law of Leon Petrażycki in the Context of the Analytical-Phenomenological Tradition // Russian Legal Realism / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. P. 111–126.
24. Timoshina E.V., Lorini G., Żelaniec W. Other Russian or Polish Legal Realists // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Vol. 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. T. 2: Main Orientations and Topics. Chapter 20 / ed. by E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016. P. 527–557.
25. Tonkov D.E. Pravovoj realizm: amerikanskoe i skandinavskoe napravleniya [Legal realism: American and Scandinavian variants]. Moscow: Jurlitinform, 2021. – 232 p. (in Russ.).
26. Tonkov D.E., Tonkov E.N. Legal Realism, Russian // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy / ed. by M. Sellers, S. Kirste. Springer Nature B.V., 2023. P. 1–7. URL: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_1100-1 (03.12.2023). DOI: 10.1007/978-94-007-6730-0_1100-1
27. Tonkov E. Individual Experience as a Source of Law // The Experience of Law: Collection of Articles and Essays / comp. by O. Stovba, N. Satokhina. The Library of the International Journal “Philosophy of Law Issues”. Kharkiv: Publisher Oleg Miroschnyenko, 2019. P. 136–147.
28. Tonkov E.N., Tonkov D.E. Legal Realism / Pax Britannica Series. Saint-Petersburg: Altheia, 2022. – 464 p. (in Eng. and Russ.).
29. Tonkov E.N. Russian legal realism // Changing the Russian Law: legality and current challenges (17–19 October 2012, conference program). University of Helsinki. Helsinki, 2012.
30. Zolkin A. Russian Naturalistic and Phenomenological Theory of Law and Contemporary Analytical Philosophy of Mind // Russian Legal Realism / ed. by B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. P. 139–146.

Для цитирования и библиографии: Tonkov E.N., Tonkov D.E. Understanding Russian Legal Realism in the Modern Science // Право и государство. № 4 (101), 2023. – С. 6-18. DOI: 10.51634/2307-5201_2023_4_6

Материал поступил в редакцию 11.11.2023.

WHETHER AND TO WHAT EXTENT DOES INTERNATIONAL LAW ALLOW STATES TO USE MILITARY FORCE AGAINST ARMED NON-STATE ACTORS ON THE TERRITORY OF ANOTHER STATE?¹



ZH. R. TEMIRBEKOV,
PhD in Jurisprudence (Maqsut Narikbayev University),
LLM in International Law
(University of Reading),
teaching professor
(Astana, Kazakhstan)
E-mail: zh_temirbekov@kazguu.kz

Whether and to what extent does international law allow states to use military force against armed non-state actors on the territory of another state?

The relevance of the paper is due to the importance of understanding the legal boundaries of state actions in the context of the growth of transnational terrorism, insurgent movements and asymmetric wars. Recent conflicts and military interventions highlight the urgent need to clarify international law regarding the acceptable use of force against armed non-state actors located in the territory of another state. Finding the delicate balance between respecting state sovereignty and ensuring the right to self-defense poses a significant challenge. The subject of the research is primarily the contemporary attribution concepts that may be used during the justification of the use of military force by states against armed non-state actors on the territory of another sovereign state. The purpose of the research is to critically examine legal aspects and state practice relating to the aforementioned concepts. The novelty of the study lies in the fact that by bringing together legal developments, state practice and some issues in using force sphere, the article offers new insights into the complex interrelation between state sovereignty and the right to self-defense.

Brief conclusions: 1) According to some states and experts, using military force against armed non-state actors on the territory of another state violates the sovereignty of that state, whereas others claim that it may be justified under the right of self-defense. In this regard, state practices have been inconsistent. 2) Nowadays, the «effective control» test is the only legally justified approach that triggers the right to self-defense against armed non-state actors on foreign soil. 3) There is no well-established state practice and *opinio juris* relating to other examined attribution tests or the «Unable or Unwilling» doctrine.

Keywords: *international law, state sovereignty, use of force, armed non-state actors, collective security, self-defense, effective control, customary international law, modern conflicts, global security*

Introduction

Fundamental tenets of international law include the idea of state sovereignty and the prohibition of using force against other states. However, the adverse activity of armed non-state actors (ANSAs), like terrorist organisations, has tested the traditional view of using force in international law.

A defending state may try to justify the use of military force on the territory of another state (host state) as self-defence against ANSA if the host state has «effective» or «overall» control over the ANSA or if the host state is a «harbouring state» for ANSA, or «unwilling» to take adequate steps against ANSA according to the «Unable or Unwilling» doctrine (UU). Another possible variant of justification for using force against the host state is by referring to the «Unable» part of the «Unable or Unwilling» doctrine. Also, the use of military force on the territory of another state could be related to targeted killings.

Suppose the ANSA's actions in one way or another may be attributed to the host state. Such circumstances might allow the defending state to employ its right under Article 51 of the UN Charter. However, when it may be challenging to attribute ANSA's actions to the host state, some defending states may try to justify using military force by pointing out that the host state is unable to take adequate measures against ANSA. Furthermore, some states have practised using military force in the form of targeted killings of the members of the ANSA located in another country, even if members of the ANSA did not carry out any armed attack. The reasoning is that the defending state may have a «global» non-international conflict against ANSA or that the armed attack has been «imminent».

However, today, it could be claimed that the «effective control» test is the only criterion allowing lawful usage of the right to self-defence against ANSA on another state's territory. Other tests and UU doctrine are not supported by widely accepted state practice and *opinio juris*. At the same time, the standards of necessity and proportionality should always be met when the right to self-defence is invoked.

Basic Provisions Materials and Methods

The study analyzes international law's stance on states using military force against ANSAs on foreign territory. Reviews of major international treaties, UN resolutions, and legal journals constituted the main part of the methodology. An analysis of some cases related on using force by defending state against ANSAs in the territory of another state was carried out. By applying mentioned above approaches, a nuanced understanding of how and when states are allowed to use force in such contexts was enabled, enhancing in-depth exploration of the legal justifications and limitations.

Results

I. General considerations

In general, international law prohibits states from allowing the utilisation of their territory by ANSA for activities aimed against the interests of other countries.

For example, Article 2 of the Definition of Aggression defines aggression as «the use of armed forces by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations» and Article 3(g) equates aggression to: «The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its *substantial involvement* therein (emphasis added)».

In 1965, the UN General Assembly stated that «... no State shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist, or armed activities directed towards the violent overthrow of the regime of another State, or interfere in civil strife in another State».² Later, in the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relation and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations (1970), the UN General Assembly adopted the following provision: «States are required to take all reasonable steps to ensure that their territory is not used by nonstate actors for purposes of armed activities – includ-

²Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty 1965 [A/RES/2131(XX)]

ing planning, threatening, perpetrating, or providing material support for armed attacks – against other states and their interests».³

According to another UN General Assembly Declaration: «States shall fulfil their obligations under international law to refrain from organizing, instigating, or assisting or participating in paramilitary, terrorist or subversive acts, including acts of mercenaries, in other States, or acquiescing in organized activities within their territory directed towards the commission of such acts».⁴

In the *Corfu Channel* case, the International Court of Justice (ICJ) stated that states have obligations under the principle of international law that they should «not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the right of other states».⁵

Thus, states have *due diligence* responsibility to prevent using their territory by ANSAs against the interests of other states.

At the same time, some ICJ judges and scholars admit the lawfulness of using military force to defend a state against the ANSA located on the territory of another state. For instance, in the *Armed Activities* case, in Separate Opinion, Judge Kooijmans acknowledged that states have the right to self-defence even if the source of armed attack is ANSA.⁶ Judge Simma supported this view: «if armed attacks are carried out by irregular forces from such territory against a neighbouring State, these activities are still armed attacks even if they cannot be attributed to the territorial State».⁷ Henderson believes that in international law, «limited action in self-defence solely against [non-state actors] was not actually ruled out».⁸ Müllerson has noted that «[s]tates must be able to use their inherent right to self-defence against whoever commits an armed attack against them».⁹ As former Legal Advisor of the British Foreign Office Daniel Bethlehem says: «reasonably clear and accepted that states have a right of self-defence against attacks by non-state actors – as reflected, for example, in UN Security Council Resolutions 1368 and 1373 of 2001, adopted following the 9/11 attacks in the United States».¹⁰

Probably, the most famous case of using military force by a defending state on the territory of another country against the ANSA was the *Carolina* (1837) case.¹¹ During the incident, correspondence between Secretary of State Daniel Webster and Special Minister to the United States (US) Alexander Baring, 1st Baron Ashburton, highlighted the conditions under which it is acceptable for one country to legally violate another's territorial sovereignty («Carolina test»): «...exceptions [to right to territorial integrity] do exist [. Nevertheless] those exceptions should be confined to cases in which the «necessity of that self-defence is instant, overwhelming, and

³Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations. 1970 [A/RES/2625(XXV)]

⁴Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations: resolution / adopted by the General Assembly 1987 [A/RES/42/22]

⁵*Corfu Channel Case (United Kingdom v Albania)*; *Merits* [1949] ICJ Rep 1949 22.

⁶*Armed Activities (Congo v Uganda)* [2005] ICJ Rep 168. Separate Opinion of Judge Kooijmans, para 29.

⁷*Idem*. Separate Opinion of Judge Simma, para 12.

⁸Henderson C. *The use of force and international law*. Cambridge, United Kingdom; New York: Cambridge University Press, 2018. P. 316.

⁹Müllerson R. *Self-defence against Armed Attacks by Non-State Actors // Chinese journal of international law (Boulder, Colo.)*. 2019. № 4. P. 753.

¹⁰Bethlehem D. *Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack By Nonstate Actors // The American journal of international law*. 2012. № 4. P. 774.

¹¹Avalon Project – British-American Diplomacy: The Caroline Case. URL: https://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp (accessed: 20.03.2023).

leaving no choice of means, and no moment for deliberation».¹² Therefore, at that time, the US Government admitted that provided the abovementioned criteria, a state might have the right to extraterritorial use of military force in self-defence against ANSA.¹³

II. Use of military force against ANSA whose actions could be attributable to a host state through «effective control», «overall control», or «harbouring state» tests

«Effective control» test

To justify the legality of using military force against ANSA on the territory of another state, the defending state may employ the «effective control» test. If the host state has «effective control» over the ANSA on its territory, the actions of the ANSA are attributed to the host state. In such a case, the defending state could justify its actions as self-defence under Article 51 of the UN Charter. For example, in response to the 1986 bombing of a West Berlin nightclub that killed American personnel, the US launched airstrikes on military targets in Libya. As justification for using military force, the Reagan Administration insisted that the US acted in self-defence.¹⁴ President Reagan noted that the terrorist operation that killed Americans was «planned and executed under the direct orders of the Libyan regime».¹⁵ Although Libya was believed to be directly responsible for the attack,¹⁶ the UN General Assembly adopted the Resolution, which condemned the US» responsive military actions.¹⁷

In consonance with Article 8 of the International Law Commission»s (ILC) Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA): «The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the *instructions of, or under the direction or control of,* that State in carrying out the conduct (emphasis added)».¹⁸

In the *Nicaragua* case, the ICJ stated that to attribute the actions of ANSA to the state, «it would in principle have to be proved that [state] had effective control of the military and paramilitary operations».¹⁹ In the context of the *Nicaragua* case, the Court did not explicitly explain what it meant under «effective control». However, the court ruled that the evidence of American involvement in Nicaragua (including training and providing financial and logistical assistance) was insufficient to establish that the *contras* were under «control» and «dependency» on the US government to the extent necessary to warrant attributing their actions to the US. In the *Genocide*

¹²Wood M. The Caroline Incident – 1837 // The use of force in international law: a case-based approach / ed. T. Ruys, O. Corten, A. Hofer. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2018. First edition.. Oxford University Press 2018. P. 9.

¹³There is an opinion that the «Caroline test» stays a recognised component of international law. See: Nichols T. Eve of destruction: the coming age of preventive war. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008. P. 2.

¹⁴Goshko J. M. Administration Acts on «Self-Defense» Principle Espoused by Shultz // Washington Post. 1986.

¹⁵Woodward B. and others. Libyan Cables Intercepted And Decoded // Washington Post. 1986.

¹⁶Michael B. Responding to attacks by non-state actors: the attribution requirement of self-defence // Australian international law journal. 2009. № 16. P. 147.

¹⁷Declaration of the Assembly of Heads of State and Government of the Organization of African Unity on the aerial and naval military attack against the Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya by the present United States Administration in April 1986.

¹⁸Responsibility of States for internationally wrongful acts 2001 [A/RES/56/83]

¹⁹Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua [1986] ICJ Rep 1986 para 115.

case,²⁰ the Court used the «effective control» test to define if Belgrade was responsible for the actions of Bosnian Serbs in Srebrenica. At this time, again, it was not revealed by the Court the clear criteria of the «effective control» test. However, from the context of the *Genocide* case, it may be concluded that «effective control» may mean that the state should give direct instructions on how to act in each situation or has complete control over the actions of ANSA as if it were an organ of the state.

Nevertheless, some authors criticised the ICJ for relying too on its own experience instead of using states» practice and *opinio juris* to define the justifications for the «effective control» test's criteria.²¹ Also, the «effective control» test was accused of creating a «heavy evidentiary burden on the [defending] state».²² It is argued that it is «hardly ever be possible to prove»²³ that a particular state has «effective control» over ANSA. Moreover, Boon argues that «[t]he elements developed by the ICJ were intended to apply to the determination of *effective control* during a military operation subject to the laws of war. This approach meant that the portability of the effective control test has been problematic from the start because it is tied to violations of the [International Humanitarian Law] (emphasis added)».²⁴

«Overall control» test

The «overall control» test does not require proving the existence of profound control by a host state over ANSA like the «effective control» test. In the «overall control» test, the threshold required to attribute the ANSA's actions to the host state is lower.

In *Tadić* case, the ICTY challenged the «effective control» test elaborated by the ICJ. The ICTY stated that «for the attribution to a State of acts of [an organised and hierarchically structured group like ANSA], it is sufficient to require that the group as a whole be under the overall control of the State».²⁵ Unlike the «effective control» test, the «overall control» test does not require that each concrete ANSA's activity be «specifically imposed, requested or directed» by the host state.²⁶ Thus, the «overall control» test does not require the existence of instructions from the host state to ANSA.²⁷ To «pass» the «overall control test» for a host state, it is enough to equip, finance or assist in coordinating or planning the ANSA's activities,²⁸ supply with a territorial base, or allow the ANSA to act.²⁹

²⁰Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v Yugoslavia) [2007] ICJ Rep 43.

²¹Cassese A. The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia // European journal of international law. 2007. № 4. P. 649.

²²Khaitan B. Alternative to the Existing Rule of Attribution for Use of Force by Non-State Actors in an Armed Conflict // Journal of conflict & security law. 2021. № 1. P. 44.

²³Henderson. Op. cit. P. 313.

²⁴Boon K. Are control tests fit for the future? The slippage problem in attribution doctrines // Melbourne journal of international law. 2014. № 2. P. 19.

²⁵*Prosecutor v Duško Tadić (Appeal Judgement)* [1999] International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 IT-94-1-A, para 120.

²⁶Idem. Para 122.

²⁷Boon. Op. cit. P. 9. defining the legal relationship between states, international organisations ('IOs')

²⁸Henderson. Op. cit. P. 316.

²⁹Moir L. Action Against Host States of Terrorist Groups // The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law / ed. M. Weller: Oxford University Press, 2015. P. 723.

However, the ICJ did not uphold the proposed «overall control» test. Instead, in the *Armed Activities* case, the ICJ reaffirmed the legality only of the «effective control» test.³⁰ Furthermore, the ICJ believes that the «overall control» test «has the major drawback of broadening state responsibility well beyond the fundamental principles governing the law of international responsibility».³¹

«Harbouring state» test

After 9/11, the world witnessed new justification for using military force in self-defence against ANSA situated on the soil of another state and the host state itself – the «harbouring state» test.

The phrase, «We will make no distinction between the terrorists who committed these acts and those who harbor them»³² pronounced by US President Bush on 11 September 2001, may be considered as a source of less strict attribution standard than «effective control» or «overall control» tests to use military force in self-defence extraterritorially.

The fact that following 9/11, by Resolution 1368, the UN Security Council reaffirmed «the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter»³³ and that the «international community has been practically unanimous that the US invasion of Afghanistan was a lawful exercise of self-defence»³⁴ might be regarded as a broad acceptance of the «harbouring state» test. Moreover, on April 21, 2004, Lord Goldsmith, the Attorney General of the United Kingdom (UK), declared: «The resolutions passed by the Security Council in the wake of 11 September 2001 recognised both that large-scale terrorist action could constitute an armed attack that will give rise to the right of self-defence and that force might, in certain circumstances, be used in self-defence against those *who plan and perpetrate such acts and against those harbouring them*, if that is necessary to avert further such terrorist acts (emphasis added)».³⁵

In any event, to be considered a «harbouring state», the host state must readily give access to and use of its land, knowing that ANSA was conducting armed attacks or meant to do so.³⁶ Some writers argue that the host state should comply with additional requirements to be acknowledged

³⁰Khaitan. Op. cit. P. 44; See also: Boon. Op. cit. P. 9. It is important to directly regulate their conduct under the law. Control tests under prevailing doctrines of attribution compound problem of ‘slippage’ – why control tests are common in international law – evaluation of control tests under law of state responsibility – International Law Commission’s proposed effective control test for responsibility of international organisations – duties and techniques to overcome limitations of control tests – consideration of whether alternative routes to state and international organisation responsibility address problem of slippage.; When do subjects of international law bear responsibility for the acts of others? It is often a question of control. Control is an essential element of the doctrine of attribution, defining the legal relationship between states, international organisations (‘IOs’).

³¹Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia*). Op. cit. Para 406.

³²Statement by the President in Address to the Nation. URL: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010911-16.html> (accessed: 19.12.2023).

³³Resolution 1368 2001 [S/RES/1368 (2001)].

³⁴Milanovic M. Self-Defense and Non-State Actors: Indeterminacy and the Jus ad Bellum. URL: <https://www.ejiltalk.org/self-defense-and-non-state-actors-indeterminacy-and-the-jus-ad-bellum/> (accessed: 17.03.2023).

³⁵Lords Hansard text for 21 Apr 2004 (240421-07). URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldhansrd/vo040421/text/40421-07.htm> (accessed: 19.12.2023).

³⁶Ruys T. «Armed attack» and Article 51 of the UN Charter: evolutions in customary law and practice. New York: Cambridge University Press, 2010. P. 503.

as a «harbouring state» – at least, it should provide training and weapons to ANSA. Such support should «substantially contribut[e] to» carrying out armed attacks by ANSA.³⁷

With that, regarding self-defence measures of a defending state, according to Bethlehem's Principle 11, defensive actions against the «harbouring state» or ANSA should comply with the principles of necessity and proportionality.³⁸

III. Use of military force against ANSA under the «Unwilling or Unable» doctrine

In 2002 Russia used military force in Georgia against Chechen irregulars based on a decision that Georgia was unable or unwilling to take appropriate measures to stop rebels' armed activities.³⁹ «If the United States has al-Qaeda, (Osama) bin Laden, top-level lieutenants in our sights, and Pakistan is unwilling or unable to act, then we should take them out», President Obama declared in 2008.⁴⁰ But «the Government of Pakistan objected to the «unauthorized unilateral action» of the United States»⁴¹ that resulted in Osama bin Laden's death. Also, when on 29 February 2019, India, supposedly acting in self-defence against terrorist attacks, carried out an air strike on Pakistani territory without notifying the Pakistani government, the reaction of France was: «the legitimate right of India to guarantee its security against transboundary terrorism and called Pakistan to put an end to activities of terrorist groups on its territory».⁴²

In a Report on the Legal and Policy Frameworks Guiding the United States Use of Military Force and Related National Security Operations, the White House provided a detailed description of the UU doctrine's essentials: «With respect to the «unable» prong of the standard, inability

³⁷Hofmeister H. «To harbour or not to harbour»? Die Auswirkungen des 11. September auf das Konzept des «bewaffneten Angriffs» nach Art 51 UN-Charta // ZÖR. 2007. № 4. P. 503.

³⁸Bethlehem. Op. cit. P. 776. for example, in UN Security Council Resolutions 1368 and 1373 of 2001, adopted following the 9/11 attacks in the United States. The reality of the threats, the consequences of inaction, and the challenges of both strategic appreciation and operational decision making in the face of such threats frequently trump a doctrinal debate that has yet to produce a clear set of principles that effectively address the specific operational circumstances faced by states. Bethlehem emphasizes the challenge to formulate principles, capable of attracting a broad measure of agreement, that apply, or ought to apply, to the use of force in self-defense against an imminent or actual armed attack by nonstate actors. Here, sixteen principles are proposed with the intention of stimulating a wider debate on such issues.; There has been an ongoing debate over recent years about the scope of a state's right of selfdefense against an imminent or actual armed attack by nonstate actors. The debate predates the Al Qaeda attacks against the World Trade Center and elsewhere in the United States on September 11, 2001, but those events sharpened its focus and gave it greater operational urgency. While an important strand of the debate has taken place in academic journals and public forums, there has been another strand, largely away from the public gaze, within governments and between them, about what the appropriate principles are, and ought to be, in respect of such conduct. Insofar as these discussions have informed the practice of states and their appreciations of legality, they carry particular weight, being material both to the crystallization and development of customary international law and to the interpretation of treaties.

³⁹Letter dated 11 September 2002 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General 2002 [S/2002/1012].

⁴⁰Obama vows to «take out» terror targets in Pakistan (The Sydney Morning Herald, 27 September 2008). URL: <https://www.smh.com.au/world/obama-vows-to-take-out-terror-targets-in-pakistan-20080927-4p6u.html> (accessed: 26.11.2023).

⁴¹Death of Osama bin Ladin-Respect for Pakistan's Established Policy Parameters on Counter Terrorism – Ministry of Foreign Affairs. URL: <https://mofa.gov.pk/death-of-osama-bin-ladin-respect-for-pakistan-established-policy-parameters-on-counter-terrorism/> (accessed: 26.11.2023).

⁴²Julien Bouissou, «Escalade depuis une «frappe» contre un camp terroriste au Pakistan» *Le Monde.fr* (26 February 2019). URL: https://www.lemonde.fr/international/article/2019/02/26/le-pakistan-accuse-l-inde-d-incursion-aerienneau-cachemire_5428279_3210.html (accessed: 19.12.2023).

perhaps can be demonstrated most plainly where, for example, a State has lost or abandoned effective control over the portion of its territory where the armed group is operating. With respect to the «unwilling» prong of the standard, unwillingness might be demonstrated where, for example, a State is colluding with or harboring a terrorist organization operating from within its territory and refuses to address the threat posed by the group».⁴³

Deeks argues that «there is little question that the [UU] test exists as an internationally-recognized norm governing of the use of force, given how regularly states and commentators invoke it».⁴⁴ There is even a possibility that UU «has become customary international law».⁴⁵ The UU was endorsed by Chatham house principles,⁴⁶ Leiden Policy Recommendations,⁴⁷ and «Bethlehem's Principles».⁴⁸

⁴³Report on the Legal and Policy Frameworks Guiding the United States' Use of Military Force and Related National Security Operations (The White House, Washington 2016). URL: <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2016/12/framework.Report_Final.pdf> 10 (accessed: 23.12.2023).

⁴⁴Deeks A. «Unwilling or unable»: toward a normative framework for extraterritorial self-defense // Virginia journal of international law. 2012. № 3. P. 503.

⁴⁵ibid; Also, for instance, there is a view that: «Some support raising a new right under international law to use force in self-defence directly against NSA, regardless of the territorial host State's noninvolvement in the attacks. From this point of view, such a new rule, although incipient, is based on [customary international law]. Therefore, States would be able to intervene militarily only targeting NSA located in foreign territory». See: Paola Diana Reyes Parra. Self-Defence against Non-State Actors: Possibility or reality? // Revista Facultad de Jurisprudencia. 2021. № 9. Journal Faculty of Jurisprudence. P. 169."plainCitation": "ibid; Paola Diana Reyes Parra, 'Self-Defence against Non-State Actors: Possibility or reality?' (2021).

⁴⁶See: Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence' [2005] Chatham House. URL: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2005-10-01-use-force-states-selfdefence-wilmshurst.pdf> (accessed 23.12.2023). For instance: «If the right of self-defence in [the result of large scale armed attack by NSA] is to be exercised in the territory of another state, it must be evident that that state is unable or unwilling to deal with the non-state actors itself, and that it is necessary to use force from outside to deal with the threat in circumstances where the consent of the territorial state cannot be obtained (emphasis added)».

⁴⁷See: Herik L. van den, Schrijver N. Annex Leiden Policy Recommendations on Counter-Terrorism and International Law // Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order. United States: Cambridge University Press, 2013. Para 42. For example: «Where a state is itself supporting or encouraging the actions of terrorists on its territory, it may well be unwilling to avert or repel the attack and action in self-defence may be necessary. Self-defence may also be necessary if the armed attack *cannot* be repelled or averted by the territorial state».

⁴⁸Bethlehem. Op. cit. P. 776 (principles 11 and 12). for example, in UN Security Council Resolutions 1368 and 1373 of 2001, adopted following the 9/11 attacks in the United States. The reality of the threats, the consequences of inaction, and the challenges of both strategic appreciation and operational decision making in the face of such threats frequently trump a doctrinal debate that has yet to produce a clear set of principles that effectively address the specific operational circumstances faced by states. Bethlehem emphasizes the challenge to formulate principles, capable of attracting a broad measure of agreement, that apply, or ought to apply, to the use of force in self-defense against an imminent or actual armed attack by nonstate actors. Here, sixteen principles are proposed with the intention of stimulating a wider debate on such issues.; There has been an ongoing debate over recent years about the scope of a state's right of self-defense against an imminent or actual armed attack by nonstate actors. The debate predates the Al Qaeda attacks against the World Trade Center and elsewhere in the United States on September 11, 2001, but those events sharpened its focus and gave it greater operational urgency. While an important strand of the debate has taken place in academic journals and public forums, there has been another strand, largely away from the public gaze, within governments and between them, about what the appropriate principles are, and ought to be, in respect of such conduct. Insofar as these discussions have informed the practice of states and their appreciations of legality, they carry particular weight, being material both to the crystallization and development of customary international law and to the interpretation of treaties.

However, UU is not a *carte blanche* for the use of military force. In the host state's inability or unwillingness to stop ANSA activities on its territory, UU may be a «factor in assessing the need to act in self-defense».⁴⁹ Thus, if a defending state decides to employ UU, it should use military force to achieve only relevant goals (for example, to stop ANSA's harmful activity).⁵⁰

As of 2016, UU was explicitly supported by ten countries. Three countries have endorsed it implicitly.⁵¹ At least four countries explicitly objected.⁵² The possible reason why some countries oppose may be that the «test could lead States to consider that self-defence always offers a sufficient legal basis for military intervention abroad and there is thus no need to search multilateral solutions».⁵³

Now, let's pay particular attention to the «Unwilling» part of the UU.

The «Unwilling» test provides a considerably lower attribution threshold that may trigger the right to self-defence than «effective control», «overall control», or even «harbouring state» tests. In Müllerson's view, the sole unwillingness of the host state to stop ANSA's activities on its territory may be enough to attribute the ANSA's conduct to the host state.⁵⁴

For instance, in 2001, the Taliban's refusal to extradite leaders of al-Qaida was a demonstration of the unwillingness of the Taliban to counter al-Qaida's terrorists, which Washington regarded as abetting al-Qaida.⁵⁵

But, in 1985, when Israel, justifying its actions by the «Unwilling» test,⁵⁶ used military force against the Palestinian Liberation Organization (PLO) located in Tunisia, the military action was widely condemned.⁵⁷ The UN Security Council adopted Resolution 573, stating that the Israeli actions were «an act of armed aggression in flagrant violation of the [UN] Charter».⁵⁸ At the same

⁴⁹Gill T., Tibori-Szabó K. Twelve Key Questions on Self-Defence against Non-State Actors - and Some Answers // Israel yearbook on human rights. 2020. № 50. P. 500.

⁵⁰Idem. 499.

⁵¹In support: the United States, the United Kingdom, Germany, the Netherlands, Czech Republic, Canada, Australia, Russia, Turkey, and Israel. Implicitly endorsed: Belgium, South Africa, Iran. See: Chachko E., Deeks A. Which States Support the «Unwilling and Unable» Test?. URL: <https://www.lawfareblog.com/which-states-support-unwilling-and-unable-test> (accessed: 17.12.2023).

⁵²Syria, Ecuador, Venezuela, Cuba. See: Chachko E., Deeks A. Which States Support the «Unwilling and Unable» Test? URL: <https://www.lawfareblog.com/which-states-support-unwilling-and-unable-test> (accessed: 17.12.2023). Moreover, in 2016, the Non-Aligned Movement demonstrated its anxiety relating to UU: «Consistent with the practice of the UN and international law, as pronounced by the International Court of Justice (ICJ), Art. 51 of the Charter of the United Nations (UN Charter) is restrictive and should not be rewritten or re-interpreted». See: 7621st meeting 2016 [S/PV.7621].

⁵³Christakis T. Challenging the «Unwilling or Unable» Test // Heidelberg Journal of International Law. 2017. № 77. P. 20.

⁵⁴As Müllerson notes: «If a State is unwilling to prevent an NSA, operating from its territory, from attacking third States (even if the attacks of an NSA are not attributable to the territorial State), it becomes an accessory-after-the-fact to armed attacks of the NSA. Self-defensive, either individual or collective, measures can be carried out on the territory of such a State even without its consent» See: Müllerson. Op. cit. P. 775.

⁵⁵Idem. P. 770.

⁵⁶Ruys. Op. cit. P. 423-424.

⁵⁷UN Security Council Official Records (2611th Meeting) 1985 [UN Doc. S/PV. 2611].

⁵⁸Resolution 573 1985 [S/RES/573 (1985)]. The representative of Australia stated: «Australia condemns Israel's action and calls upon Israel to respect the norms of international law» (para 55); While France's position was: «...such an operation constitutes an inadmissible violation of the rules of international law» (para 9); According to the representative of Denmark: «[My country], together with the other members of the European Community, has vigorously condemned the bombing by the Israeli air force of the headquarters of the PLO in Tunis. That action violates the sovereignty and territorial integrity of Tunisia in contravention of the principles of the Charter of the United Nations and the rules of international law» (para 17).

time, it should be taken into account that the states' opinion in 1985 that Tunisia had no responsibility for the conduct of PLO located in its territory was in «line with some of the contemporaneous thinking on the right of self-defence».⁵⁹

However, when in 2008, members of the Revolutionary Armed Forces of Colombia located in Ecuador's territory were bombed by Colombian military forces, the diplomatic reaction was almost similar to 1986's events – «immediate and intense».⁶⁰ The Organization of American States condemned Colombian actions and disregarded its self-defence arguments.⁶¹

As for the «Unable» part of the UU, the defending state may try to justify the use of military force against ANSA located on the territory of another state, claiming that the host state is unable to stop ANSA's activities.

In 2014, the US justified using military force in Syria against ISIL by stating: «The Syrian regime has shown that it *cannot* and will not confront these safe havens [used by ISIL for carrying out armed attacks against Iraq] effectively itself (emphasis added)».⁶² In 1996, Turkey determined to use military force against the Kurdish Workers' Party (PKK) situated on Iraqi territory, explaining that Iraq was *unable* to prevent PKK's armed activities.⁶³

The UN Security Council's position concerning the right to use military force if the host state cannot stop ANSA's activities on its territory remained unclear. For instance, although UN Security Council Resolution 2249 declared that the so-called Islamic State of Iraq and the Levant (ISIL) was a «global and unprecedented threat to international peace and security»,⁶⁴ the Resolution did not «authorize any actions against [ISIL], nor does it provide a legal basis for the use of force against [ISIL] either in Syria or in Iraq».⁶⁵ However, on September 23, 2014, making a statement regarding the US military operation against ISIL in Syria, the UN Secretary-General indicated: «I am aware that today's strikes were not carried out at the direct request of the Syrian Government, but I note that the Government was informed beforehand».⁶⁶ This, and other admitted statements of the Head of the main international organisation responsible for peace and security worldwide, was interpreted by some authors as a «surprising level of permissiveness if not support for current US airstrikes».⁶⁷

⁵⁹Trapp K. Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors // The International and comparative law quarterly. 2007. № 1. P. 149.

⁶⁰Deeks. Op. cit. P. 10.

⁶¹Ibid.

⁶²Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General 2014 [S/2014/695].

⁶³Letter dated July 2, 1996 from the Minister for Foreign Affairs of Turkey addressed to the Secretary-General and to the President of the Security Council 1996 [S/1996/479].

⁶⁴Resolution 2249 2015 [S/RES/2249 (2015)].

⁶⁵Akande D., Milanovic M. The Constructive Ambiguity of the Security Council's ISIS Resolution. (November 21, 2015). URL: <https://www.ejiltalk.org/the-constructive-ambiguity-of-the-security-councils-isis-resolution/> (accessed: 17.12.2023).

⁶⁶Full Transcript of Secretary-General's Remarks at Climate Summit Press Conference (Including Comments on Syria) | United Nations Secretary-General. (September 23, 2014). URL: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/press-encounter/2014-09-23/full-transcript-secretary-generals-remarks-climate-summit> (accessed 21.12.2023).

⁶⁷Ryan Goodman and Sarah Knuckey, «Remarkable Statement by UN Secretary General on US Airstrikes in Syria» (*Just Security*, 23 September 2014). URL: <https://www.justsecurity.org/15456/remarkable-statement-secretary-general-airstrikes-syria/> (accessed 20 March 2023). "plainCitation": "Ryan Goodman Knuckey Sarah, 'Remarkable Statement by UN Secretary General on US Airstrikes in Syria' (*Just Security*, 23 September 2014).

Interestingly, some scholars see no necessity to apply «effective control» or «overall control» tests, or even «harbouring state» or «unwilling» tests to attribute the activities of ANSA with the host state for a self-defence justification, as the «self-defence does not require that armed attack by terrorists be attributable to the territorial state under the rule of state responsibility».⁶⁸ Furthermore, Moore argues that «it is well established in customary international law» that «a belligerent Power may take action to end serious violations of neutral territory by an opposing belligerent when the neutral Power is unable to prevent belligerent use of its territory...».⁶⁹

But what if the host state is *willing* but unable to stop the armed activities of the ANSA located on its territory? Some host states, such as Syria, had tried (though unsuccessfully) to fight against ANSAs. Hence, it may raise the question: Is a defending state obliged to get the consent⁷⁰ of a *willing* host state to use military force on the host state's land against the ANSA?

The US' 2014 air strikes on Syrian territory were carried out without informing and the consent of the Syrian government.⁷¹ According to a letter from the Permanent Mission of Germany to the UN regarding the using military force against ISIL located on Syrian territory: «States that have been subjected to an armed attack by ISIL originating in this part of Syrian territory, are therefore justified under Article 51 of the Charter of the United Nations to take necessary measures of self-defence, even *without the consent* of the Government of the Syrian Arab Republic (emphasis added)».⁷²

Kenya's 2011 military operation against ANSA in Somalia was also carried out without consent from the Somali government, and the Somalian government's reaction to the intervention was «generally muted».⁷³ But, Iraq objected when in 2015, Turkey carried out a military operation against ANSA on Iraqi territory without its consent: «Iraq rejects, strenuously opposes and condemns ... military movements aimed at countering terrorism that take place without prior consultation with the federal Government of Iraq and without its approval».⁷⁴ Also, as it is known, the League of Arab States deeply condemned the Turkish 2015 incursion into Iraqi land.⁷⁵

Host states did not control ANSA's situated parts of their territory in all mentioned cases. Therefore, such practices of defending states may mean that «seeking consent is not required, at least for strikes within the areas over which the host state does not exert control».⁷⁶ Furthermore, in accordance with Daniel Bethlehem's Principle 12, the necessity for getting consent «does not operate» if there is «reasonable and objective» ground to think that the host state is unable to «restrain» the ANSA's activities provided there are no other ways for defending state except to act in self-defence.⁷⁷

⁶⁸L. Herik and N. Schrijver. Op. cit. Para 42.

⁶⁹Moore J. Legal Dimensions of the Decision to Intercede in Cambodia // The American journal of international law. 1971. № 1. P. 51.

⁷⁰Meanwhile, Deeks listed thirty-nine cases between 1817-2011 when states used military force against ANSA on the territory of another (host) state without the host state's consent. See, Deeks. Op. cit. P. 549-550.

⁷¹Müllerson. Op. cit. P. 772.

⁷²Letter dated 10 December 2015 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Germany to the United Nations addressed to the President of the Security Council 2015 [S/2015/946].

⁷³Henderson. Op. cit. P. 328.

⁷⁴Letter dated 11 December 2015 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the President of the Security Council 2015 [S/2015/963].

⁷⁵Resolution No. 7987 2015.

⁷⁶Henderson. Op. cit. P. 329.

⁷⁷Bethlehem. Op. cit. P. 774. for example, in UN Security Council Resolutions 1368 and 1373 of 2001, adopted following the 9/11 attacks in the United States. The reality of the threats, the consequences of inaction, and the challenges of both strategic appreciation and operational decision making in the face of such threats frequently trump a doctrinal debate that has yet to produce a clear set of principles that effectively

However, Corten argues that UU «was not accepted by the international community of states as a whole in the Syrian case».⁷⁸ The Arab countries, «which form a significant part of the states participating in the [2014] coalition [on Syria], refused to endorse the «unwilling or unable» argument».⁷⁹ What is more, Müllerson has suggested that state practice supports the necessity to get permission from a willing but unable host state to carry out military operations on its territory controlled by the NSA.⁸⁰ Otherwise, using force could be considered as disregarding the host state's sovereignty and illegal intrusion in interior affairs.⁸¹ Müllerson has claimed that the US failure to get consent from the Syrian government could be regarded «at least, to non-respect of sovereignty of Syria and interference in the internal affairs that State».⁸² Akande believes that even if the defensive measures are not against the government or not coercive for the host state's government, using force by a defending state on the territory of another country against the ANSA without the host state's consent amounts to using force «against the [host state]».⁸³

Moreover, in 2016, more than 240 international lawyers and professors from 36 countries⁸⁴ signed a Plea where among other things, they argued that the «unableness» of the host state to stop ANSA's activities on its territory «is insufficient to justify» the use of military force on the host state's land without its consent.⁸⁵ As Christakis explains, «[the plea] is just another proof of the fact that [UU] is still far away from universal acceptance, both in international legal scholarship and State practice and *opinio juris*».⁸⁶ Additionally, the host state's «unableness» to prevent ANSA's activities should not mean that it cannot be protected by Article 2(4) of the UN Charter and international law as it is «well established» that under the due diligence principle, the host state has obligations *to conduct*, «rather than [to provide] result».⁸⁷

address the specific operational circumstances faced by states. Bethlehem emphasizes the challenge to formulate principles, capable of attracting a broad measure of agreement, that apply, or ought to apply, to the use of force in self-defense against an imminent or actual armed attack by nonstate actors. Here, sixteen principles are proposed with the intention of stimulating a wider debate on such issues.; There has been an ongoing debate over recent years about the scope of a state's right of self-defense against an imminent or actual armed attack by nonstate actors. The debate predates the Al Qaeda attacks against the World Trade Center and elsewhere in the United States on September 11, 2001, but those events sharpened its focus and gave it greater operational urgency. While an important strand of the debate has taken place in academic journals and public forums, there has been another strand, largely away from the public gaze, within governments and between them, about what the appropriate principles are, and ought to be, in respect of such conduct. Insofar as these discussions have informed the practice of states and their appreciations of legality, they carry particular weight, being material both to the crystallization and development of customary international law and to the interpretation of treaties.

⁷⁸Corten O. The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted? // *Leiden journal of international law*. 2016. № 3. P. 777.

⁷⁹Idem. P. 783.

⁸⁰Müllerson. Op. cit. P. 772.

⁸¹Idem. P. 771.

⁸²Idem. P. 772.

⁸³Akande D. Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts // *International Law and the Classification of Conflicts* / ed. E. Wilmshurst: Oxford University Press, 2012. P. 73-74.

⁸⁴Christakis. Op. cit. P. 21.

⁸⁵A plea against the abusive invocation of self-defence as a response to terrorism // *Revue Belge De Droit International*. 2016. №. 1. P. 31-41.

⁸⁶Christakis. Op. cit. P. 21-22.

⁸⁷Idem. P. 20.

IV. Use of military force against ANSA in the form of targeted killings

There are cases when some countries carried out targeted killings of ANSA members on the territory of another state.⁸⁸ In the absence of an armed attack by the ANSA against defending states, those states might justify their use of military force by claiming the existence of a «global» non-international armed conflict against the ANSA or/and with the «imminent threat» of an armed attack.

In 2015 the UK conducted a targeted killing via drone of Reyaad Khan, a British citizen suspected of terrorism. The UK Prime Minister, in his speech on 7 September 2015, acknowledged: «I want to be clear that the strike was not part of coalition military action against ISIL in Syria: it was a targeted strike to deal with a clear, credible and specific terrorist threat to our country at home».⁸⁹

Many years before, in 2002, the US bombed a car in Yemen. In the vehicle, among other people, was Ali Qaed Senyan al-Harithi, a suspected al-Qaeda terrorist connected to the October 2000 attack on the USS Cole off the coast of Aden. Then, the US deputy defence secretary, Paul Wolfowitz, characterised the strike as a «very successful tactical operation».⁹⁰ Anna Lindh, the foreign minister of Sweden, contrasted this by calling the attack a «summary execution that violates human rights».⁹¹ Downes has described the US' operation as a «flagrant breach of international law».⁹²

In 2020, a US drone strike near the Bagdad International Airport killed Irani General Qasem Soleimani. Due to this, President Trump stated: «Soleimani was plotting imminent and sinister attacks on American diplomats and military personnel...».⁹³ Benjamin Ferencz, the former Nuremberg War Crimes Prosecutor, noted that the killing of Soleimani was a «clear violation of national and international law».⁹⁴ About that situation, Kondoch argues: «It appears that international law has not played a major role in the decision-making process by the Trump administration».⁹⁵ In cases noted, defending states tried to justify targeted killings by self-defence or «imminent threat» of an armed attack but met condemnation from some states and international lawyers.

Nevertheless, as President Obama's Legal Adviser, John Brennan, has emphasised, the US, for example, holds the position that the existence of the armed conflict (and the right to self-defence) against al-Qaida entitles the US to target its members anywhere: «The United States does not view our authority to use military force against al-Qaida as being restricted solely to «hot»

⁸⁸According to Henderson, targeted killing – is «the extraterritorial use of lethal force against a specific non-state actor located in the territory of another state». See: Henderson. Op. cit. P. 333.

⁸⁹Gray C. Targeted killing outside armed conflict: a new departure for the UK? // Journal on the use of force and international law. 2016. № 2. P. 198.

⁹⁰US «still Opposes» Targeted Killings' (6 November 2002). URL: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/middle_east/2408031.stm> (accessed 29.11.2023).

⁹¹Brian Whitaker and Oliver Burkeman, «Killing Probes the Frontiers of Robotics and Legality» (The Guardian, 6 November 2002). URL: <<https://www.theguardian.com/world/2002/nov/06/usa.alqaida>> (accessed 28.11.2023).

⁹²Downes C. «Targeted Killings» in and Age of Terror: The Legality of the Yemen Strike // Journal of conflict & security law. 2004. № 2. P. 294.

⁹³Remarks by President Trump on the Killing of Qasem Soleimani – The White House (3 January 2020). URL: <<https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-killing-qasem-soleimani/>>accessed (28.11.2023).

⁹⁴Benjamin Ferencz, Opinion | The «Immoral» Killing of the Iranian General' The New York Times (15 January 2020). URL: <https://www.nytimes.com/2020/01/15/opinion/letters/us-iran-killing.html> (accessed 28.11.2023).

⁹⁵Kondoch B. The Killing of General Quassem Soleimani: Legal and Policy Issues // Journal of East Asia and international law. 2020. № 2. P. 433.

battlefields like Afghanistan».⁹⁶ Moreover, al-Qaeda members in different countries do not have to be the first to carry out an armed attack to be attacked by the US. The US may employ defensive measures against al-Qaida each time «when they are planning, engaging in, or threatening an armed attack against U.S. interests if it amounts to an «imminent» threat»⁹⁷ as they did in Operation Neptune Spear against Osama Ben Laden in 2011. The argument has explained the rationale of the anticipatory self-defence against terrorists that terrorists usually target defenceless civilians who are inevitably destroyed if attacked. Hence, Müllerson has claimed, that in some situations, in the face of an «imminent» armed attack, anticipatory self-defence could be the only way of preventing ANSA from reaching its aims.⁹⁸

However, suppose the defending state could not claim that it has a «global» armed conflict against ANSA. In that case, it may be difficult to justify applying targeted killings or other anticipatory self-defence measures because it might be challenging to determine whether the anticipated attack will be enough «grave» to be considered an armed attack or the «imminent threat thereof».⁹⁹ Nonetheless, according to Henderson, for carrying out targeted killings against an individual on another state's territory, defending a state must get consent from the host state.¹⁰⁰ With that, a host state has no right to consent to use force that would breach norms of international humanitarian law (IHL) or international human rights law (IHRL) as «obligations under those regimes are owed to individuals, not states».¹⁰¹

Discussion and Conclusion

In contemporary international law, the «effective control» test has a solid legal basis. Considering mentioned states practice, the ICJ's jurisprudence, and the ARSIWA, one can argue that international law allows the use of military force in self-defence against ANSA on the territory of another state provided the host state has the «effective control» over the ANSA.

However, the «effective control» test was criticized for its high attribution threshold and impracticability. Such a critique may be one of the reasons for the elaboration by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) of another attribution threshold – the «overall control» test. As for the «overall control» test, despite it appearing more practical (mainly due to lower attribution threshold), the ICJ did not find serious ground to acknowledge its compliance with international law. Hence, it is difficult to say if extraterritorial self-defence against ANSA is lawful by employing the «overall control» test.

At the same time, the gravest terrorist attacks of the XXI century heavily contributed to the emergence of even lower threshold tests as «harbouring state» test. But it should be noted, given that in practice, only the US utilised the «harbouring state» test.¹⁰² Considering the absence of acceptance in international treaties and the ICJ's jurisprudence, it is impossible to claim the legality of the «harbouring state» test as justification for using military force against ANSA extraterritorially. At the same time, even if, from the US invasion of Afghanistan (2001), states

⁹⁶Remarks of John Brennan, «Strengthening Our Security by Adhering to Our Values and Law» ([whitehouse.gov](https://www.whitehouse.gov), 16 September 2011). URL: <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/09/16/remarks-john-o-brennan-strengthening-our-security-adhering-our-values-an>> (accessed 20.12.2023).

⁹⁷Ibid.

⁹⁸Müllerson. Op. cit. P. 760.

⁹⁹Henderson. Op. cit. P. 337.

¹⁰⁰Ibid.

¹⁰¹Heyns C., Akande D., Hill-Cawthorne L. The international law framework regulating the use of armed drones // *The International and comparative law quarterly*. 2016. № 4. P. 796.

¹⁰²Henderson. Op. cit. P. 319.

have not explicitly applied the «harbouring state» test, the intrusion served as a basis for the emergence of the most controversial test of attribution – the UU doctrine.

It should be noted UU was not used in the ICJ practice,¹⁰³ nor reflects customary international law.¹⁰⁴ The UU has not been well established in international law because «there is a more general lack of state practice and *opinio juris* in favour of it».¹⁰⁵ For instance, Bhaskaran has noted that «[t]here does not exist enough *opinio juris* for the test to be classified as part of customary international law, with proponents of the test tending to favour the occasional practice of powerful Global North States in the face of the constant rejection of the test by Global South States».¹⁰⁶

Thus, considering aforementioned, it can be asserted that in spite of some powerful states have used the UU doctrine, supported by several institutions and endorsed by some scholars, many states openly object to it, there is no case law concerning it, and its acceptance as an international customary law rule is heavily disputable.

Moreover, the «Unable» part of the UU is more controversial than the «Unwilling» one. There is clear disapproval of the «Unable» test from countries such as Syria, Iraq, Ecuador, and some regional organisations (for example, the League of Arab Nations). Furthermore, in situations when the host country is unable but willing to stop ANSA's activities on its territory, according to academia, which made such a conclusion based on provisions of international law, the using military force on the host state's territory against ANSA should be considered as an internationally wrongful act.

The legality of targeted killings is also questioned. Despite some states practising targeted killings for several decades, such activities do not meet much support. However, even if targeted killing is conducted with a host state's consent, the lawfulness of it may be questioned from the perspective of IHL or IHRL.

To conclude, generally, using military force against ANSA on the territory of another state is a complicated topic in international law. Some contend that it infringes on the sovereignty of the state whose territory the ANSA are located, while some claim that it may be justified under the right of self-defence. State practice has been inconsistent in this regard. Nowadays, it may be argued that only the «effective control» test can lawfully trigger the right to self-defence against ANSA on the territory of another state. As for other tests and UU doctrine, there is no well-established state practice and *opinio juris*. In any event, being used, self-defence should comply with the criteria of necessity and proportionality.

Ж.Р. Темірбеков, PhD in Jurisprudence, LLM in International Law, teaching professor Maqsut Narikbayev University (Астана қ., Қазақстан): Халықаралық құқық мемлекеттерге басқа мемлекеттің аумағында мемлекеттік емес қарулы топтарға қарсы әскери күш қолдануға мүмкіндік береді ме және қаншалықты береді?

Мақаланың өзектілігі трансұлттық терроризмнің, көтерілісшіл қозғалыстардың және асимметриялық соғыстардың өсуі жағдайында мемлекет әрекеттерінің құқықтық шекараларын түсіну маңыздылығына байланысты. Соңғы қақтығыстар мен әскери интервенциялар басқа мемлекеттердің аумақтарында орналасқан мемлекеттік емес қарулы топтарға қарсы күш қолданудың рұқсат етілген түріне қатысты халықаралық құқықты нақтылау қажеттілігін көрсетеді. Мемлекеттің егемендігін құрметтеу мен өзін-өзі қорғау

¹⁰³Starski P. Right to Self-Defense, Attribution and the Non-State Actor // *ZaöRV*. 2015. № 75. P. 455.

¹⁰⁴Kevin Heller, «The Absence of Practice Supporting the “Unwilling or Unable” Test» (*Opinio Juris*, 17 February 2015). URL: <<http://opiniojuris.org/2015/02/17/unable-unwilling-test-unstoppable-scholarly-imagination/>> (accessed 16.11.2023).

¹⁰⁵Ibid.

¹⁰⁶Bhaskaran S. Self-Defence Against Non-State Actors: Reconceptualising the Legality of the ‘Unwilling or Unable’ Test in Light of the Doctrine of Necessity in International Law. // *LSE Law Review*. 2021. № 3. P. 301.

құқығын қамтамасыз ету арасындағы нәзік тепе-теңдікті табу айтарлықтай қиындық тудырады. *Зерттеу пәні* – басқа егеменді мемлекеттің аумағында елдердің мемлекеттік емес қарулы топтарға қарсы әскери күш қолдануын негіздеу үшін пайдаланылуы мүмкін атрибуцияның заманауи негізгі тұжырымдамалары болып табылады. *Зерттеудің мақсаты* – жоғарыда аталған тұжырымдамалармен байланысты құқықтық аспектілер мен мемлекеттік тәжірибеге сыни тұрғыдан талдау жасау. *Зерттеудің жаңалығы*: құқық, мемлекеттік тәжірибе және күш қолдану аясындағы кейбір мәселелерді біріктіре отырып, зерттеу мемлекеттік егемендік пен өзін-өзі қорғау құқығы арасындағы қарым-қатынас саласына жаңа көзқараспен қарауға мүмкіндік береді.

Қысқаша тұжырымдар: 1) кейбір мемлекеттер мен сарапшылардың ұстанымдарына сәйкес, басқа мемлекеттің аумағында мемлекеттік емес қарулы топтарға қарсы әскери күш қолдану осы мемлекеттің егемендігін бұзады. Бірақ бұл өзін-өзі қорғау құқығымен ақталуы мүмкін деген пікір бар. Осыған байланысты мемлекеттердің тәжірибесі сәйкес келмейді. 2) қазіргі уақытта «тиімді бақылау» тұжырымдамасы шетелдік аумақтағы мемлекеттік емес қарулы топтардан өзін-өзі қорғау құқығын ақтауға болатын жалғыз заңды негізделген тәсіл болып табылады. 3) атрибуцияның немесе «Unable en Unwilling» доктринасының басқа қарастырылған тұжырымдамаларына келетін болсақ – оларға қатысты мемлекеттердің қалыптасқан тәжірибесін қалыптастыру және *opinio juris* туралы айту қиын.

Түйінді сөздер: халықаралық құқық, мемлекеттік егемендік, күш қолдану, мемлекеттік емес қарулы субъектілер, ұжымдық қауіпсіздік, өзін-өзі қорғау, тиімді бақылау, әдеттегі халықаралық құқық, заманауи қақтығыстар, жаһандық қауіпсіздік.

Ж.Р. Темирбеков, PhD in Jurisprudence, LLM in International Law, teaching professor Maqсут Narikbayev University (г. Астана, Қазақстан): Допускает ли и в какой степени международное право государствам применять военную силу против негосударственных вооруженных групп на территории другого государства?

Актуальность статьи обусловлена важностью понимания правовых границ действий государства в условиях роста транснационального терроризма, повстанческих движений и асимметричных войн. Недавние конфликты и военные интервенции подчеркивают острую необходимость внести ясность в международное право относительно приемлемого применения силы против вооруженных негосударственных субъектов, находящихся на территории другого государства. Поиск хрупкого баланса между уважением государственного суверенитета и обеспечением права на самооборону представляет собой сложную задачу. *Предметом исследования* являются, прежде всего, современные концепции атрибуции, которые могут быть использованы при обосновании применения государствами военной силы против негосударственных вооруженных групп на территории другого суверенного государства. *Целью исследования* является критический анализ правовых аспектов и государственной практики, касающихся вышеупомянутых концепций. Новизна исследования заключается в том, что, объединив право, государственную практику и некоторые проблемы в сфере применения военной силы, исследование позволяет взглянуть по новому на сферу соотношения государственного суверенитета и права на самооборону.

Краткие выводы: 1) Согласно позициям некоторых государств и экспертов, применение военной силы против негосударственных вооруженных групп на территории другого государства нарушает суверенитет этого государства. Но существует мнение, что это может быть оправдано правом на самооборону. В этом отношении практика государств непоследовательна. 2) В настоящее время концепция «эффективного контроля» является единственным юридически обоснованным подходом, которым можно оправдать право на самооборону от негосударственных вооруженных групп на иностранной территории. 3) Что касается других рассмотренных концепций атрибуции или доктрины «Unable or Unwilling» – в их отношении трудно утверждать о формировании устоявшейся практики государств и *opinio juris*.

Ключевые слова: международное право, государственный суверенитет, применение силы, вооруженные негосударственные субъекты, коллективная безопасность, самооборона, эффективный контроль, обычное международное право, современные конфликты, глобальная безопасность.

Bibliography:

1. A plea against the abusive invocation of self-defence as a response to terrorism // *Revue Belge De Droit International*. 2016. № 1. P. 31-41.
2. Akande D. *Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts* // *International Law and the Classification of Conflicts* / ed. E. Wilmschurst: Oxford University Press, 2012.
3. Akande D., Milanovic M. The Constructive Ambiguity of the Security Council's ISIS Resolution. (November 21, 2015). URL: <https://www.ejiltalk.org/the-constructive-ambiguity-of-the-security-councils-isis-resolution/> (accessed: 17.12.2023).
4. Avalon Project – British-American Diplomacy: The Caroline Case. URL: https://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp (accessed: 20.12.2023).
5. Bethlehem D. Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack By Nonstate Actors // *The American journal of international law*. 2012. № 4. P. 770-777.
6. Bhaskaran S. Self-Defence Against Non-State Actors: Reconceptualising the Legality of the 'Unwilling or Unable' Test in Light of the Doctrine of Necessity in International Law // *LSE Law Review*. 2021. № 3. P. 301-326.
7. Boon K. Are control tests fit for the future? The slippage problem in attribution doctrines // *Melbourne journal of international law*. 2014. № 2. P. 1-48.
8. Bouissou J. Escalade depuis une «frappe» contre un camp terroriste au Pakistan // *Le Monde.fr* (26 February 2019). URL: https://www.lemonde.fr/international/article/2019/02/26/le-pakistan-accuse-l-inde-d-incursion-aerienneau-cachemire_5428279_3210.html (accessed: 19.12.2023).
9. Cassese A. The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia // *European journal of international law*. 2007. № 4. P. 649-668.
10. Chachko E., Deeks A. Which States Support the «Unwilling and Unable» Test?. URL: <https://www.lawfareblog.com/which-states-support-unwilling-and-unable-test> (accessed: 17.12.2023).
11. Christakis T. Challenging the “Unwilling or Unable” Test // *Heidelberg Journal of International Law*. 2017. № 77. P. 19-22.
12. Corten O. The ‘Unwilling or Unable’ Test: Has it Been, and Could it be, Accepted? // *Leiden journal of international law*. 2016. № 3. P. 777-799.
13. Deeks A. «Unwilling or unable»: toward a normative framework for extraterritorial self-defense // *Virginia journal of international law*. 2012. № 3. P. 483-550.
14. Downes C. «Targeted Killings» in and Age of Terror: The Legality of the Yemen Strike // *Journal of conflict & security law*. 2004. № 2. P. 277-294.
15. Ferencz B. Opinion | The “Immoral” Killing of the Iranian General' *The New York Times* (15 January 2020). URL: <https://www.nytimes.com/2020/01/15/opinion/letters/us-iran-killing.html> (accessed 28.11.2023).
16. Full Transcript of Secretary-General's Remarks at Climate Summit Press Conference (Including Comments on Syria) | United Nations Secretary-General. (September 23, 2014). URL: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/press-encounter/2014-09-23/full-transcript-secretary-generals-remarks-climate-summit> (accessed 21.12.2023).
17. Gill T., Tibori-Szabó K. Twelve Key Questions on Self-Defence against Non-State Actors - and Some Answers // *Israel yearbook on human rights*. 2020. № 50. P. 466-505.
18. Goshko J. M. Administration Acts on «Self-Defense» Principle Espoused by Shultz // *Washington Post*. 1986.
19. Gray C. Targeted killing outside armed conflict: a new departure for the UK? // *Journal on the use of force and international law*. 2016. № 2. P. 198-204.

20. Helle K. «The Absence of Practice Supporting the “Unwilling or Unable” Test» (Opinio Juris, 17 February 2015). URL: <<http://opiniojuris.org/2015/02/17/unable-unwilling-test-unstoppable-scholarly-imagination/>> (accessed 16.11.2023).

21. Henderson C. The use of force and international law. Cambridge, United Kingdom ; New York: Cambridge University Press, 2018.

22. Herik L. van den, Schrijver N. Annex Leiden Policy Recommendations on Counter-Terrorism and International Law // Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order. United States: Cambridge University Press, 2013.

23. Heyns C., Akande D., Hill-Cawthorne L. The international law framework regulating the use of armed drones // The International and comparative law quarterly. 2016. № 4. P. 791-827.

24. Hofmeister H. «To harbour or not to harbour»? Die Auswirkungen des 11. September auf das Konzept des «bewaffneten Angriffs» nach Art 51 UN-Charta // ZÖR. 2007. № 4. P. 475–500.

25. Goodman R. and Knuckey S. «Remarkable Statement by UN Secretary General on US Airstrikes in Syria» (Just Security, 23 September 2014). URL: <<https://www.justsecurity.org/15456/remarkable-statement-secretary-general-airstrikes-syria/>> (accessed 20 March 2023).

26. Khaitan B. Alternative to the Existing Rule of Attribution for Use of Force by Non-State Actors in an Armed Conflict // Journal of conflict & security law. 2021. № 1. P. 41-78.

27. Kondoch B. The Killing of General Quassem Soleimani: Legal and Policy Issues // Journal of East Asia and international law. 2020. № 2. P. 419–434.

28. Michael B. Responding to attacks by non-state actors: the attribution requirement of self-defence // Australian international law journal. 2009. № 16. P. 133-159.

29. Milanovic M. Self-Defense and Non-State Actors: Indeterminacy and the Jus ad Bellum. URL: <https://www.ejiltalk.org/self-defense-and-non-state-actors-indeterminacy-and-the-jus-ad-bellum/> (accessed: 17.12.2023).

30. Moir L. Action Against Host States of Terrorist Groups // The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law / ed. M. Weller: Oxford University Press, 2015.

31. Moore J. Legal Dimensions of the Decision to Intercede in Cambodia // The American journal of international law. 1971. № 1. P. 38-75.

32. Müllerson R. Self-defence against Armed Attacks by Non-State Actors // Chinese journal of international law (Boulder, Colo.). 2019. № 4. P. 751-775.

33. Nichols T. Eve of destruction: the coming age of preventive war. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008.

34. Obama vows to «take out» terror targets in Pakistan (The Sydney Morning Herald, 27 September 2008). URL: <https://www.smh.com.au/world/obama-vows-to-take-out-terror-targets-in-pakistan-20080927-4p6u.html> (accessed: 26.11.2023).

35. Paola Diana Reyes Parra. Self-Defence against Non-State Actors: Possibility or reality? // Revista Facultad de Jurisprudencia. 2021. № 9. Journal Faculty of Jurisprudence. P. 151-176.

36. Remarks of John Brennan, «Strengthening Our Security by Adhering to Our Values and Law» (whitehouse.gov, 16 September 2011). URL: <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/09/16/remarks-john-o-brennan-strengthening-our-security-adhering-our-values-an>> (accessed 20.12.2023).

37. Remarks by President Trump on the Killing of Qasem Soleimani – The White House (3 January 2020). URL: <https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-killing-qasem-soleimani/> accessed (28.11.2023).

38. Report on the Legal and Policy Frameworks Guiding the United States’ Use of Military Force and Related National Security Operations (The White House, Washington 2016). URL: <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2016/12/framework.Report_Final.pdf>10 (accessed: 23.12.2023).

39. Ruys T. «Armed attack» and Article 51 of the UN Charter: evolutions in customary law and practice. New York: Cambridge University Press, 2010.

40. Starski P. Right to Self-Defense, Attribution and the Non-State Actor // ZaöRV. 2015. № 75. P. 455-501.

41. Trapp K. Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors // *The International and comparative law quarterly*. 2007. № 1. P. 141-156.

42. Whitaker B. and Burkeman O. «Killing Probes the Frontiers of Robotics and Legality» (*The Guardian*, 6 November 2002). URL: <<https://www.theguardian.com/world/2002/nov/06/usa.alqaida>> (accessed 28.11.2023).

43. Wood M. *The Caroline Incident—1837* // *The use of force in international law: a case-based approach* / под ред. T. Ruys, O. Corten, A. Hofer. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2018.

Для цитирования и библиографии: Temirbekov Z.R. Whether and to what extent does International Law allow States to use military force against armed non-state actors on the territory of another state? // *Право и государство*. № 4 (101), 2023. – С. 19-37. DOI: 10.51634/2307-5201_2023_4_19

Материал поступил в редакцию 06.12.2023.



НОВЫЕ КНИГИ

Бикс Б. Право, язык и правовая определенность. М.: Изд. «Канон+», 2024. – 304 с.

ISBN 978-5-88373-818-9.

Книга современного американского философа и правоведа Брайана Бикса «Право, язык и правовая определенность» является одной из самых известных и авторитетных работ по аналитической философии права XXI в.

Автор, рассматривая связь языка и права через их взаимодействие в вопросе правовой определенности, не просто знакомит нас с основными темами современной философии права, но и дает им свою, весьма оригинальную, интерпретацию.

Три темы выступают главным предметом его обсуждения:

- проблема правовой определенности: всегда ли право (или почти всегда, или никогда) располагает единственно правильными ответами на любые юридические вопросы.
- роль языка в праве.
- как в юридических дискуссиях используется (и правильно ли используется) подход Витгенштейна к философии языка. Развиваемый автором подход основан на глубоком знании философии языка и юриспруденции, позволяющем ему сделать вывод, что философия права представляет собой гибрид концептуального анализа и эмпирического описания.

МОРАЛЬ И ПРИРОДА ПРАВА. ГЛАВА 8. КОНЦЕПТУАЛЬНАЯ ВОЗМОЖНОСТЬ МОРАЛЬНЫХ КРИТЕРИЕВ ЮРИДИЧЕСКОЙ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ¹



К.Э. ХИММА,

доктор права, Высшая школа
права Вашингтонского
университета (г. Сиэтл, США)
E-mail: himma@uw.edu

В рубрике «Переводы работ выдающихся ученых» публикуется перевод восьмой главы книги профессора Кеннета Химмы «Мораль и природа права».

Кеннет Эйнар Химма – американский ученый-юрист, известный специалист в области аналитической философии права, этики и политической философии. На протяжении многих лет приглашенный профессор ряда университетов США, Европы и Латинской Америки.

Автор книг и коллективных монографий, в том числе *Unpacking Normativity – Conceptual, Normative and Descriptive Issues* (with Miodrag A. Jovanović and Bojan Spaić, 2018), *Law as an Artifact* (with Luka Burazin and Corrado Rovarsi, 2018), *Morality and the Nature of Law* (2019), *Coercion and the Nature of Law* (2020), *The Artifactual Nature of Law* (with Luka Burazin, Corrado Rovarsi, Paweł Banaś, 2022).

Ключевые слова: философия права; правовая действительность; правовые понятия; правовые институты; государство; общество.

Эта глава посвящена взаимодействию понятий права и морали, как они определяются нашей обычной лингвистической и юридической практикой. Относительно критериев юридической действительности есть только три возможности такого взаимодействия: дескриптивные антипозитивистские утверждения о том, что к критериям действительности должны относиться моральные ограничения содержания права; утверждения инклюзивного позитивизма о том, что к критериям действительности могут относиться моральные ограничения содержания действительного права; утверждения эксклюзивного позитивизма о том, что к критериям действительности не могут относиться моральные ограничения содержания действительного права. Эти три позиции исчерпывают логическое пространство концептуальных утверждений о том, относятся ли к критериям действительности моральные нормы: к критериям действительности должны, могут или не могут относиться моральные ограничения содержания права.

В этой главе защита тезиса о включенности, предпринятая в двух последних главах, завершается положительным обоснованием утверждения, что к критериям действительности могут относиться моральные ограничения содержания права. Аргументация опирается на модель институциональной нормативной системы, которая наделяет юридической силой все и только императивные моральные нормы в возможном мире, который похож на наш во всех причинных отношениях, и показывает, что система удовлетворяет всем правдоподобно мыслимым концептуально необходимым условиям существования правовой системы.

© К.Э. Химма, 2023

¹Перевод с английского выполнен приглашенным профессором Университета Бремена, доктором философских наук В.В. Оглезневым (ФРГ, г. Бремен) с разрешения автора по изданию: Kenneth Einar Himma. *Morality and the Nature of Law*. Oxford University Press 2019. P. 197-225.

1. Общие методологические соображения

Важно отметить характер утверждения о моральных критериях действительности, которое делается при помощи тезиса о включенности. Начнем с того, что им не утверждается и не подразумевается, что в нашем мире существуют, существовали и когда-либо будут существовать правовые системы с моральными критериями действительности. Поскольку тезис о включенности направлен только на то, что концептуально возможно, он не содержит ничего о том, существуют ли, были ли или будут ли существовать в нашем мире правовые системы с моральными критериями действительности. Точно так же как утверждение о *возможности* существования снежного человека ничего не говорит о том, *существует ли* он на самом деле, утверждение о возможности существования правовых систем с моральными критериями действительности ничего не говорит о том, существуют ли правовые системы с такими критериями.

Далее, поскольку тезис о включенности направлен только на то, что концептуально возможно, он не содержит ничего о том, возможна ли такая система номологически – то есть возможна ли она в тех мирах, в которых действуют такие же законы природы, как и в нашем. Очевидно верно то, что номологически возможно, возможно и концептуально, однако неверно то, что концептуально возможно, возможно и номологически. Такого положения дел можно добиться только в концептуально возможных мирах, имеющих настолько отличные от нашего мира каузальные свойства, что их обитатели наделялись бы чертами, которыми мы *не обладали* бы просто потому, что мы и наш мир устроены иначе.

Рассмотрим идею о том, что концептуально возможно существование правовой системы без санкций в мире, обитатели которого при совершении действий почти всегда руководствуются бескорыстной любовью. Неясно, говорит ли нам это утверждение нечто о номологической возможности существования такой системы, поскольку неясно, возможно ли номологически, чтобы такие эгоистичные по своей сути существа как мы, живущие в условиях ограниченности ресурсов, всегда оставляли бы в стороне свои собственные интересы ради бескорыстной заботы о других. Если, с одной стороны, (1) такие действия для нас номологически возможны, и (2) этот концептуально возможный мир не обладает признаками, которые номологически невозможны, то он возможен и концептуально, и номологически. Однако если, с другой стороны, (i) такие действия для нас невозможны, и (ii) регулятивная эффективность системы полностью зависит от этой особенности психологии субъектов, то такая правовая система возможна концептуально, но *не* номологически.

Но даже если мы знаем, что некоторое положение дел S номологически возможно, это почти ничего не говорит о том, будет ли оно реализовано в нашем мире. Утверждение о том, что S номологически возможно, влечет за собой только то, что вероятность его реализации в нашем мире выше нуля. Это мало что говорит нам о том, может ли S быть реализовано в нашем мире, потому что все, что мы можем вывести из номологической возможности S , это лишь то, что вероятность реализации S в нашем мире равна 0,99 или 0,0000000000000001.

Вероятность того, что S встретится в номологически возможном мире, будет меняться от одного мира к другому. То, что очень маловероятно в нашем мире из-за какой-то его номологически *случайной* особенности, может быть вполне вероятным в другом номологически возможном мире, у которого этой особенности нет. Если есть вероятность того, что S может встретиться в неизменном виде в каждом номологически возможном мире, то это потому, что способность существ рассчитать эту вероятность является их *неслучайной* чертой. Они похожи на нас во всех причинно-значимых отношениях, а значит, это свойство является номологически *необходимым* и для нас. Чтобы получить достоверное представление о том, насколько моральные критерии юридической действительности вероятны в нашем мире, нам следовало бы гораздо больше знать о особенностях номологически возможных миров с моральными критериями юридической действительности, и о том, какова вероятность появления этих особенностей в нашем мире.

Вышеизложенное указывает на методологическую проблему обоснованности утверждений о концептуальной возможности моральных критериев действительности при проведении эмпирического исследования: мы можем подтвердить тезис о включенности на основе

эмпирического опыта, но не можем его опровергнуть. Если, например, мы сможем в нашем мире правильно определить правовую систему с моральными критериями действительности, то тем самым мы установим истинность тезиса о включенности. Утверждение, что *существует* правовая система с моральными критериями действительности, влечет тривиальное утверждение, что такая система *может существовать*. Но, опять же, из утверждения о том, что не существует актуальных правовых систем с моральными критериями действительности, не следует, что тезис о включенности ложен, поскольку утверждение о том, что в нашем мире *нет* таких систем, не влечет того, что *не может быть* таких систем. По этой причине поиск правовых систем в прошлом и настоящем может оказаться безуспешным для установления истинности тезиса о включенности.

Однако есть одна эпистемическая трудность, которая уменьшает нашу способность подтвердить тезис о включенности даже на основании результатов якобы подходящих эмпирических наблюдений. Теоретики всегда могут согласиться с определенными действиями, составляющими *юридическую* практику в судах, но не согласиться с тем, как эту практику охарактеризовать. Нечто, что считается *юридической* практикой, должно быть истолковано так, чтобы ее охарактеризовать, и всегда можно не согласиться с соответствующими интерпретационными утверждениями, даже если не оспаривается то, чем являются неистолкованные факты, составляющие практику. Два теоретика могут взглянуть на один и тот же набор действий и согласиться с тем, что он представляет собой *юридическую* практику, но не согласиться с тем, как охарактеризовать эти действия в других контекстах; инклюзивный и эксклюзивный позитивист может посмотреть на набор судебных практик и согласиться с тем, что эти практики являются *юридическими*, но не согласиться с тем, правильно ли они характеризуются как определяющие моральные критерии действительности².

2. Предпосылки модели, подтверждающей тезис о включенности

Из приведенного выше рассуждения следует, что для доказательства концептуальной возможности существования правовой системы с моральными критериями действительности нужно сделать две вещи. Во-первых, нужно разработать модель институциональной нормативной системы *в мире, подобном нашему*, которая могла бы быть правдоподобно истолкована как обладающая моральными критериями действительности и четко удовлетворяющая всем условиям, которые, как считается, необходимы для существования права. Во-вторых, чтобы модель подтверждала тезис о включенности, она должна поддаваться эксклюзивистской интерпретации.

2.1 Модель должна описывать номологически возможный мир. Субъекты в модели, определяющей концептуально возможную правовую систему с моральными критериями действительности, должны быть похожи на людей в отношении тех психологических и физических особенностей, которые объясняют, почему нам нужно, чтобы право делало то, что оно делает в нашем мире. Право *нами* создано для регулирования поведения существ, *подобных нам*, и можно обоснованно опасаться, что модель, предлагаемая в качестве защиты какого-либо концептуального утверждения о праве, определит мир, который слишком далек от нашего, чтобы рассказать нам нечто о праве в том виде, в каком его определяет наша концептуальная практика. Модель, призванная описать концептуально возможную правовую систему, которая регулирует поведение всемогущих богов, проблематична, поскольку неясно, что при учете нашей концептуальной практики правильно ли применять понятие «право» к такой институциональной нормативной системе.

²Уилфрид Валучов рассматривает некоторые судебные практики, принятые в Канаде, которые он интерпретирует как обладающие моральными критериями действительности. Wilfrid Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994). Стивен Перри в ответ утверждает, что эти практики можно трактовать так же правдоподобно, как и критерии действительности, основанные только на источниках. См., например, Stephen Perry, “Two Varieties of Legal Positivism” (Critical notice of Waluchow’s *Inclusive Legal Positivism*), *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 9 (1996).

Рассмотрим модель «общества ангелов», предназначенную для опровержения утверждения о том, что каждая концептуально возможная правовая система санкционирует нарушения действительных законов. При описании этой модели Раз позаботился выявить допущения, которые гарантируют, что в теоретически важных аспектах мир ангелов похож на наш: «Мы можем себе представить ... разумных существ, которые могут повиноваться закону, у которых есть и которые признают, что у них есть более чем достаточно причин ему повиноваться независимо от санкций. Возможно, человеческие существа могли бы в них даже перевоплотиться. Разумно предположить, что в таком обществе законодатель не станет утруждать себя введением санкций, поскольку они будут излишними и ненужными. Если бы такая нормативная система обладала всеми описанными выше признаками правовой системы, то даже при отсутствии санкций она была бы признана всеми в качестве правовой»³.

Эти предположения были задуманы для того, чтобы показать, что мир «ангелов» для таких существ как мы является возможным. Ангелы изображены настолько похожими на человеческие существа, что «человеческие существа могли бы в них даже перевоплотиться». Но человеческие существа не могут в них «перевоплотиться» иначе, чем через стандартные физические и социологические процессы, которые объясняют как мы приобретаем определенные физические и психологические черты. А поскольку мы рационально эгоистичны и уязвимы для причинения определенного вреда, для защиты от которых нам нужна правовая система, таковыми являются и ангелы.

Единственное существенное отличие ангелов от нас заключается в том, что они решительно мотивированы на то, чтобы их поведение всегда соответствовало закону без всякой нужды в благоразумных стимулах, необходимых в нашем мире. Во всех остальных отношениях психологические и физические свойства ангелов такие же, как и у нас. В той мере, в какой мы могли бы превратиться в существ, подобных ангелам, номологически возможно, хотя и маловероятно, чтобы мы эволюционировали и развили мотивационные качества, которые отличали бы их от нас нынешних.

Аргумент об «обществе ангелов» проблематичен в одном отношении, которое особенно важно для подтверждения тезиса о включенности. Проблема заключается в том, что просто неясно, возможен ли мир ангелов номологически, поскольку неясно, могут ли такие эгоистичные существа как мы, живущие в мире ограниченности ресурсов, когда-либо стать подобными ангелам. Если наши концептуальные практики предполагают, что право является исключительно человеческим институтом и такой мир номологически невозможен, то эта модель не сможет доказать существование правовой системы без санкций.

Чтобы избежать подобных опасений относительно ее релевантности, модель, призванная подтвердить тезис о включенности, должна описывать номологически возможный мир. Если она не может его подтвердить, то это не потому, что описываемая ею институциональная нормативная система несовместима с исключительно человеческим характером права, а потому, что описываемая система не удовлетворяет некоторому концептуально необходимому условию права.

2.2 Моделируемая система должна удовлетворять минимальным условиям существования правовой системы Харта. Модель должна удовлетворять минимальным условиям для существования правовой системы, предложенным Г.Л.А. Хартом, таким как (1) должностные лица в моделируемом мире должны соблюдать правило признания, которое регулирует их поведение в отношении признания, применения и обеспечения соблюдения закона; и (2) поведение остальных лиц в модели должно в целом соответствовать нормам, действительным благодаря правилу признания. Хотя эти два условия не исчерпывают необходимых условий права, и следовательно не определяют условий, которые в совокупности достаточны для существования правовой системы, но если нечто не удовлетворяет этим двум условиям, оно не может должным образом характеризоваться в качестве правовой системы.

³Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990), 159-160. Далее PRN.

2.3 Моделируемая система должна минимально содержать естественное право. Харт придерживается мнения, что «естественно» необходимым условием существования правовой системы является то, что она минимально содержит естественное право: «Размышление о некоторых весьма очевидных обобщениях, даже трюизмах *относительно природы человека и мира, в котором живут люди*, показывает, что пока это все остается в силе, есть некоторые правила поведения, которые должна иметь любая социальная организация для того, чтобы быть жизнеспособной. И действительно такие правила являются обычной составной частью права и обыденной морали всех обществ, достигших той степени, где их можно выделить как различные формы социального контроля. ... Такие признанные универсальными принципы поведения, имеющие основание в элементарных истинах относительно человеческих существ, их естественного окружения и целей, могут рассматриваться как минимальное содержание естественного права... Мы можем сказать, учитывая структуру естественных фактов и целей, которые делают санкции и возможными и необходимыми во внутригосударственной системе, что это – *естественная необходимость*⁴».

Есть пять особенностей «природы человека и мира, в котором живут люди», которые, по мнению Харта, требуют минимального содержания естественного права в любой возможной для человека системе внутригосударственного права⁵: (1) наша физическая и психологическая уязвимость для причинения вреда; (2) обладание в значительной степени равными физическими и психологическими качествами, позволяющие нам доминировать друг над другом; (3) наша способность руководствоваться бескорыстными соображениями ограничена, учитывая, что мы по своей природе эгоистичны и упорно стремимся к удовлетворению своих желаний и потребностей; (4) нехватка мировых материальных запасов; и (5) ограниченность наших интеллектуальных способностей и силы воли⁶.

Но поскольку эти пять свойств проявляются во всех возможных мирах, что может сказать нам нечто о природе права, как его конструирует наша практика, они также являются тем, что отличает наш мир, порождая потребность в системе права. Если право, как мы его понимаем, является исключительно человеческим в том смысле, что слово «право» применимо только к институтам, регулирующим поведение в тех мирах, которые обладают каждым из этих пяти признаков, то не только номологически необходимым условием существования правовой системы, регулирующей неслужебное поведение, является то, что она минимально содержит естественное право; это также является и концептуально необходимым условием.

Чтобы предлагаемая ниже модель удовлетворяла всем условиям, которые считаются концептуально необходимыми для существования права, она будет определена таким образом, чтобы нормы, регулирующие неслужебное поведение, минимально содержали естественное право. И будет структурирована так, чтобы минимальное содержание естественного права позволило успешно подтвердить тезис о включенности – независимо от того, правильно ли с концептуальной точки зрения характеризовать право как институциональную нормативную систему, которая регулирует только поведение существ, подобных нам, и в мирах, подобных нашему.

2.4 Модель должна согласовываться с сервисной концепцией власти. Поскольку то, что любая концептуально возможная правовая система метафизически *способна* реализовывать легитимную власть, является трюизмом, модель должна определяться так, чтобы

⁴H.L.A. Hart, *The Concept of Law* 3rd Ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012). P. 192-193; выделено мной. – К. Х. Термин «естественная необходимость», как его использует Харт, вероятно, следовало бы истолковать как относящийся к номологической необходимости.

⁵Это требование относится только к системам внутригосударственного права, поскольку системы международного права призваны регулировать только официальное поведение национальных государств.

⁶H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. P. 193-197.

институциональная нормативная система была метафизически способна реализовывать легитимную власть. Поскольку наиболее распространенным среди сторонников концептуальной юриспруденции анализом природы и обоснования власти является сервисная концепция власти, модель должна быть разработана таким образом, чтобы определяемая при ее помощи система была метафизически способна реализовывать легитимную власть в соответствии с этой концепцией.

Для этого необходимо, чтобы нормы сконструированной системы (1) были способны выражать мнение власти о том, какие действия субъекты обязаны совершать в соответствии с правильными основаниями; (2) были способны заменить суждения субъектов в их практических рассуждениях о том, что они должны делать в соответствии с правильными основаниями; и (3) были сформулированы таким образом, чтобы согласно тезису нормального обоснования (ТНО) считаться юридически легитимными. Хотя в предыдущих главах высказывались опасения по поводу сервисной концепции авторитета, моделируемая здесь правовая система будет построена таким образом, чтобы удовлетворять этой концепции и избегать вопросов относительно власти.

2.5 Нормы системы должны быть метафизически способны управлять поведением, которое ими регулируется, мотивационным и эпистемическим образом. Моделируемая правовая система должна быть разработана таким образом, чтобы она могла выполнять такую концептуальную функцию права как регулирование поведения субъектов посредством норм, метафизически способных управлять действиями, которые ими регулируются. Как уже говорилось выше, существуют две группы правовых норм, регулирующие разные типы поведения: (1) правило признания, регулирующее поведение должностных лиц; и (2) нормы, действующие на основании правила признания, регулирующие поведение всех других лиц.

Концептуальным требованием для того, чтобы нечто стало некой нормой, *регулирующей* поведение субъекта, является то, что оно было метафизически способно управлять его поведением как эпистемическим, так и мотивационным образом. Начнем с того, что часть пропозиционального содержания n может считаться нормой, регулирующей поведение членов некоторого класса субъектов S , только если она содержит то, что n от них требует, что члены этого класса метафизически способны понять, обратившись к n . Та часть пропозиционального содержания, которая метафизически неспособна управлять поведением класса субъектов эпистемическим образом, потому что с номологической точки зрения субъекты, как правило, не способны понять, что требует от них эта норма, обратившись к ней, не может с концептуальной точки зрения считаться нормой, регулирующей поведение членов этого класса. Таким образом, любая норма, регулирующая поведение членов некоторого класса S , метафизически способна управлять их поведением *эпистемическим образом*.

То, что любая норма, регулирующая поведение членов S , должна быть метафизически способна управлять их поведением *мотивационным образом*, можно установить двумя разными способами. Во-первых, утверждение о том, что норма n метафизически способна управлять поведением членов S эпистемическим образом, влечет утверждение о том, что n метафизически способна управлять их поведением мотивационным образом. Если n метафизически способна управлять поведением членов S эпистемическим образом, то у членов S есть номологическая возможность как выяснить, что n от них требует, так и согласовать свое поведение с n , выяснив, что n от них требует. Но если члены S могут согласовывать свое поведение с n отчасти из-за того, что они выяснили, что n от них требует, то n будет считаться нормой. Если субъект при принятии решения будет руководствоваться знанием о том, что n требует, то он может согласовывать свое поведение с n по любому рациональным субъективным причинам, включая ту, что n является нормой определенной системы. Соответственно, если любая часть пропозиционального содержания метафизически способна управлять поведением эпистемическим образом, то она также способна управлять тем же самым поведением и мотивационным образом.

Во-вторых, часть пропозиционального содержания n может быть нормой, которая регулирует поведение S , только если n номологически, и следовательно метафизически спо-

собна мотивационным образом управлять поведением S . Часть пропозиционального содержания n обоснованно считается нормой, регулирующей поведение S , если и только если (1) номологически возможно, чтобы S удовлетворял требованиям n и (2) номологически возможно, чтобы S нарушал требования n . Поскольку номологически возможно, чтобы S согласовывал свое поведение с n , и чтобы S нарушал требования n , то для S номологически возможно *соблюдать* n . Поскольку номологически возможно для S соблюдать n , то для S номологически возможно согласовывать свое поведение с n , потому что n является нормой, которая регулирует поведение S , а значит поведение S мотивационным образом управляется при помощи n . Если субъект может норму соблюдать, то, по меньшей мере, разумным будет то, что он может это делать по разным субъективным причинам. Поскольку все, что возможно номологически, возможно и метафизически, то концептуальной истиной является то, что каждая норма, регулирующая поведение S , метафизически способна мотивационным образом управлять S .

Для понятия правовой нормы это размышление может иметь следующие следствия. Поскольку (1) концептуальной истиной является то, что каждая правовая норма является *нормой*, и (2) концептуальной истиной является то, что нечто не может считаться нормой, регулирующей поведение некоторого класса субъектов, если оно метафизически не способно управлять членами этого класса как мотивационным, так и эпистемическим образом. Из этого следует, что концептуальной истиной является и то, что каждая правовая норма, регулирующая поведение членов класса, метафизически способна управлять ими как мотивационным, так и эпистемическим образом.

2.6 Модель должна правдоподобно истолковываться как обладающая моральными критериями действительности. Чтобы подтвердить тезис о включенности, моделируемая система должна правдоподобно истолковываться как обладающая моральными критериями действительности. Это означает, что модель должна быть организована так, чтобы выполнялись два условия. Во-первых, должно быть очевидно, что судьи убеждены, что они реализуют правило признания, которое включает моральные критерии действительности. Во-вторых, также должно быть очевидно, что судьи применяют эти моральные нормы скорее правильно, нежели неправильно; в противном случае все, что можно с уверенностью сказать о судьях этой модели, так это то, что они *убеждены*, что применяют нормы морали, когда принимают решения о том, является ли отдельная принятая норма юридически действительной.

2.7 Модель не должна быть совместима с эксклюзивной позитивистской интерпретацией. Наконец, модель не должна быть совместима с эксклюзивистской интерпретацией. Хотя тот факт, что модель может правдоподобно истолковываться как определяющая инклюзивную правовую систему, предполагает, что идея моральных критериев юридической действительности является непротиворечивой, и следовательно, что правовая система с моральными критериями действительности концептуально возможна, было бы предпочтительнее разработать модель, которая могла бы истолковываться как правовая система *только* в той мере, в какой она обладает моральными критериями действительности. Поэтому у сторонника эксклюзивного позитивизма остается возможность нежелательного отрицания статуса права у институциональной нормативной системы, которая удовлетворяет всем условиям, вероятно, концептуально необходимым для существования права.

3. Разработка модели, подтверждающей тезис о включенности

3.1 Номологическая возможность моделируемого мира. Чтобы убедиться в том, что моделируемый мир может нам нечто рассказать о праве, учитывая, что право является исключительно человеческим институтом, модель определяет мир, который похож на наш, как в отношении наших законов причинности, так и в отношении наших черт, порождающих у нас потребность в правовом регулировании. В частности, субъекты этого мира эгоистичны, рациональны, и как мы психологически и физически уязвимы для причинения вреда. Кроме того, в этом мире нет достаточного количества материальных ресурсов, доступных для непосредственного удовлетворения всех их желаний и потребностей. А поскольку в данную

модель включаются те особенности нашего мира, которые объясняют нашу потребность в праве, она определяет, какой мир номологически возможен.

3.2 Случайная непогрешимость субъектов модели. Субъекты этого номологически возможного мира обладают такими же интеллектуальными способностями, что и мы, но их представления о морали отличаются от наших в следующих отношениях. Во-первых, субъекты всегда согласны в том, что мораль требует. Во-вторых, их убеждения относительно требований морали всегда оказываются правильными, независимо от того, воспринимается ли ими мораль как объективно правильная или же как условная. И что хотя любой субъект этого мира может ошибаться при решении моральных вопросов, они не ошибаются при решении других вопросов. В-третьих, их убеждения относительно требований морали всегда оказываются эпистемически обоснованными; они всегда находят обоснованные аргументы, которые оправдывают их убеждения, и поэтому могут эпистемически обосновать каждое из них.

Хотя эти условия описывают положение дел, которое *маловероятно* для таких существ, как мы, но оно все же для нас *возможно*. Во-первых, для двух любых агентов очевидно, что прийти к согласию по поводу определенного морального вопроса номологически возможно; в нашем мире мы часто не соглашаемся по одним вопросам, но соглашаемся по другим. Учитывая, что два разных агента могут номологически договориться по поводу одного морального вопроса, они могут номологически договориться по поводу любого морального вопроса. Но если два агента могут номологически договориться относительно любого морального вопроса, то это могут сделать все остальные агенты. Нет оснований полагать, что такие существа, как мы, могут расходиться в том, что мораль требует в каждом отдельном вопросе.

Во-вторых, существует номологически возможный мир, в котором каждый человек всегда оказывается прав относительно требований морали. Поскольку для меня номологически возможно быть правым в отношении того, что требует мораль по одному вопросу, для меня номологически возможно быть правым в отношении того, что требует мораль по всем другим вопросам. Но поскольку то, что номологически возможно для одного агента, номологически возможно для всех агентов, то номологически возможно, чтобы все агенты были правы в отношении того, что требует мораль по любому вопросу.

В-третьих, существует номологически возможный мир, в котором каждый человек знает, что мораль требует по любому вопросу. Поскольку у меня есть номологическая возможность эпистемически обосновать и оказаться правым относительно того, что, по моему мнению, мораль требует в одном вопросе, то у меня есть номологическая возможность эпистемически обосновать и оказаться правым относительно того, что, по моему мнению, мораль требует по любому вопросу. Но поскольку то, что номологически возможно для одного агента, номологически возможно для всех агентов, тогда у всех агентов есть номологическая возможность оказаться правым относительно того, что мораль требует по каждому вопросу, и эпистемически обосновать каждое такое убеждение.

Таким образом, существа в модели представляются *случайно непогрешимыми* по отношению к морали – и не обязательно или по своей сути непогрешимыми – в том смысле, что они всегда *знают*, что мораль требует. Разница заключается в следующем. Поскольку их убеждения относительно требований морали всегда истинны, и у них всегда найдутся разумные аргументы, при помощи которых они эпистемическим образом обоснуют свои убеждения, они всегда знают, чего мораль требует, и следовательно они *непогрешимы* в отношении того, что она требует. Но эта непогрешимость условна или случайна в следующем отношении: хотя субъекты в этом мире часто правы в каждом вопросе, они могут быть не правы в отдельном вопросе. Это не значит, повторюсь, что они умнее или имеют более надежный доступ к требованиям морали; они так же как и мы интеллектуально ограничены, и просто случайно натываются на правильные взгляды и правильные аргументы. В отличие от всезнающего Бога, который ни в концептуальном, ни в номологическом смысле не может ошибаться ни в чем, субъекты этого номологически возможного мира, как и мы,

могут ошибаться по отдельному – или даже по каждому – моральному вопросу относительно того, что они должны или не должны делать.

Предположение о том, что субъекты этого мира могут ошибаться по отдельному моральному вопросу, необходимо для того, чтобы они были похожи на нас во всех релевантных отношениях, и следовательно, чтобы их мир был номологически доступен для нашего. Если бы не тот факт, что субъекты могут быть неправы, как и мы, по отдельному моральному вопросу, мы получили бы мир слишком далекий от нашего, чтобы рассказать нам нечто об исключительно человеческой природе права, как оно определяется нашими практиками, свойствами и уязвимостями. Практики, которые порождают то, что мы называем правом, формируются как *нашими* уязвимостями, так и *нашими* недостатками, а также содержанием норм, которые *мы* принимаем для регулирования поведения существ с этими уязвимостями и недостатками.

Существа этого мира похожи на нас в другом важном и прискорбном отношении, которое объясняет, почему они также нуждаются в праве: они, как и мы, часто совершают социально вредные поступки, которые, по их признанию, являются морально неправильными. Поскольку они, как и мы, ужасно эгоистичны и обычно руководствуются сильными эмоциями, они часто совершают такие поступки, которые считаются морально неправильными, – или которые будут таковыми, если поступки совершаются в состоянии аффекта, – чтобы продвинуть то, что, по их мнению, отвечает их же интересам. Учитывая ограниченность материальных ресурсов, в этом мире часто будут возникать насильственные конфликты, нарушающие общественный порядок.

Насколько часто эти конфликты происходят в том мире по сравнению с нашим, не ясно, но можно предположить, что реже. Причина в том, что в нашем мире для достижения своих интересов мы обычно поступаем морально неправильно, поскольку ошибочно считаем этот поступок морально допустимым. В описанном мной мире такого рода путаницы с моралью не происходит, по крайней мере, не в случае беспристрастного рассмотрения субъектами морального вопроса. Если в моделируемом мире из-за моральной путаницы насильственных конфликтов не возникает, то, скорее всего, в нем их будет меньше, чем в нашем мире.

Однако должно быть ясно, что такие социально вредные конфликты в этом мире все же будут возникать довольно часто, чтобы для поддержания мира понадобилось нечто вроде права. Такие существа, как и мы, часто совершают «преступления в порыве страсти» в состоянии аффекта, когда нас одолевают навязчивые желания или потребности. Большинство противоправных посягательств являются, например, спонтанными «преступлениями в порыве страсти», возникающими в результате фрустрации острых желаний⁷. Поскольку субъекты модели так же как и мы склонны к совершению таких поступков, и поскольку ограниченность материальных ресурсов (включая романтические и сексуальные ресурсы) может привести к возникновению конфликтов, очевидно, что в их мире нечто вроде права необходимо.

3.3 Модель институциональной нормативной системы с моральными критериями действительности. Учитывая, что субъекты в этом мире часто вступают в конфликты, нарушающие мир, возникает необходимость в создании чего-то похожего на правовую систему, позволяющую минимизировать частоту таких конфликтов. Такая система при правильном ее построении позволит настолько снизить количество конфликтов, что люди будут если не активно просить, то, по крайней мере, соглашаться на такое регулирование их поведения. Хотя люди в этом мире отличаются от нас тем, что всегда обладают правильными

⁷Например, в 37,5 % случаев женщины становятся жертвами убийств, совершаемых их же мужьями, а в 91% — жертвами своих же знакомых. См.: “Crime in the U.S.”, Uniform Crime Reporting, доступно по адресу: <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2010/crime-in-the-u.s.-2010/offenses-known-to-law-enforcement/expanded/expandhomicidemain>; и “29 Intriguing Crimes of Passion Statistics”, Brandon Gaille (May 23, 2017), доступно по адресу: <https://brandongaille.com/27-intriguing-crimes-of-passion-statistics/>.

представлениями о требованиях морали, они достаточно похожи на нас в эмоциональном плане, считая свой мир ничем иным, как райским садом. Определенное институциональное регулирование при помощи санкций за несоблюдение норм будет восприниматься как необходимое зло.

Такие санкции будут обладать тем же характером, что и в нашем мире. Иногда они будут носить ярко выраженный карательный характер, вроде, например, наших санкций за уголовные преступления, а иногда, как в случае наших санкций, связанных с деликтным правом, будут направлены на возмещение ущерба, причиненного неправомерными действиями или бездействиями других лиц. Иногда органы, уполномоченные выносить решения согласно этим нормам, будут отказываться применять определенные инструменты, например, договоры или завещания, в силу их ненадлежащего оформления, выступающего как средством их обеспечения, так разумным стимулом.

Что касается правила признания, то должностные лица данной институциональной нормативной системы сходятся в вопросах признания, применения и обеспечения исполнения в качестве правил системы всех и только императивных моральных норм. Моральные нормы добродетели, которые лишь поощряют поведение как добродетельное и не требуют его как обязательного, не признаются в качестве действительных «юридических» норм. Например, в систему будут включены в качестве юридических те моральные нормы, которые запрещают умышленное лишение жизни невинного человека, но не те, которые поощряют помощь другим, поскольку соответствующие действия не являются обязательными, но морально добродетельными. Таким образом, должностные лица системы сходятся во мнении, что «правом» считаются только те моральные нормы, которые определяют действия, которые человек «должен» или «обязан» совершить, а не те, которые определяют действия, которые ему «следует» совершить.

Далее, неслужебное поведение людей в этом номологически возможном мире настолько соответствует требованиям действующего права, насколько наше поведение в нашем мире. В большинстве случаев конформистское поведение людей, как и у нас, не мотивировано желанием согласовать его с правом или знанием о том, что право требует. Они так же как и мы эмоционально склонны воздерживаться от убийств и краж. В других случаях их конформистское поведение, как возможно и поведение некоторых из нас, мотивировано желанием избежать санкций, предусмотренных за нарушение действующего права. Но, как и в нашем мире, всегда есть субъекты, которых не останавливают санкции при совершении социально вредных поступков, нарушающих законы. Но даже в этом случае субъекты соблюдают действующие нормы в достаточной степени, чтобы мирно жить и дружно работать в том, что правильно называется сообществом.

Наконец, субъекты в этом мире, как правило, считают, что нормы, регулирующие их поведение, морально оправданы как необходимое, но прискорбное средство обеспечения относительного мира, позволяющего им жить вместе и пользоваться благами социального сотрудничества. Это относится к субъектам любого вида правовых норм: должностные лица обычно считают морально оправданными те нормы, которые регулируют их служебное поведение, в то время как все другие субъекты, находящиеся под юрисдикцией системы, считают морально оправданными действующие правовые нормы, регулирующие их поведение.

Описанная модель определяет номологически возможный мир с эффективной институциональной нормативной системой, наделяющей юридической силой все и только императивные моральные нормы. Должно быть ясно, что институциональная нормативная система, наделяющая юридической силой все и только императивные моральные нормы, концептуально возможна. Такая система может и не считаться правовой, но существование эффективной институциональной нормативной системы, наделяющей юридической силой все и только императивные моральные нормы, очевидно, концептуально возможно. Поскольку *номологически* возможно, чтобы эгоистичные, интеллектуально ограниченные, уязвимые субъекты такого мира были случайно непогрешимы, существование эффектив-

ной институциональной нормативной системы, наделяющей юридической силой все и только императивные моральные нормы, для нас также возможно.

4. Подтверждение тезиса о включенности: моделируемая система является правовой системой

Существует два вопроса относительно того, насколько успешно модель подтверждает тезис о включенности. Первый вопрос заключается в том, можно ли правильно охарактеризовать такую систему, согласно обычному словоупотреблению, о котором здесь идет речь, как *правовую*. Чтобы считаться правовой, она должна (1) удовлетворять минимальным условиям существования правовой системы, предложенным Хартом; (2) содержать нормы, регулирующие неслужебное поведение, с минимальным содержанием естественного права; (3) согласовываться с сервисной концепции власти; и (4) регулировать поведение путем признания, применения и обеспечения исполнения норм, метафизически способных управлять поведением мотивационным и эпистемическим образом. Второй вопрос заключается в том, можно ли истолковать систему, которую правильно характеризовать как право, как содержащую инклюзивное правило признания, а не как содержащую эксклюзивное правило признания, основанное на источнике.

4.1 Система удовлетворяет минимальным условиям существования правовой системы, предложенным Хартом. Описанная выше институциональная нормативная система явно удовлетворяет минимальным условиям существования правовой системы, предложенным Хартом. Во-первых, существует конвенциональное правило признания, которое требует от судей применения и обеспечения исполнения всех и только императивных моральных норм в отношении субъектов системы. В той мере, в какой должностные лица системы сходятся во мнении, что они принимают внутреннюю точку зрения на правило признания и следуют ему во всех подходящих обстоятельствах, эта норма будет конвенциональной и будет связывать должностных лиц общими обязательствами⁸.

Во-вторых, субъекты системы в целом согласовывают свое поведение с действительными нормами системы. Хотя Харт называет это условие требованием повиновения⁹, это слишком сильная формулировка. Утверждение о том, что субъект повинует правилу, подразумевает, что мотивация поведения, требуемого правилом, каким-то образом связана с тем фактом, что правило этого требует; может быть так, что поведение субъекта мотивировано правилом, а может быть так, что его поведение мотивировано желанием избежать санкций. Но нет никаких оснований полагать, что в концептуальном плане конформистское поведение субъекта всегда должно объясняться ссылкой на правило или его санкции; тот факт, что я никогда не убивал людей, не имеет никакого отношения к тому, что закон это запрещает или за это наказывает. Достаточно того, чтобы субъекты мотивированы согласовывать свое поведение с нормой в достаточном количестве тех обстоятельств, в которых они могли бы поддаться искушению поступить иначе, чтобы система успешно поддерживала мир, обеспечивая предсказуемую стабильность жизни в сообществе. Это требование также четко выполняется системой, описанной выше; изучать мотивы граждан, которые объясняли бы их конформистское поведение, нет необходимости. Таким образом, оба минимальных условия Харта удовлетворяются описанной здесь институциональной нормативной системой.

⁸Это не предполагает и не подтверждает тезис о конвенциональности. Здесь лишь предполагается, что существует номологически возможный мир, в котором правило признания является конвенциональным. Но если читатель сочтет такую характеристику неприемлемой, то он может назвать правилом признания все, что, по его мнению, может считаться таковым.

⁹Как говорит Харт: «Тем правилам поведения, которые действительно согласно окончательным критериям действительности системы, должны, в общем и целом, повиноваться», см.: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. P. 113.

4.2 В системе есть нормы с минимальным содержанием естественного права. Система характеризуется тем, что Харт называет минимальным содержанием естественного права, и определяется как «правила поведения, которые [учитывая важные факты о человеческой природе] должна иметь любая социальная организация для того, чтобы быть жизнеспособной»¹⁰. Эти правила содержат запреты на воровство, насилие и другие действия, угрожающие «минимальной задаче выживания, стоящей перед объединяющимися друг с другом людьми»¹¹. Поскольку все эти правила поведения являются императивными моральными нормами, они внедрены в институциональную нормативную систему, наделяющую юридической силой все и только императивные моральные нормы. Если концептуально необходимым признаком внутрисударственного права в номологически доступных нам мирах является то, что оно минимально содержит естественное право, то модель институциональной нормативной системы в этом мире удовлетворяет данному дополнительному условию.

4.3 Система согласуется с сервисной концепции власти

4.3.1 Система обладает властью *de facto*

Система обладает властью *de facto* над субъектами как в отношении их официального, так и неофициального поведения. Вспомним, что власть *de facto* «либо [1] претендует на легитимность, либо лишь делает вид, что претендует, и [2] эффективно навязывает свою волю тем, на кого распространяется»¹².

Система удовлетворяет обоим условиям осуществления власти *de facto*. Начнем с того, что все субъекты моделируемого мира считают систему морально легитимной в силу того, что она является необходимым злом, делающим возможным получение социальных благ от жизни в сообществе. Кроме того, институциональная нормативная система успешно «навязывает свою волю» многим субъектам, делая определенное поведение недопустимым и сдерживая его угрозой санкций. Поскольку система, согласно гипотезе, необходима для поддержания мира и ей удается поддержать мир, она делает это только путем сдерживания насилия, которое в противном случае имело бы место, если бы не ее эффективное регулирование. Таким образом, ей удается навязать свою волю тем послушным субъектам, которые в противном случае не стали бы повиноваться без угрозы санкций.

4.3.2 Нормы способны выражать мнение власти о том, что разум требует, и заменять мнения субъектов о том, что разум требует

Все нормы системы метафизически способны выражать мнение власти о том, что требует разум, и заменять собой суждения субъектов в их практических рассуждениях о том, чего требует разум. Правило признания выражает мнение, сокрытое в конвергентных действиях должностных лиц и, следовательно, воспринимается ими как властное в том, что в отношении субъектов они должны признавать, применять и обеспечивать исполнение в качестве права *только* императивные моральные нормы; таким образом, оно также выражает мнение власти о том, что в отношении субъектов отдельные должностные лица должны воздерживаться от признания, применения и обеспечивать исполнение в качестве права любых других норм, которые, по их мнению, могли бы считаться (или считались бы, если бы их взгляды были иными) правильными, что требует от них их признания, применения или обеспечения исполнения.

Такая точка зрения способна выступить для должностных лиц первичным основанием для признания, применения и обеспечения исполнения только императивных моральных норм, а также вторичным основанием для воздержания от действий в соответствии со своими взглядами на то, что требует разум. То, что должностные лица придерживаются внутренней точки зрения на правило признания, выступает для них первичным основанием привести свои действия в соответствие с требованиями правила признания, так и вторичным

¹⁰H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. P. 193.

¹¹*Ibid.*

¹²Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Oxford University Press, 1994). P. 211.

основанием воздержаться от собственных оценок того, что следует признавать, применять или обеспечивать исполнение в качестве права. Несмотря на то, что должностные лица сходятся в трактовке всех и только императивных моральных норм как правовых, некоторые из них иногда могут поддасться искушению отступить от требований правила признания по причинам собственной заинтересованности или в силу кратковременных предвзятых оценок того, что требует разум. Таким образом, правило признания метафизически способно заменить суждения должностных лиц о том, чего требует разум в отношении их служебного поведения.

Действительно, правило признания, которое наделяет юридической силой только императивные моральные нормы, не говорит судье, какая императивная моральная норма применима для разрешения спора, но ни в понятии права, ни в сервисной концепции власти нет ничего, что подразумевало бы, что властное правило признания позволяет установить, какая действующая норма *применима* для разрешения спора. Правило признания, которое определяет критерии действительности, основанные исключительно на источнике, в конце концов, не может справиться с этой работой лучше судьи. Ни одна правдоподобная конструкция сервисной концепции власти не предполагает отрицание того очевидного факта, что судьи должны использовать свое суждение в попытке установить, какие действительные правовые нормы подходят для разрешения спора, и как их следует применять для его разрешения. Судебное разбирательство — сложная работа.

Действительные правовые нормы системы также метафизически способны выражать властное мнение о том, чего требует разум. Они требуют, чтобы субъекты делали то, что от них требует мораль, и субъекты понимают, что эти нормы будут применяться к ним и против них как право. Действительные правовые нормы, таким образом, выражают мнение власти о том, что *закон* требует от субъектов соблюдать его или подвергнуться юридическим санкциям наряду с императивными моральными нормами, когда эти нормы противостоят разумным интересам субъектов.

Действительные правовые нормы системы также метафизически способны обеспечить субъектов как первичными основаниями выполнять требования норм, так и вторичными основаниями не совершать действий на основе своих собственных суждений о том, что требует разум в отношении неслужебного поведения. Начнем с того, что, будучи подкрепленные санкциями, мнение власти о том, что субъекты юридически обязаны соблюдать все и только императивные моральные нормы, очевидно, способно обеспечить субъектов первичным основанием соблюдать нормы вместо того, чтобы делать что-то другое, к чему они ранее склонялись. Но если отбросить идею о том, что подходящие первичные основания могут отсылать к разумным основаниям, связанным с желанием избежать санкций, то все субъекты признают власть должностных лиц легитимной и, следовательно, будут воспринимать их указания как предоставляющие новые первичные основания для действий.

Кроме того, действительные правовые нормы метафизически способны предоставить субъектам вторичное основание не действовать в соответствии с собственными суждениями о том, что требует разум в отношении их неслужебного поведения. Очевидно, что у субъектов есть метафизическая возможность рационально истолковать тот факт, что право требует неслужебного поведения в качестве вторичного основания не действовать в соответствии с собственными суждениями; поскольку они воспринимают указания как морально легитимные, эти указания так же способны обеспечить соответствующие вторичные основания, как и лежащие в их основе императивные моральные нормы. Таким образом, действующие правовые нормы способны заменить собственные суждения субъектов о том, чего требует разум в отношении неслужебного поведения.

4.3.3 Возможно ли с метафизической точки зрения, чтобы субъекты лучше выполняли требования разума, придерживаясь мнения власти о том, что требует разум, чем своих собственных взглядов на то, что разум требует?

На первый взгляд кажется, что эта модель противоречит ТНО. Проблема заключается в следующем. Согласно ТНО, власть считается морально оправданной только в той мере, в

какой действия субъектов становятся более разумными, если они придерживаются мнения власти о том, что требует разум, нежели своих собственных взглядов на это. Если моральные нормы учитывают разумные интересы субъектов и указывают на то, они должны совершать действия *во всех случаях* в соответствии со здравым смыслом, то метафизически невозможно, что действия субъекты будут *более* разумными, если они будут придерживаться мнения власти о том, что требует разум, нежели своих собственных взглядов, потому что они всегда придут к *точно такому же результату* в отношении того, что требует разум, поскольку моральные нормы есть отражение баланса между разными основаниями, подлежащими применению, включая разумные основания.

Эту модель можно, конечно, отвергнуть на том основании, что она не согласуется с сервисной концепцией, но это проблематично. Субъекты в этом мире морально непогрешимы, но не морально безупречны; они не меньше нашего склонны совершать социально вредные действия в угоду своим интересам, и, следовательно, так же, как и мы, мотивированы на совершение действий, нарушающих общественный порядок. Именно по этой причине нужна обладающая властью система норм, обеспечивающая дополнительные первичные основания для соблюдения требований здравого смысла. Но поскольку система иногда сдерживает подобное поведение, субъекты будут скорее подчиняться требованиям разума, соблюдая законы, нежели действовать на основе сиюминутных порывов, спонтанных желаний и субъективно искаженных оценок того, что требует разум.

Однако это, как представляется, ставит под сомнение ТНО, если он истолковывается как необходимое условие легитимности правовой системы. В таком виде система будет морально легитимной, если нормы (1) морально справедливы и всеми соблюдаются; 2) успешно поддерживают мир; 3) распределяют ресурсы общества в соответствии с требованиями морали; 4) одобряются субъектами; и 5) субъекты ими руководствуются охотнее, нежели своими желаниями, порывами и искаженными оценками. Хотя эта система не соответствует ТНО, *в моделируемом мире* не может быть системы более морально предпочтительной. Если в этом номологически возможном мире признается легитимной *любая* правовая система, санкционирующая нарушение закона, то эта система является таковой.

Тем не менее, ТНО не может правильно истолковываться как формулировка необходимого условия существования легитимной власти: «Тезис нормального обоснования: *обычный и основной способ* доказать, что лицо признается обладающим властью над другим лицом, состоит в том, чтобы показать, что предполагаемый субъект тогда будет охотнее руководствоваться теми причинами, которые имеют к нему отношение (помимо предполагаемых властных указаний), когда он воспринимает указания предполагаемой власти как обязательные и пытается следовать им, чем если он будет руководствоваться причинами, которые имеют к нему непосредственное отношение¹³».

Раз здесь тщательно избегает описания ТНО как обеспечивающего необходимые или достаточные условия легитимности. ТНО представляет собой «основной» и «обычный» способ показать, что власть оправдана. Поскольку он воздерживается от использования подобных формулировок, то, вероятно, потому что осознает проблемы, которые возникают, если ТНО интерпретируется как определение необходимого или достаточного условия легитимности.

Наиболее правдоподобная конструкция ТНО, по соображениям как с точки зрения теоретического содержания, так и с точки зрения точности интерпретации, состоит в том, чтобы интерпретировать его как совместимого с легитимностью системы, построенной в модели. При такой интерпретации, несмотря на невыполнение условия «нормальности», система тем не менее является легитимной в силу отличительных свойств системы и ее субъектов. Поскольку наиболее важные черты этой системы в нашем мире крайне маловероятны, существование легитимной системы, не удовлетворяющей ТНО, не ставит под сомнение ее статус «нормального» способа оправдания авторитета. Поскольку ТНО приводит

¹³Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Oxford University Press, 1994). P. 214.

к правильному ответу в подавляющем большинстве случаев, которые могут встретиться в нашем мире, он сохранится, если будет правильной, «нормальной» стратегией оправдания власти¹⁴. По таком построении моделируемая система не удовлетворяет ТНО, но и не противоречит ему, а значит, она совместима с наиболее вероятной конструкцией сервисной концепции власти.

4.4 Моделируемая система способна выполнять концептуальную регулятивную функцию права посредством норма-регулирования и норма-управления. Чтобы показать, что моделируемая система метафизически способна выполнять регулятивную функцию права, нужно показать, что (1) действующие нормы могут мотивационным и эпистемическим образом управлять неслужебным поведением и (2) правило признания может мотивационным и эпистемическим образом управлять служебным поведением. Если доказать оба этих утверждения, то моделируемая система сможет сделать все необходимое для выполнения регулятивной функции права.

4.4.1 *Правило признания метафизически способно мотивационным и эпистемическим образом управлять служебным поведением*

Правило признания, которое наделяющее юридической силой все и только императивные моральные нормы, метафизически способно *мотивационным образом* управлять служебным поведением. Начнем с того, что правило признания устанавливает юридическую обязанность судьи применять соответствующие императивные моральные нормы в качестве права при разрешении юридических споров. Очевидно, что судья может нарушить это обязательство, применив норму, моральное достоинство которой не соответствует статусу права, но так же очевидно и то, что судья может исполнить эту обязанность, применив норму, моральное достоинство которой соответствует статусу права.

Однако поскольку судья может сознательно согласовать свое служебное поведение с правилом признания R , требующим от него применения всех и только императивных моральных норм, он может сознательно согласовать свое служебное поведение R по любой причине, которая покажется ему рационально убедительной. Он может согласовать свое поведение с R , потому что считает, что должен это сделать для сохранения своей должности, или потому что R является правилом признания. Без конкретных отличий моделируемого мира от нашего, должно быть ясно, что R метафизически способно управлять поведением судей мотивационным образом.

R также способно управлять поведением *судей* эпистемическим образом. В мире, в котором непогрешимость субъектов в отношении своих моральных обязанностей является случайной, судья может выяснить, какие нормы он должен применять для разрешения спора, обратившись к R ; судья, который запутался в своих *юридических* обязанностях, может выяснить благодаря R , что оно требует от него применять и обеспечивать соблюдение *моральных* обязанностей субъекта при разрешении споров, касающихся неслужебного поведения. Поскольку судья всегда может правильно определить содержание применяемой правовой нормы, он может выяснить, что R от него требует, и выполнить свои юридические обязанности согласно R , обратившись к R . А поскольку судья может применять другие нормы, если бы это потребовалось R , то R способно оказать практическое влияние на рассуждения судьи.

Верно, что судья должен сам решить, каким образом правовая норма, являющаяся действительной в силу своих моральных качеств, должна применяться в споре по поводу чье-

¹⁴Но даже в этом случае система, описанная выше, предполагает, что ТНО будет более вероятным, если изменить его конфигурацию таким образом, чтобы он допускал возможность существования легитимной власти в мире, где эта власть не менее, чем субъекты, способна правильно распознать требования разума. Одна из потенциальных проблем объяснения демократических систем в соответствии с ТНО, заключается в том, что, если взгляды должностных лиц идеально отражают взгляды субъектов, то вероятность того, что должностные лица правильно распознают требования разума не больше и не меньше, чем если бы это делали сами субъекты.

го-то неслужебного поведения. Однако это верно и в отношении правовой нормы, являющейся действительной в силу наличия властного источника. Точно так же судья должен поступить при принятии решения по делу, требующего применения действительной нормы, запрещающей совершение неосторожных действий, которые с высокой степенью вероятности могут причинить опасный для жизни вред другим лицам, независимо от того, является ли норма действительной в силу ее моральных качеств или в силу источника. Независимо, какие критерии действительности задают правило признания; судье все равно придется самому выяснять, как подходящая действительная норма будет применяться применяется в каждом конкретном случае. То, что нечто должно быть сделано, чтобы считаться правилом признания, не является тем, что определяет процедуру принятия решения, которая дает правильные ответы на каждый спорный вопрос в соответствии с законом.

Есть и другой способ убедиться в том, что *R* способно управлять поведением судей эпистемическим образом, который не требует обращения к свойствам описанной выше модели. Если мы несем моральную ответственность за свое поведение, то мы можем эпистемическим образом руководствоваться императивными моральными нормами, регулирующими неслужебное поведение. Поскольку это подразумевает, что мы можем определить, какие нормы являются императивными моральными нормами, регулирующими неслужебное поведение, мы можем отличить императивные моральные нормы, применимые к соответствующему поведению, от всех других норм. Но это означает, что судья может установить благодаря правилу признания, наделяющего юридической силой все и только императивные моральные нормы, какую норму он юридически обязан применять при разрешении спора, и, следовательно, может привести свое судебное поведение в соответствие с правилом признания, применив соответствующую действующую норму для разрешения спора. Таким образом, судьи *в нашем мире* могут эпистемическим образом руководствоваться правилом признания, наделяющим юридической силой все и только императивные моральные нормы, исходя из того, что мы несем моральную ответственность за свое поведение.

Правило признания, таким образом, метафизически способно управлять поведением судей как мотивационным, так и эпистемическим образом, и, следовательно, по отношению к служебному поведению выполнять свою регулятивную функцию. Регулятивная функция правила признания позволяет подтвердить тезис о включенности.

4.4.2 Нормы, действительная в соответствии с правилом признания, метафизически способны управлять неслужебным поведением мотивационным и эпистемическим образом.

Нормы, действительная в соответствии с моделируемым правилом признания, метафизически способны делать все, что они должны делать, чтобы позволить праву выполнять свою регулятивную функцию. Поскольку непогрешимость субъектов в этом мире в отношении того, что от них требуют императивные моральные нормы, случайна, их непогрешимость в отношении того, какие нормы являются императивными моральными нормами, также случайна. Если они осведомлены, что судьи признают, применяют и обеспечивают соблюдение всех и только императивных моральных норм в качестве правовых, то у них достаточно информации, чтобы установить, какие нормы являются юридически действительными (то есть воспроизводящими содержание императивной моральной нормы); что эти действительные нормы требуют от них по отношению к неслужебному поведению (то есть именно того, что требует от них соответствующая императивная моральная норма); и могут привести свое поведение в соответствие с этой императивной моральной нормой. Таким образом, правовая норма, действительная в силу того, что она воспроизводит содержание императивной моральной нормы, метафизически способна управлять неофициальным поведением субъектов в этом номологически возможном мире эпистемическим образом.

Точно так же такая правовая норма способна управлять неслужебным поведением субъектов в этом мире мотивационным образом. В той мере, в какой метафизически возможно, чтобы субъекты осознанно согласовывали свое неслужебное поведение с императивной моральной нормой, метафизически возможно, чтобы они осознанно согласовывали свое

неслужбное поведение с этой нормой, потому что она является действительной правовой нормой системы. Из этого следует, что норма, регулирующая неслужбное поведение, действительная в силу того, что она воспроизводит содержание императивной моральной нормы, метафизически способна управлять неофициальным поведением субъектов этой модели мотивационным образом.

Как и в предыдущем параграфе, есть другой способ убедиться в том, что действительные нормы этой системы могут управлять неслужбным поведением мотивационным и эпистемическим образом, не обращаясь к особенностям модели. Во-первых, если мы несем моральную ответственность за свое поведение в соответствии с императивными моральными нормами, то у нас должна быть метафизическая возможность сознательным образом согласовать свое поведение с этими моральными нормами. Но если такая возможность есть, то должна быть и метафизическая возможность согласовать свое поведение с этой нормой, *потому что* она является моральной. Таким образом, если мы несем моральную ответственность за свое поведение, то императивные моральные нормы метафизически способны управлять нашим поведением мотивационным образом.

Но если метафизически возможно, чтобы императивная *моральная* норма мотивационно управляла поведением, то метафизически возможно и то, чтобы *правовая* норма, действительная в силу того, что она воспроизводит ее содержание, так же управляла поведением. Если мы можем осознанно согласовать свое поведение с императивной моральной нормой, в силу того, что она является императивной моральной нормой, то у нас также должны быть возможность согласовать свое поведение с правовой нормой, действительной в силу того, что она воспроизводит содержание этой императивной моральной нормы, *потому что* она является юридически действительной нормой. Простое присвоение норме нового имени не может помешать нам осознанно согласовывать свое поведение с этой нормой, мы можем этой делать, *потому что* она принадлежит к той или иной нормативной системе. Таким образом, мотивационно руководствоваться правовой нормой, действительной в силу того, что она воспроизводит содержание императивной моральной нормы, для нас так же возможно, как и мотивационно руководствоваться самой императивной моральной нормой.

Точно так же метафизически возможно для нас эпистемически руководствоваться правовыми нормами, действительными в силу того, что они воспроизводят содержание императивной моральной нормы, при условии, что мы несем моральную ответственность за свое поведение. Мы несем моральную ответственность за свое поведение лишь постольку, поскольку номологически возможно установить, каковы наши моральные обязанности, и сознательно их выполнять. Для этого нужно, чтобы мы были номологически способны (1) отличать императивные моральные нормы от других норм; (2) определять, что требует конкретная императивная моральная норма в отношении неслужбного поведения; и (3) сознательно согласовывать свое поведение с императивными моральными нормами, регулирующим неслужбное поведение. Но если мы обладаем способностями, описанными в пунктах (1), (2) и (3), и мы знаем, что судьи применяют и обеспечивают соблюдение в качестве правовых всех и только императивных моральных норм, то мы номологически способны согласовать свое поведение с правовой нормой, действительной в силу того, что она воспроизводит содержание императивной моральной нормы, и мы номологически способны определить, какого неслужбного поведения требуется этой правовой нормой.

Этого достаточно, чтобы показать, что каждая правовая норма, регулирующая неслужбное поведение, действительная в силу своих моральных качеств, метафизически способна управлять поведением, подлежащим регулированию, как мотивационным, так и эпистемическим образом, а значит, достаточно, чтобы подтвердить тезис о включенности при помощи регулятивной функции юридически действительных норм.

4.5 Система не подходит для эксклюзивистской интерпретации. Система в этом мире была сконструирована таким образом, чтобы исключить возможность ее вероятного истолкования как эксклюзивистской правовой системы. Несмотря на то, что правило признания, наделяющее юридической силой все и только императивные моральные нормы, является

правовой нормой в силу того, что оно применяется должностными лицами, ни одна из норм системы не может считаться действительной в силу официального опубликования.

Можно утверждать, что институциональная нормативная система, описанная в модели, является правовой, но ни одна из норм этой системы не является действительной, несмотря на видимость обратного, в силу того что она воспроизводит содержание императивной моральной нормы. Исходя из этого, судебные акты, применяющие эти нормы, обязательно содержат акты опубликования, основанные на источниках; поэтому любая действительная правовая норма является таковой в силу того, что она применяется судьями при разрешении отдельного правового спора.

У такого рассуждения есть проблемы, поскольку предполагается, что судьи обязательно найдут повод применить эти нормы, потому что граждане их обязательно когда-нибудь нарушат. Верно, что граждане могут часто нарушать эти нормы, но нет никаких оснований предполагать, что они должны это делать: если институциональная нормативная система в обществе ангелов Раза является *правовой* системой, то это пример концептуально возможной правовой системы, в которой субъекты никогда не нарушают закон. Далее, если верно, что мы можем эволюционировать до уровня ангелов, то это пример номологически возможной правовой системы, в которой субъекты никогда не нарушают закон. Пока субъекты осознают, что существует правовая система, наделяющая юридической силой нормы, рационально воспринимаемые субъектами как основания для действий, этого достаточно, чтобы обеспечить существование соответствующих регулятивных отношений между правовой системой и ее предполагаемыми субъектами.

Поскольку концептуальная функция правовой системы заключается в регулировании поведения, позволяющего людям жить в мире и согласии, случай, когда субъекты никогда не нарушают закон, будет случаем, когда система наиболее полно реализует свою концептуальную функцию. Идея о том, что это концептуально необходимым условием существования правовой системы является то, что ее субъекты иногда нарушают закон, просто ошибочна; нет никаких веских оснований полагать, что институциональная нормативная система, которая полностью реализует концептуальную функцию права по поддержанию мира, концептуально не может быть правовой системой¹⁵.

Эксклюзивный позитивист мог бы, я полагаю, отрицать, что институциональная нормативная система в данной модели представляет собой правовую систему, но это маловероятно. Эта система (1) удовлетворяет минимальным условиям существования правовой системы; (2) минимально содержит естественное право; (3) согласуется с сервисной концепцией власти; (4) способна выполнять регулятивную функцию права, наделяя нормы способностью управлять поведением, подлежащим регулированию, мотивационным и эпистемическим образом; (5) устанавливает санкции в ответ на нарушения; и (6) содержит только морально справедливые нормы и является морально легитимной. Учитывая, что она удовлетворяет всем потенциальным концептуально необходимым признакам права *как* в позитивистской, *так и* в антипозитивистской теориях, нет никаких правдоподобных оснований полагать, что она не является правовой системой.

¹⁵Нет также никаких оснований полагать, что в таких мирах, как наш, номологически невозможно, чтобы правовая система обеспечивала полное соблюдение законов, регулируя поведение таких существ, как мы. Система права с достаточно жесткими санкциями и высокоточным механизмом обнаружения преступников и вменения им нарушений закона в принципе может привести к полному соблюдению законов. Например, в таких обществах, как Северная Корея, преступность сравнительно невелика из-за жестких санкций и всепроникающего характера механизма обнаружения. Тоталитарная правовая система не является менее правовой только потому, что она тоталитарна.

5. К чему вся эта суета?

Вероятность инклюзивных правовых систем в нашем мире

Одним из распространенных мотивов принять тезис о включенности является мысль о том, что существует много правовых систем, которые содержат моральные критерии действительности. По-видимому, именно это побудило Харта принять тезис о включенности: «[Дворкин] трактует мое учение о правиле признания как то, что требует, чтобы предусмотренные таким правилом признания критерии определения права состояли только из исторических фактов, а потому является примером «позитивизма очевидного факта». Хотя мои основные примеры критериев, предусмотренных правилом признания, являются вопросами того, что Дворкин называет «происхождением», связанными только с тем способом, которым правовые нормы принимаются или создаются юридическими институтами, и не с их содержанием, я прямо заявляю как в этой книге, так и в моей статье «О позитивизме и разграничении права и морали», что *в некоторых правовых системах, как в США, предельный критерий юридической действительности может явно включать, помимо происхождения, принципы справедливости или содержательные моральные ценности, и они могут составлять содержание юридических конституционных ограничений*¹⁶».

Утверждать, что некая существующая правовая система является инклюзивной сложнее, чем может показаться на первый взгляд. Как уже говорилось выше, попытки обосновать тезис о включенности на основе эмпирических наблюдений сталкиваются со значительными эпистемическими затруднениями, которые, по сути, возникают тогда, когда этот тезис принимается на основе веры, что существуют правовые системы с моральными критериями действительности. Проблема заключается в том, что любая *существующая* правовая система, которая может быть истолкована как инклюзивная, может быть столь же правдоподобно истолкована как эксклюзивная. Обоснованность решения, связанная с применением некоей якобы моральной нормы, не обязательно должно характеризоваться как применение некоего властного морального критерия юридической действительности; оно с тем же успехом может характеризоваться как результат судебной деятельности по осуществлению квазизаконодательного усмотрения в вопросах правотворчества в трудных случаях. Вот почему для подтверждения тезиса о включенности нужно сконструировать мир со свойствами, которые хотя и возможны в нашем мире, но очень маловероятны.

Далее, чрезмерно идеализированный характер моделируемого мира, хотя и номологически возможный, может подтвердить тезис о включенности, но он *ничего* не говорит нам о природе существующих правовых систем. У этих крайне искусственных подтверждающих моделей есть две особенности, которые объясняют их бесполезность для понимания существующей юридической практики. Во-первых, судьи в этих мирах всегда согласны с тем, какие нормы являются действительными в силу их моральных качеств. Проблема заключается в том, что весьма маловероятно, чтобы судьи в такой столь же сложной правовой системе, как современные внутрисударственные правовые системы, которые мотивируют концептуальное теоретизирование о праве, сойдутся во мнении о моральных качествах любой предполагаемой правовой нормы.

Судьи в правовых системах, подобных США, часто расходятся во мнениях относительно того, как интерпретировать предположительно моральные формулировки Конституции при принятии обоснованных решений. Одни судьи придерживаются оригиналистского подхода к принятию обоснованных решений на основании Конституции, в то время как другие конфликтного подхода, который позволяет им интерпретировать этот язык таким образом, чтобы он соответствовал некоторому набору общепринятых или критических моральных стандартов; и это разногласие распространяется на каждое положение Конституции, которое можно истолковать как то, что определяет моральное ограничение содержания действующего права. Если необходимым условием существования инклюзивной правовой системы является сближение мнений судей относительно того, какие нормы являются дей-

¹⁶H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. P. 250. Курсив мой. – К. Х.

ствительными в силу их моральных качеств, то в нашем мире нет инклюзивных правовых систем и вряд ли появятся.

Во-вторых, подобного рода подтверждающие модели должны быть сконструированы таким образом, чтобы наши убеждения в то, что судьи всегда правы относительно того, что требует мораль по поводу неслужебного поведения, были эпистемически оправданы. Проблема здесь не только в том, что мы эпистемически ограничены в определении содержательных требований тех моральных норм, которые легитимно управляют нашим поведением. Но также в том, что мы эпистемически ограничены в определении того, существуют ли вообще моральные нормы, которые легитимно управляют поведением, если да, то являются ли они объективными или интерсубъективными. Если на эти вопросы есть правильные ответы, которые совершенно не зависят от наших социальных практик, то установить их правильность эпистемически надежным образом не получится.

Возможно, нас эпистемически оправдывает убеждение, что *наши практики* предполагают, что наше поведение объективно регулируется моралью, однако неясно, оправдывает ли нас эпистемически убеждение в истинность этой пресуппозиции. Мы могли бы быть оправданы в наших убеждениях в то, как мир нам представлен, но трудно понять, как могут быть оправданы наши убеждения в то, как мир действительно существует независимо от того, как он, по-видимому, опосредуется через концептуальные рамки, которые мы на него налагаем. Все, что у нас есть, чтобы продолжать выяснять как устроен наш мир, за исключением, пожалуй, законов логики и некоторых тривиальных арифметических утверждений, – это то, каким мир нам представляется через фильтр соответствующих концептуальных практик. Метаэтический нигилизм, как всем нам известно, может быть объективно истинным¹⁷.

Вот почему модель (1) предполагает, что мораль легитимно управляет нашим поведением, и (2) сконструирована таким образом, что субъекты с нашими ограничениями всегда оказываются правы в том, что требует мораль независимо от того, является ли она объективной или интерсубъективной. Первое утверждение было основано на том, что истинность тезиса о включенности зависит от того, существуют ли моральные нормы, которые легитимно управляют нашим поведением; если нет, то этот тезис тривиально ложен. Второе на том, что у нас нет эпистемической возможности обосновать модель инклюзивной правовой системы через практики, соответствующие некоторому конкретному набору норм, которые, как мы знаем, правильно отражают требования морали. Даже в этом случае, если модель непротиворечива, выдвигается онтологическое утверждение о том, что инклюзивные правовые системы могут существовать в мирах, подобных нашему.

Однако онтологическое утверждение о том, что в мирах, подобных нашему, могут существовать инклюзивные правовые системы, ничего не говорит о том, находимся ли мы в том эпистемическом положении, чтобы точно установить, что некая существующая система успешно внедряет моральные критерии действительности. Очевидно, что мы можем проверить, наделяет ли система судей полномочиями обязывать других должностных лиц выполнять морально ошибочные решения, а значит, находимся в том эпистемическом положении, чтобы уверенно исключить, что некая существующая система является инклюзивной. Однако мы не можем сделать вывод о том, что правовая система успешно внедряет моральные критерии действительности, на основании того факта, что должностные лица всегда приходят к согласию по соответствующим вопросам морали. Если взгляды на мораль оказываются неверными достаточно часто (что считается *достаточно* частным, вообще не понятно), то систему нельзя охарактеризовать как инклюзивную. А раз мы не можем с уверенностью разрешить эти вопросы, мы не можем с уверенностью охарактеризовать некую существующую правовую систему как инклюзивную.

¹⁷Метаэтический нигилизм, как я использую этот термин, утверждает, что не существует моральных норм, которые, будучи объективными, легитимно управляют нашим поведением. Как иногда говорится, нет ни правильного, ни неправильного.

Тот факт, что ни тезис о включенности, ни подкрепляющие его аргументы, представленные в этой книге, не влекут за собой ничего, что объяснило бы юридическую практику в любой существующей правовой системе, может показаться подтверждением мнения тех, кто считает, что заниматься концептуальной юриспруденцией не следует. Интуитивное объяснение этой точки зрения состоит в том, что неправильно направлять ограниченные ресурсы на решение проблем, когда эти решения не имеют практического значения для существующих юридических практик, особенно, когда эти ресурсы могут быть столь же продуктивно направлены на решение проблем, которые говорят нам нечто о том, какой должна быть наша юридическая практика.

Но во всем этом нет ничего удивительного. В первой главе допускалось, что концептуальные утверждения о праве лишены как нормативных следствий в отношении того, какими должны быть наши юридические практики, так практического значения, которое позволило бы нам объяснить существующие правовые системы. Концептуальные теории права могут быть довольно симпатичными, но в остальном они бесполезны.

Бесполезность такого теоретизирования есть то, что скрывается за недовольством в занятии концептуальной юриспруденцией; согласно этому странному антифилософскому взгляду, единственным оправданием проведения теоретического исследования является то, что оно может привести к чему-то, что обладает инструментальной ценностью. В первой главе я утверждал, что проведение теоретического исследования не обязательно должно быть оправдано его инструментальной ценностью; достаточно лишь того, чтобы способствовало приращению нового знания.

Тот факт, что исследование приводит к знанию, не делает его интересным; есть много совершенно неинтересных и непримечательных истин о мире. Возможно, истины концептуальной юриспруденции относятся к их числу. В любом случае, я не питаю иллюзий по поводу того, что я здесь написал: допуская, что я каким-то образом пришел в основном к правильным выводам, я уверен, что я не сказал ничего, что *должно было бы*, в некотором объективном смысле, вызвать интерес к теме, которая раньше интереса не имела.

Принимая это во внимание, я надеюсь, что те, кто потратил время на чтение этого текста, нашли в нем нечто, что оправдало бы их усилия. Если бы я не считал, что в этом предприятии есть нечто ценное, то я бы не стал тратить на него столько часов и уж точно не стал бы тратить на подобные вопросы больше времени, чем было абсолютно необходимо для извлечения той разумной выгоды, которая, по моему мнению, могли бы их оправдать. Мое отношение к этой теме сформировалось под влиянием великолепия, которое я обнаружил в работах других концептуальных юристов. Я надеюсь, что читатели смогут обнаружить здесь нечто подобное этому великолепию.

К.Э. Химма, з.ғ.д., Вашингтон университетінің Жоғары заң мектебі (Сиэтл қ., АҚШ): Құқықтың моралі мен табиғаты. 8 Тарау. Құқықтық шындықтың моральдық критерийлерінің тұжырымдамалық мүмкіндігі.

«Көрнекті ғалымдардың еңбектерінің аудармалары» айдарында профессор Кеннет Химманың «Құқықтың моралі мен табиғаты» кітабының сегізінші тарауының аудармасы жарияланады.

Кеннет Эйнар Химма – американдық заңгер ғалым, аналитикалық құқық философиясы, этика және саяси философия саласындағы танымал маман. Осы жылдар ішінде АҚШ, Еуропа және Латын Америкасындағы бірқатар университеттердің шақырылған профессоры.

Кітаптар мен ұжымдық монографиялардың авторы, соның ішінде *Unpacking Normativity – Conceptual, Normative and Descriptive Issues* (with Miodrag A. Jovanović and Bojan Spaić, 2018), *Law as an Artifact* (with Luka Burazin and Corrado Rovarsi, 2018), *Morality and the Nature of Law* (2019), *Coercion and the Nature of Law* (2020), *The Artifactual Nature of Law* (with Luka Burazin, Corrado Rovarsi, Paweł Banaś, 2022).

Түйінді сөздер: Құқық философиясы; құқықтық шындық; құқықтық ұғымдар; құқықтық институттар; мемлекет; қоғам.

K.E. Himma, Doctor of Law, Higher School of Law, University of Washington (Seattle, USA): Morality and Nature of Law. Chapter 8. The Conceptual Possibility of Moral Criteria of Legal Validity.

The translation of the eighth Chapter of Professor Kenneth Himma's book *Morality and the Nature of Law* is published in the section "Translations of the works of the famous scientists".

Kenneth Einar Himma is an American legal scholar, a well-known specialist in the field of Analytical Philosophy of Law, Ethics and Political Philosophy. For many years he has been a visiting Professor at a number of Universities in the USA, Europe and Latin America.

Author of books and collective monographs, including *Unpacking Normativity – Conceptual, Normative and Descriptive Issues* (with Miodrag A. Jovanović and Bojan Spaić, 2018), *Law as an Artifact* (with Luka Burazin and Corrado Roversi, 2018), *Morality and the Nature of Law* (2019), *Coercion and the Nature of Law* (2020), *The Artificial Nature of Law* (with Luka Burazin, Corrado Roversi, Paweł Banaś, 2022).

Keywords: philosophy of law; legal reality; legal concepts; legal institutions; state; society.

Для цитирования и библиографии: Химма К.Э. Мораль и природа права. Глава 8. Концептуальная возможность моральных критериев юридической действительности // Право и государство. № 4 (101), 2023. – С. 38-59. DOI: 10.51634/2307-5201_2023_4_38

Материал поступил в редакцию 15.10.2023.



НОВЫЕ КНИГИ

Лесив Б.В. Правовой реализм Оливера У. Холмса: учение об онтологии прецедентного права: монография / под общ. ред. Е.А. Фроловой. – М.: Проспект, 2023. – 296 с.

ISBN 978-5-392-39744-0

Оливер Уэнделл Холмс (1841-1935) – один из известнейших и наиболее цитируемых американских правоведов, судья Верховного Суда США с 1902 по 1932 г.

Основоположник ряда социолого-реалистических направлений в истории правовой мысли. Его идеи и наблюдения, получившие развитие в течениях правового реализма и социологической юриспруденции, заложили основу для нового понимания права и дали ответ на многие вопросы, неразрешимые в рамках концепций формализма, позитивизма, нормативизма и юс-натурализма.

В монографии представлен не только контекстуальный анализ правовой мысли О. Холмса, но и юридический перевод многих ранее не исследованных в России аутентичных текстов его произведений.

Книга будет интересна ученым, практикующим юристам, а также всем, кто увлекается историей правовых учений, юридической компаративистикой, вопросами зарубежного законодательства, особенно системами общего (прецедентного) права

ҚАЗАҚСТАН РЕСПУБЛИКАСЫНДАҒЫ ҚОҒАМДЫҚ БАСҚАРУ ҚҰРАЛДАРЫ: «АДАМҒА БАҒЫТТАЛҒАН ФОРМАТ»



Н.Х. ҚАЛЫШЕВА,

з.ғ.д., доцент,

Мемлекет және құқық теориясы
мен тарихы кафедрасы,
конституциялық және әкімшілік
құқық Заң факультеті
әл-Фараби атындағы Қазақ
ұлттық университеті
(Алматы қ, Қазақстан),
e-mail: kalish29@mail.ru

Ұсынылған мақала биліктің арнаулы тармақтарына (заң шығарушы, атқарушы, сот) бөлінуіне негізделген демократиялық қоғамдағы мемлекеттік басқаруды жүзеге асырудың *өзекті мәселелерін* қарастыруға арналған. Өзін құқықтық жүйе деп атайтын әрбір мемлекетте заң бар және осы заңды жасайтын адамдар ережелерді белгілейді. Бұл заңдар мен ережелерге бағынуға міндетті адамдар да бар. Осы мақсатта қоғамның әлеуметтік қызметі жүйесін реттеудің ең маңызды бөлігі болатын мемлекеттік басқарудың әртүрлі құралдары бар.

Зерттеу пәні – мемлекеттік басқарудың құралдары мемлекеттік сипаттағы әкімшілік шешімдерді іс жүзінде жүзеге асыру құралы ретінде қарастырылатын әкімшілік жаңашылдықты доктриналық түсіндіру әрекетін қамтиды.

Нәтижелер. Мемлекеттік басқарудың маңыздылығы елдің әлеуметтік қатынастарға араласуынан емес, жағдайлар жасауда көрінеді, сонымен қатар осы қатынастарды жүзеге асыру принциптері, мемлекеттік басқару құралдары белгілі бір ережелерді, принциптерді және нормаларды сақтау әдістері ретінде талданады. Құралдар әртүрлі және критерийлер бойынша жіктеледі. Мысалы, басқару жүйесінің жалпы иерархиясындағы мемлекеттік басқару құралының деңгейінің критерийі. Оған халықаралық деңгейде қолданылатын құралдар, салалық сипаттағы басқару кіреді. Сондай-ақ мемлекеттік басқару құралдарының құжаттық нысанының критерийіне негізделген құрал

бар, ол – актілер, Президент жарлықтары, елді дамыту тұжырымдамалары, жобалар мен бағдарламалар және т.б. Одан әрі мемлекеттік басқару құралдарының әсер ету сипаты мен көлемінің критерийі туралы. Олар іштей тағы бөлінеді: экономикалық (салықтар, еңбекақы жүйесі), саяси (қоғамдық сауалнама, сайлау) және ұйымдастырушылық (мемлекеттік органдарды ұйымдастыру немесе қайта құру). Құқық теориясының әдістемесін сипаттауға және *әкімшілік құқық әдістемесін* жаңартуға байланысты мәселелер жалпылама түрде ашылады. Сонымен, автордың мақаланы жазуға негіз етіп алған *әдістері* – ғылыми (талдау, дедукция, интеграция) және жеке ғылыми (салыстырмалы құқықтық, синергетикалық, социологиялық) әдістер – қазіргі кездегі мемлекеттік басқару құралдарының барлық алуан түрлерін іс жүзінде пайдалану мәселелерін терең талдауға мүмкіндік берді.

Зерттеудің жаңалығы – автордың қазіргі кезеңде елімізде әлеуметтік арбитраж біртұтас мемлекеттік және қоғамдық басқарудың негізгі функционалдық белгілерінің бірі болып келе жатқан қоғамдағы әлеуметтік қатынастар жүйесін заңнамалық реттеу мәселелері қызықтыратынына назар аударуы. Әлеуметтік азаматтық институт мемлекеттік басқарумен тікелей байланысты. Біз адамдар мен мемлекет арасындағы тұрақты құқықтық байланыстар туралы айтып отырмыз. Азаматтық институттар арқылы оның билігінің

ықпалымен адамдар мен мемлекет арасындағы байланыстар орнатылады. Мемлекет үшін, ең алдымен, өз халқының ұлттық мүдделерін білу, олардың қаншалықты өзара байланысты және әлемдік қоғамдастықтың мүдделеріне тәуелді екенін анықтау, бұл мүдделердің жүзеге асуы үшін барлық жағдайды жасау өте маңызды екені сөзсіз. Сондықтан мемлекеттік лауазымдарға міндетті сипат беретін нормалар олардың құрылымдары мен механизмдері арқылы ғана қалыптасып, бекітілетінін баса айтқан жөн. Мемлекет өз органдары арқылы заңдар мен басқа да нормативтік құқықтық актілерді қабылдайды, олардың әкімшілік және заң шығару әдістерімен орындалуын қамтамасыз етеді. Бұл ретте мемлекеттің заңды монополиясы бар екенін және оны жүзеге асыру үшін қажет болған жағдайда ғана мәжбүрлеу тәсілін қолданатынын атап өту керек.

Зерттеудің мақсаты – құқықтық мемлекеттің мәні оның белгілі бір жағдайларда олардың аппаратын анықтауға кәсіби түрде қатысатын адамдар шеңберін – жалпы қажеттіліктерді, мүдделерді, мақсаттар мен дамуды ұйымдастыруды және қоғамның мемлекеттік құқықтық нормаларын оның мақсаттары мен функцияларын жүзеге асыруды қамтамасыз ету мақсатында мемлекеттік басқару құралдарын тиімді пайдалануды қолдауында екенін көрсету. Мақала авторының *тұжырымдары* мемлекеттік басқару құралдарын іс жүзінде қолданудағы бар проблемаларға негізделеді, өйткені олар арқылы мемлекет өзінің негізгі мақсатын – қоғамды қалыптастыру мен қарым-қатынастарды дамыту үшін қолайлы жағдай жасай отырып, мінез-құлық ережелерін белгілейді.

Түйінді сөздер: мемлекеттік басқару, мемлекеттік басқару субъектісі, әкімшілік акт, әкімшілік келісім, мемлекеттік басқару құралдары.

Кіріспе

Осы мақаланы жазу тақырыбын таңдау егемен Қазақстан үшін мемлекеттік басқару саласындағы қоғамдық қатынастарды реттейтін құқықтық базаны дамыту сияқты технологиялық даму дәуіріндегі маңызды мәселелерді нақтылау болды. Әсіресе Қазақстан Республикасында мемлекеттік басқару – салыстырмалы түрде жас және толық зерттелмеген құбылыс. Біздің елімізде ол «жасөспірімдік» кезеңді бастан өткеруде деп айта аламыз, өйткені іргетасы қаланып қойған, бірақ көптеген мәселелер қалыптасу сатысында, әлі де зерттеп, тәжірибеге енгізуді керек етеді, кейбірі іс барысында түзетіледі¹.

Мемлекет басшысы «Қазақстан Республикасындағы мемлекеттік басқаруды дамытудың 2030 жылға дейінгі тұжырымдамасы: «Адамға бағдарланған» – «Алдымен халық» моделін құру» еліміздің тұжырымдамалық құжатында (бұдан әрі – Тұжырымдама) «қоғамның мемлекетке деген сенімі және оның өзгерістерге дайындығы» болмағандығынан әлеуметтік, экономикалық және саяси дамудағы белгісіздік тақырыбын көтерді. Сонымен бірге «мемлекеттік басқарудың тиімдірек болуына және азаматтардың басқару шешімдерін қабылдауға қатысуына деген сұраныс тұрақты түрде туындауда»².

Қаңтар оқиғасы, халықтың мемлекетке деген жалпы сенімсіздігі және Украинадағы соғысқа байланысты қазіргі геосаяси жағдай (Украинаның бидай жеткізуін тоқтатуына байланысты Азия, Африка және Таяу Шығыста ашаршылық тудырды. Мысалы, Мысыр мен Йемен украиндық бидайға тәуелді) азаматтар мен олардың әл-ауқаты басты құндылықтар болатын реформалардың маңыздылығы, адамдық реформалар туралы айтуды қажет етеді.

¹Л. Купряшин Публичное управление Political science (RU), 2016, N 2 2. URL: https://ozlib.com/956763/sotsium/publicnoe_upravlenie_kupryashin

²Указ Президента Республики Казахстан К.-Ж. К. Токаева от 26 февраля 2021 года № 522. «Об утверждении Концепции развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/U2_100000522.

1. «Қоғамдық басқару» және «мемлекеттік басқару» ұғымдарының арақатынасы мәселесі туралы

Алдымен мемлекеттік басқару ұғымының өзін қарастырғымыз келеді. Қазіргі уақытта әдебиеттерде мемлекеттік басқарудың көптеген анықтамаларын табуға болады. Сонымен, Лютер Гуликтің пікірінше, мемлекеттік басқару – бұл атқарушы билік органдарының қызметін жоспарлау, ұйымдастыру, кадрлармен қамтамасыз ету, басқару, үйлестіру, есеп беру және бюджеттеу³.

Атақты заңгер В.Е. Чиркин «Мемлекеттік басқару – бұл норма шығарушылық, әкімшілік, бақылау, ұйымдастырушылық және басқа да қызмет. Ол белгіленген нормалар, ережелер, тәртіптер негізінде жүзеге асырылады» деп санайды⁴, бұл да – «белгілі бір органдар мен лауазымды адамдардың мемлекеттік билікті жүзеге асыру мақсатындағы қоғамдық қызметі»⁵.

«Мемлекеттік басқару – бұл қоғамдық мүдделерді қанағаттандыруды және ұжымдық мәселелерді шешуді қамтамасыз етуге арналған мемлекеттік, үкіметтік емес, жеке және аралас құрылымдар арасындағы ынтымақтастық жүйесі». Сонымен бірге «мемлекеттік, муниципалдық, коммерциялық емес ұйымдардың қызметін біріктіре отырып», ол «ұлттық және жергілікті мүдделерді жүзеге асырудың, мемлекеттік қызметтерді өндірудің қоғамдық-мемлекеттік жүйесін білдіреді»⁶.

Оның үстіне Г.В. Атаманчук «мемлекеттік басқару» және «муниципалды басқару» мемлекеттік басқарудың әртүрлі деңгейлері ретінде қарастырылатынын айтады. Мемлекеттік және муниципалды басқару жеке тұлғаның әлеуметтік-саяси дербестігін ескеріп, оған тәуелсіз таңдау мүмкіндігін қалдыруы керек. Жоғарыда аталған органдар мен қоғамдық қатынастардың субъектілері арасындағы қатынастарды талдау бізді тікелей олардың қызметінің саяси құрамдас бөлігіне жетелейді. Бұл жерде маңыздысы – кері байланыс деңгейі, яғни қоғамның басқару шешімдерін жүзеге асыру деңгейі, мұнда «ерекше қызығушылық тудыратындар: 1) мүдделі топтар (әртүрлі қоғамдық қорлар, кәсіподақтар, этникалық, жастар және басқа да белгілі бір мүддеге ие ұйымдар, парламенттік лоббилер және т.б.); 2) азаматтармен тікелей қарым-қатынастар (салық салу, заң шығару және құқық қолдану тәжірибесі, әлеуметтік бағдарламаларды дайындау және іске асыру); 3) коммерциялық кәсіпорындармен қарым-қатынастар (оларды құқықтық реттеу, МЖӘ және т.б.)»⁷.

Әйгілі британдық философ, тарихшы және экономист Джеймс Милл «мемлекеттік саясатта басқарушылар мен басқарылатындардың мүдделері сәйкес келетіндей тепе-теңдікке қалай жетуге болады» деген сұрақты қоя отырып, келесі саяси және құқықтық әдістерді ұсынады:

- жалпыға бірдей дауыс беру арқылы мемлекеттік қызметшілерді сайлау;
- олардың қызмет ету мерзімінің қысқамерзімдігі;
- сайлауды жиі өткізу»⁸.

³Лютер Гулик Публичное управление. URL: <http://www.upravlenie24.ru/publicupravlenie.htm>

⁴см: Чиркин В.Е. Публичное управление: учебник. М., 2004. 475 с.; Усманова Р.М. «О соотношении понятий «публичное регулирование», «публичное управление» и «публичная власть» / ж. Общество: политика, экономика, право. М. 2011, № 3. URL.: <https://cyberleninka.ru/article/n/o-sootnoshenii-ponyatiy-publichnoe-regulirovanie-publichnoe-upravlenie-i-publichnaya-vlast/viewer>

⁵Там же.

⁶Купряшин Г.Л. Основы государственного и муниципального управления: учебник и практикум для академического бакалавриата / Г. Л. Купряшин. М.: Издательство Юрайт, 2017. – 500 с. Серия: Бакалавр. Академический курс.

⁷Атаманчук Г.В. Теория государственного управления URL: <https://www.livelib.ru/book/178849/readpart-teoriya-gosudarstvennogo-upravleniya-g-v-atamanchuk/~4>

⁸См.: Купряшин Г.Л. Сильные институты и координация политики на федеральном уровне. URL: e-journal.spa.msu.ru/images/File/2011/29/Kupryashin.pdf

Олай болса, мемлекеттік қызметкердің қызметтік лауазымына қол жеткізу және оған қоса берілетін марапаттаулар азаматтарға байланысты болса, оның жеке мүддесі жалпы халықтың мүдделерімен сәйкес келеді.

- Шенеуніктер, егер жалпыхалықтық дауыс беру арқылы сайланса, лауазымға ие болу үшін олардың халықтың мүддесін қорғаудағы құлшынысы мен біліктілігін дәлелдейтінін көреді.

- Өкілеттік мерзімінің қысқа болуы және сайлаудың жиі өтуі – олардың халық алдында үнемі жауап беретіндігінің кепілі;

- «Сайлау күні, – деп есептейді орыс ғалымы Г.Л. Купряшин, – қорқыныш оларды үнемі заң шеңберінде ұстайтын сот күніне айналады». Дегенмен бұл идеалды үлгіні іс жүзінде жүзеге асыру қиын, себебі халықтың әртүрлі топтарының өз мүдделерін мемлекеттік басқаруға жеткізудегі белсенділігі мен мүмкіндіктері өте әртүрлі⁹.

Саясаттың мемлекеттік басқарудағы рөлін бағалаудың екі полярлық көзқарасын ескеру қажет: оның бірі – саясатты мемлекеттік аппараттың барлық саласынан аластау, сондықтан оның рөлін барынша азайту керек. Басқа көзқарастың мәні – мемлекеттік басқаруды тек жоғарғы билік тұжырымдаған саяси бағытты жүзеге асыру механизмі ретінде қарастыру. Бірінші көзқарас еркін нарыққа және реттеудің жанама әдістеріне қатысты болса, екіншісі орталықтандырылған басқару жүйесін құруға және әкімшілік ықпалды күшейтуге ықпал ететіні сөзсіз.

Бірақ егер Аристотельдің пікірінше, біз «алтын ортаны» немесе орта элементті барлығында қолданатын болсақ: басқару нысанында, билеушінің парасатында, елдің географиялық орналасуында және т.б., онда біз саясат пен мемлекеттік басқарудың арақатынасын, яғни ортақтығы мен айырмашылығын қарастыруда сауатты болуымыз керек. Саясат билеуші режимнің және оның көптеген құрылымдарының биліктік мүмкіндіктерін сақтау және нығайту векторына ие екені күмәнсіз және үкімет шешімдеріне ұтымды көзқарасты қолдану орнына топаралық күресте позицияларды берік ету үшін табиғаты бойынша жиі өзгеретін мәртебелік басымдықтар мен құндылықтарға ие. Оларға келіссөздер, коалиция құру, ымыраға келу, үгіт-насихат және т.б. жатады.

Жоғарыда аталған мәселені қарастыруды бірауыздан жалғастыра отырып, саясат пен менеджменттің арақатынасына назар аударуға болады. Саясат – қоғамдық пікірге, қалың бұқараның көңіл-күйіне, олардың бір сәттік ұмтылыстарына сезімтал, ағымдағы оқиғалардың әсерінен болатын және белгілі бір көшбасшылардың қалауына байланысты деген мағынада, негізінен, эмоционалды. Басқару – неғұрлым ұтымды процесс, яғни қолда бар ресурстарды ескере отырып, функционалды түрде ұйымдастырылған және нақты міндеттерді мақсатты түрде шешеді. Мемлекеттік басқаруда мемлекеттік қызметтің салдарын талдауға бағытталған білімге басымдық беріледі. Саясатта бұл мемлекеттік іс-әрекеттердің орындылығын және олардың бағалау сипаттамаларын нақтылауға бағытталған нормативтік білім болады. Позитивті білім нақты мемлекеттік саясаттың салдарын талдауды ғана емес, сонымен қатар осы бағдарламаларды іс жүзінде жүзеге асыратын мемлекеттік органдар мен олардың аппаратының қызметін сипаттауды қамтиды. Нормативтік білім басқару әдістерін, мемлекеттік институттарды, жанжалдарды шешу әдістерін жан-жақты бағалайды.

Сонымен қатар мемлекеттік басқарудың саясатпен ұқсастығы көп. Жалпылық мемлекеттің саяси институт ретіндегі белгілерінен ғана емес, оның ұйымдастырушылық қызметінің беделділігінен де туындайды. Құрылымдық тұрғыдан алғанда, мемлекеттік басқарудың операциялық ішкі жүйесі – ең болмағанда теориялық тұрғыдан алғанда, саясаттан тыс, ал мемлекеттік басқару тұтастай алғанда саяси және қарама-қайшы идеялардың, мүдделер мен мақсаттардың әртүрлілігін есепке алуға негізделген. Мемлекеттік басқарудың кәсіби бағдарланған саласы әкімшілік деңгейге бағытталған және саяси, саясаттан тыс, бюрократиялық операциялық деңгей арасында делдал болады. Саяси мәселелер адамдарға, олардың мүдделеріне, пікірлеріне және сенімдеріне әсер ететіндіктен, саяси сипатқа ие болады. Зейнетақы реформасын жүргізу математиктердің – сақтандыру саласындағы мамандар-

⁹Сонда.

дың, сондай-ақ қаржы саласындағы ғалым-мамандардың сауатты қызметтерін қажет етеді. Алайда реформаның барлығына ортақ, тең базалық зейнетақы беру керек пе, әлде ол әр-бір жеке жағдайда жалақысы мен еңбек өтіліне байланысты есептелетін зейнетақы болуы керек пе, егер солай болса, қалай, еңбек салымын біріктіру және ынтымақты теңестіру қағидаты сәйкестік принципі, зейнет жасы қандай болуы керек – бұлар енді «арнайы» емес, саяси мәселелер¹⁰.

Сонымен, мемлекеттік басқарудың саяси миссиясы – мемлекеттік саясатты үйлестіру және жүзеге асыру, ал жақсы менеджердің критерийі – саясатты басқару шешімдеріне айналдыру және олардың толық орындалуын қамтамасыз ету. Сонымен бірге мемлекеттік басқару саяси бағытты әкімшілік және операциялық ішкі жүйелер жүзеге асыратын шешімдерге айналдырады, сондай-ақ басқару объектісінен шешім қабылдаушыларға кері байланысты қамтамасыз етеді¹¹.

Жоғарыда айтылғандай, мемлекет басқару процесінде екі кейіпте көрінеді: біріншіден, қоғамдық қатынастар мен қызметті реттейтін субъект ретінде (саяси және әкімшілік мәселелер); екіншіден, мемлекеттік аппараттың, мемлекеттік биліктің әртүрлі бөлімшелерінің қызметін (әкімшілік және жедел мәселелер) ұтымды етуге бағытталған өзара іс-қимылдың кешенді құрылымы ретінде.

Нарықтық процестерді мемлекеттік реттеуді түсінуді қамтитын мемлекеттік саясаттың және қажетті құралдар мен процедураларды қамтитын мемлекеттік басқарудың проблемалары әрекеттің әртүрлі үлгілері арқылы жүзеге асырылатыны сөзсіз.

Оның үстіне, тегістіктің (саланың) әрқайсысында практикалық әрекеттерінің өзіндік логикасы бар. Саяси логика өзінің түпкілікті мағынасында әр мемлекеттік биліктің өз құзыретінің салаларындағы (президент, үкімет, соттар, мемлекеттік органдар) толық дербестігі мен жауапкершілігін болжайды. Идеал нұсқа биліктердің бөлінуінің белгілі принципінде және «тежеу мен тепе-теңдік» механизмінде көрсетілген. Егер біз тек атқарушы билік органдарын қарастырсақ және басқару логикасын шектеусіз ұстанатын болсақ, онда барлық өкілеттіктер мен жауапкершіліктерді мүмкіндігінше «бір қолға» шоғырландыру заңды. Мемлекеттік органдарда сайып келгенде, бизнес-жоспарлардың белгілі бір аналогтары бар және мұндай тәсілмен бағдарламалар мен жобалар билік пен шаруашылық активтерді қайта бөлуге байланысты қысқа мерзімді мақсаттарға қол жеткізу үшін ғана жарамды болады.

Оның үстіне, тегістіктің (саланың) әрқайсысында практикалық әрекеттерінің өзіндік логикасы бар. Саяси логика өзінің түпкілікті мағынасында әр мемлекеттік биліктің өз құзыретінің салаларындағы (президент, үкімет, соттар, мемлекеттік органдар) толық дербестігі мен жауапкершілігін болжайды. Идеал нұсқа биліктердің бөлінуінің белгілі принципінде және «тежеу мен тепе-теңдік» механизмінде көрсетілген. Егер біз тек атқарушы билік органдарын қарастырсақ және басқару логикасын шектеусіз ұстанатын болсақ, онда барлық өкілеттіктер мен жауапкершіліктерді мүмкіндігінше «бір қолға» шоғырландыру заңды. Мемлекеттік органдарда сайып келгенде, бизнес-жоспарлардың белгілі бір аналогтары бар және мұндай тәсілмен бағдарламалар мен жобалар билік пен шаруашылық активтерді қайта бөлуге байланысты қысқа мерзімді мақсаттарға қол жеткізу үшін ғана жарамды болады¹².

Мемлекеттік басқару құралдарының әсер етуінің негізгі мақсаты адамдардың бостандығын шектеуге бағытталмауы керек, керісінше, мемлекет осы шектеулер арқылы әрбір адамның еркіндігіне қол жеткізе алады. Өз ойымды дәлелдеу үшін Ресей империясы дәуірі-

¹⁰Купряшин Г.Л. Основы государственного и муниципального управления: учебник и практикум для академического бакалавриата / Г.Л. Купряшин. М.: Издательство Юрайт, 2017. – 500 с. – Серия: Бакалавр. Академический курс.

¹¹Сонда.

¹²Василенко И.А. Административно-государственное управление в странах Запада: США, Великобритания, Франция, Германия: Учебное пособие. Изд. 2-е, перераб. И доп. М.: Издательская корпорация «Логос», 2001. – 200.

нен бастау алған орыс философы М.А. Бакуниннің «бір адамның бостандығы екіншісінің бостандығы басталған жерде аяқталады» деген сөзін келтірген дұрыс деп есептеймін¹³ [9]. Кейіннен ілімі қазіргі құқыққа негіз болған Бакуниннің пікірімен келісіп, немістің Ағартушылық кезеңінің философы Им. Кант: «Қолды бұлғау бостандығы басқа адамның мұрнының ұшында аяқталады», – деп жаза отырып, заң алдындағы теңдік құқықтық қоғам құрудың негізгі қағидасы екенін атап көрсетті. Яғни рұқсат етілгеннің шекарасы шектелген жағдайда жеке адам үшін толық еркіндікке қол жеткізуге болады¹³. Мемлекеттік басқарудың бұл тәсілі адамның ең жоғары құндылығы – оның өмірі, құқықтары мен бостандықтары деп көрсетілген Қазақстан Республикасының Конституциясына толық сәйкес келеді деп ойлаймын. Сонымен бірге Қазақстандағы маңызды қоғамдық мәселелерді қоғам мен мемлекеттік органдардың халықаралық тәжірибеге сүйеніп бірлесіп шешуі біздің қазақстандық ерекшеліктерді ескере отырып жүріп жатыр.

Осылайша, мемлекеттік басқаруды мемлекеттің осы қатынастарға араласуы емес, қолдау арқылы қоғамдық қатынастарды жүзеге асырудың шарттары мен принциптерін қалыптастыру процесі ретінде анықтауға болады, өйткені мемлекеттік басқару әлеуметтік өмірді реттеуге тиісті бөлік – тұтас, қоғамның қызметі болады. Ал мұндай басқару және оның құралдары болмаған жағдайда қоғамдағы қатынастар ретсіз және тұрақсыз болады¹⁴.

Мемлекеттік басқарудың бұл тәсілі адамның ең жоғары құндылығы – оның өмірі, құқықтары мен бостандықтары деп көрсетілген Қазақстан Республикасының Конституциясына толық сәйкес келеді деп ойлаймын. Сонымен бірге Қазақстандағы маңызды қоғамдық мәселелерді қоғам мен мемлекеттік органдардың халықаралық тәжірибеге сүйеніп бірлесіп шешуі біздің қазақстандық ерекшеліктерді ескере отырып жүріп жатыр.

Осылайша, мемлекеттік басқаруды мемлекеттің осы қатынастарға араласуы емес, қолдау арқылы қоғамдық қатынастарды жүзеге асырудың шарттары мен принциптерін қалыптастыру процесі ретінде анықтауға болады, өйткені мемлекеттік басқару әлеуметтік өмірді реттеуге тиісті бөлік – тұтас, қоғамның қызметі болады. Ал мұндай басқару және оның құралдары болмаған жағдайда қоғамдағы қатынастар ретсіз және тұрақсыз болады¹⁵.

Жоғарыда аталған «Тұжырымдама» азаматтардың мемлекетпен өзара іс-қимылын жақсартуға, стратегиялық жоспарлаудың тиімділігін арттыруға, мемлекеттік қызметтегі кадрлардың сапасын арттыруға, квазимемлекеттік сектор қызметінің тиімділігін арттыруға, мемлекеттік аппаратты оңтайландыруға және мемлекеттік қызметтерді көрсетудің, жергілікті өзін-өзі басқаруды дамытудың, реттеуші және сыбайлас жемқорлыққа қарсы саясатты жетілдірудің, сондай-ақ сот және құқық қорғау жүйелерін трансформациялаудың проактивті форматына көшуге бағытталған. Қазақстан мемлекетінің басшысы кезеңдерді саралап, оның барысында шағын бизнесті жетілдіре отырып, шағын және орта бизнестің ісіне мемлекеттің араласуын азайтатын бесінші кезеңнің маңыздылығын: жергілікті басқару және азаматтардың мемлекетпен әрекеттесуі; құқық қорғау жүйесін трансформациялауды айтты. Сондай-ақ Президент «*Тыңдайтын мемлекет*», «*Тиімді мемлекет*», «*Есен беретін мемлекет*», «*Прагматикалық мемлекет*», «*Кәсіби мемлекет*» қағидаттарын алға тартты¹⁶. Бұл жоспарларды, менің ойымша, келесі құралдар арқылы жүзеге асыруға болады:

- халықаралық тәжірибеге сүйену (АҚШ, Сингапур, БАӘ, Франция және т.б.);
- мемлекет пен азаматтардың өзара әрекеттесуіне арналған «Бір терезе»;

¹³Цитаты известных личностей. URL: <https://ru.citaty.net/tsitaty/627539-mikhail-aleksandrovich-bakunin-svoboda-odnogo-cheloveka-zakanchivaetsia-tam-gde-nach/>

¹⁴Там же.

¹⁵Л. Купряшин Публичное управление Political science (RU), 2016, N 2 2. URL: https://ozlib.com/956763/sotsium/publichnoe_upravlenie_kupryashin.

¹⁶Указ Президента Республики Казахстан К.-Ж. К. Токаева от 26 февраля 2021 года № 522. «Об утверждении Концепции развития государственного управления в Республике Казахстан до 2030 года». URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/U2100000522>. (14.11.2023).

- халық қорының мониторингі;
- жергілікті өзін-өзі басқаруды жетілдіру;
- құқық қорғау жүйесін трансформациялау.

2030 жылға дейін дамуға қол жеткізуге тырысатын құралдар, қысқасы, мұның бәрі жоғарыда аталған қағидаттардың атауына келіп тіреледі, осыдан негіз шығады – мемлекет түскен беделді, мемлекетке деген сенімсіздікті халықпен (сондай-ақ жергілікті өзін-өзі басқару, мониторинг және электронды қызметтерді енгізу), заңнаманы жетілдіру (азаматтардың құндылықтарына, олардың қажеттіліктеріне және олардың шектен тыс көптігіне бағдарланбаған заңдарды болдырмау) және халықаралық тәжірибеге сәйкес құқық қорғау жүйесімен өзара әрекеттесу арқылы жақсартуды көздейді.

«Азаматтардың үміттеріне жауап беретін сенімнің артуы және болжауға болатын саясаттар басқару институттарының нығаюына ықпал етеді. Жоғары этикалық стандарттарды сақтамай және сыбайлас жемқорлыққа төзбеушілік танытпайынша, мемлекеттік басқару институттарына сенімді нығайтуға қол жеткізу мүмкін емес». Президент күтілетін нәтижелерді де айтты: «2030 жылға қарай күтілетін негізгі нәтижелер – әртүрлі индекстер бойынша ЭЫДҰ елдерінің орташа деңгейіне қол жеткізуде көрінетін мемлекеттік басқару тиімділігінің, мемлекеттік аппараттың ашықтығы мен жауапкершілігінің, мемлекеттік қызметшілердің кәсібилігінің артуы:

- Дүниежүзілік банктің басқару тиімділігі индексі – 80-процентильден төмен емес;
- World Justice Project заңның үстемдігі индексі – 0,60 балдан төмен емес;
- Transparency International сыбайлас жемқорлықты қабылдау индексі – 55 балдан төмен емес;
- Дүниежүзілік экономикалық форумның Жаһандық бәсекеге қабілеттілік индексінің «Сот жүйесінің тәуелсіздігі» көрсеткіші – 50-орыннан төмен емес;
- Дүниежүзілік экономикалық форумның Жаһандық бәсекеге қабілеттілік индексінің «Полиция қызметінің сенімділігі» көрсеткіші – 60-орыннан төмен емес;
- халықтың мемлекеттік қызмет көрсету сапасына қанағаттану деңгейін арттыру;
- азаматтардың орталық мемлекеттік органдардың саясатына қанағаттанушылық деңгейін және тәуелсіз сауалнамалар арқылы өлшенетін мемлекеттік басқару институттарына (орталық мемлекеттік органдар, жергілікті билік органдары, сот және құқық қорғау органдары) халықтың сенім деңгейін нығайту»¹⁷. Президент бекіткен тұжырымдама Қазақстан Республикасының ішкі саясатындағы елеулі өзгерістерге, атап айтқанда демократияландыруға және басқа посткеңестік самодержавиелерден арылуға үміт береді.

Мемлекеттің басқару саласындағы мақсаты – қоғамда реттелетін тәртіп құру. Осы мақсатқа жету үшін мемлекет басқару құралдарын әзірлеу және енгізу болатын басқару әдістерін қолданады.

Сонымен, мемлекеттік басқарудың құралдары – мемлекеттік сипаттағы басқару шешімдерін іс жүзінде жүзеге асыру құралы. Бұл құралдарға ықпал етудің негізгі қозғалатын әдістері ретінде билік, қаржы және құқық, ал қоғамдық қатынастарды реттеуге ықпал ететін құралдар ретінде делдалдық, көтермелеу, көмек және т.б. жатқызуға болады. Бұл құралдар әрқайсымыздың өмірімізге әсер етеді, дегенмен біз әдетте мінез-құлқымызға мұндай әсерді байқамаймыз. Мысалы: адамдар жалақыны күнкөріс құралы немесе еңбегі үшін «сыйақы» ретінде қабылдайды, бірақ, шын мәнінде, мемлекет те адам әрекетіне осылай әсер етеді, бұл оның жұмыс іздеу және қоғамға пайдалы қызметпен айналысу қажеттілігін тудырады. Басқа мысал ретінде нормативтік актілерді келтіруге болады – жазбаша нормалар, заңдар арқылы мемлекет адамдарға тікелей әсер етеді, өйткені құқық нормалары – іс жүзінде мемлекеттік басқарудың барлық құралдарын сипаттайтын мінез-құлық ережелері.

Мемлекеттік басқару құралына мысал ретінде бұқаралық ақпарат құралдарын келтіруге болады. Шынында да, теледидарда, телефонда, жаңалықтарда, газеттерде хабарлаудың арқасында біз олардың бізге ұсына алатын нәрселеріне байқамай бағына бастаймыз. Өйт-

¹⁷Сонда

кені БАҚ-ты әлеуметтік пікірді қалыптастыруда тиімді орган ретінде қарастыратын болсақ, олар – қоғамдық пікірдің ең тиімді ұйтқысы.

Бұқаралық ақпарат құралдары біреуді сынайтын кейбір жаңалықтарды жазып жатса, көпшілік осыдан үлгі алатыны сөзсіз. Осылайша, адамдар қоғамда қандай әрекет қолайлы, нені қабылдамайтыны туралы пікірге ие болады. Тағы бір мысал – аз қамтылған отбасыларға, жалғыз басты аналарға, мүмкіндігі шектеулі жандарға, көп балалы отбасыларға мемлекеттік әлеуметтік көмек көрсету. Бұл ақшалай төлемдер, әлеуметтік төлемдер, субсидиялар және басқа төлемдер болуы мүмкін. Сондай-ақ заттай көмек бар: тұрғын үй, киім-кешек, азық-түлік, аяқ киім, дәрі-дәрмек, отын, т.б. Бұл құрал жанама болады. Яғни мемлекет осындай жағдайға тап болған адамдарға қолдау көрсетіп, көмектесуде.

Ал көмек алған адамдар қазірдің өзінде ұрлық, заңсыз зат сату сияқты қылмыстардан алыс. Менің ойымша, бұл жерде басқа азаматтардың және олардың мүлкінің қауіпсіздігін қамтамасыз ететін ережелер мен заңдарды сақтау үшін мемлекеттік басқару құралын көруге болады.

2. Қазіргі кезеңдегі Қазақстан Республикасының әкімшілік құқығындағы мемлекеттік басқару құралдары мәселесі туралы.

Әрине, мемлекеттің немесе елдің әрбір азаматы мемлекеттік басқару құралдарына бағынады. Бұл заң, бұқаралық ақпарат құралдары, жеңілдіктер, әлеуметтік көмек, халықтық білім беру жүйесі және т.б. болуы мүмкін. Адамдар заң мен мемлекеттік басқару құралдарын еріксіз және ерікті түрде орындайды. Яғни біз байыптылықты түсініп, заңға бағынуымыз мүмкін, бірақ кейде бұл ойланбастан болады, өйткені бұған ықпал ететін әртүрлі құралдар бар.

Құралдарды сауатты таңдау мен анықтау да үлкен мәнге ие: олар шешетін мәселені бағалау; мақсатты топтар; осы процестерді жүзеге асыруға қатысатын құрылымдар. Қазақстанда ұзақ уақыт бойы мемлекеттік басқарудың нысандары мен әдістері тұжырымдалып, негізінен, нормативтік құқықтық актілерге сүйенді. Құралдардың бірі өздігінен қажетті нәтижелерді бере алмайды. Сондықтан мемлекеттік басқаруды жүзеге асыруда әртүрлі басқару құралдарының кешенін пайдалану қажеттілігі туындады, бұл көптеген заңға тәуелді актілердің пайда болуына әкелді.

Белгілі болғандай, әкімшілік құқық – маңызды салаларының бірі, сонымен бірге жария құқықтың құрамдас бөлігі. Бұл жариялылықты әртүрлі аспектілерде қарастыруға болады. Әкімшілік құқық нормалары жүйелі тәртіп пен қоғамдық қауіпсіздікті қамтамасыз етеді және оған кепілдік береді. Әрбір адам білетіндей, атқарушы билік лауазымды адамдар мен мемлекеттік органдардың басқару шешімдері мен әрекеттерінде жүзеге асырылады. Ал дәл осы әрекеттер арқылы мемлекеттің басқару қызметі қалыптасып, тәртіп пен қауіпсіздікті қамтамасыз етеді.

Әкімшілік құқық нормаларына тоқталғым келеді. Өйткені әрбір құқық саласы – құрастырылған нормалардың жиынтығы. Әкімшілік-құқықтық нормалар – мемлекет белгілеген және қорғайтын міндетті тәртіп ережелері. Қоғамдық немесе оны мемлекеттік басқаруды атқарушы органдар мен лауазымды тұлғалардың елеулі қызметі деп атауға болады. Және ол қазіргі өркениетте үлкен рөл атқарады. Бірде-бір дамыған заманауи мемлекет онсыз жасай алмайды.

Мемлекеттік басқару қоғамның әлеуметтік қызметін реттейді. Дәлірек айтқанда, мемлекет бұл қатынастарды жүзеге асыру үшін жағдай жасайды. Демек, мемлекеттік басқаруды жүзеге асыру осы үшін арнайы құрылған органдар арқылы жүзеге асады. Бұл органдар *мемлекеттік басқару құралдары* деп аталатын *әдістер мен формаларды* қолданады және жасайды.

Осылайша, «мемлекеттік басқару құралдары» санаты ескірген «мемлекеттік басқарудың нысандары мен әдістері» ұғымының орнын басты, бұл қазақстандық әкімшілік

құқығының қазіргі заманғы еуропалық концепцияларға бағдарлануының дәлелі¹⁸. Бұл құжаттар – мемлекеттік органдардың нормативтік актілері, қаулылары мен шешімдері. Сонымен қатар мемлекеттік басқару нысандары оларды атқарушы билік органдары мен олардың лауазымды адамдарының өз құзыреті шегінде заңнамалық актілерге сәйкес заңды күші және өкілеттік сипаты бар белгілі бір салдарлар туғызатын құжаттар түрінде жүзеге асыруымен сипатталады.

Сыртқы сипатталу әдісімен *мемлекеттік басқарудың вербалды және жасырын* сияқты түрлеріне назар аударған жөн. Біріншісі – ауызша және жазбаша. Мысалы, бұл бұйрықтар, нұсқаулар берілген кезде олар орындалуы керек. Екіншілері *символдық және сигналдық*. Мысалы, бағдарламалар немесе жол белгілері, сондай-ақ *полиция қимылдары*.

Мемлекеттік басқару, негізінен, нормативтік құқықтық актілер мен заңға тәуелді актілер арқылы жүзеге асады, қазір олардың саны өте көп. Нормативтік акт – ресми құжат. Ал заңға тәуелді актілер – атқарушы билік органдары шығаратын актілер. Олардың көмегімен мемлекеттік басқару жүзеге асырылады және олар – мемлекеттік басқарудың құралдары. Бұл құралдар құқықтық жүйенің механизмін тиімді түрде жетілдіріп, қажетті нәтижеге қол жеткізуге көмектеседі. Бұл қоғамдық тәртіп пен қауіпсіздікті сақтау үшін маңызды. Бұл формалар мен әдістерді жүзеге асыру қоғам мен мемлекеттік басқару жүйесінің жұмысы мен дамуының сапасын көрсетеді. Бұл тұтастай дамуға ұмтылатын кез келген мемлекетке қажет.

Әрине, мемлекеттік басқарудың құралдары мемлекеттік сипаттағы басқару шешімдерін іс жүзінде жүзеге асыру құралы деп айта аламыз. Оларды бірнеше критерийлер бойынша жіктеуге болады:

- басқару жүйесінің жалпы иерархиясындағы мемлекеттік басқару құралы деңгейінің критерийі бойынша;

- осы критерийге байланысты мемлекеттік басқару құралдары;

- мемлекеттік басқару құралдарының құжаттық нысанының критерийі бойынша. Осы критерийге сәйкес мемлекеттік басқару құралдары әртүрлі нормативтік құжаттарға, мысалы, заңнамалық актілерге, мемлекеттік органдардың қаулылары мен шешімдеріне, әртүрлі нормативтік құқықтық актілерге, мемлекеттік даму тұжырымдамаларына, жобалар мен бағдарламаларға, мемлекеттік бюджеттер мен стандарттарға, лицензияларға, куәліктерге, дипломдар, сапа сертификаттары және т.б. бөлінеді;

- мемлекеттік басқару құралдарының әсер ету сипаты мен көлемінің критерийі бойынша¹⁹.

Қазақстанда 2020 жылғы 29 маусымда Қазақстан Республикасының Әкімшілік іс жүргізу кодексі (бұдан әрі – ӘҚБтК) қабылданды, ол 2021 жылдың 1 шілдесінен бастап күшіне енді²⁰. Сонымен, құқықтық әртүрлі салаларындағы қоғамдық қатынастарды реттеушілердің бірі – көпжақты сипаттағы акт болатын *әкімшілік-құқықтық келісім*. Әкімшілік келісім қатынастардың көлденең түрінің айқын көрінісі, яғни мемлекеттік органдардың билікке ие емес субъектілермен өзара әрекеттесуі. Бұл құқықтық құжат мемлекеттік органды немесе лауазымды тұлғаны білдіретін тараптың өкілеттілігінің басымдылығымен тараптардың формальды теңдігінде көрініс тапқан әкімшілік құқықтық қатынастарға негізделген. Бұл келісімнің мақсаты – қоғамдық мүдделерді орындау. Әкімшілік шарттың талаптарын орындау теріс құқықтық салдарлардың басталуына байланысты. Әкімшілік келісімге мысал ретінде: әкімшілік мұқтаждар үшін ғимаратты жалға беру шарты, мемлекеттік тапсырысты орындау шарты және т.б.

¹⁸Мельник Р.С. Общее административное право Республики Казахстан: учебник: в 3 томах / Р.С. Мельник; Алматы: LEM, 2023. С. 244.

¹⁹Там же, С. 245.

²⁰Кодекс Республики Казахстан от 29 июня 2020 года «Административный процедурно-процессуальный кодекс Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями на 24.07.2023). URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K2000000350>

Мемлекеттік басқарудың маңызды құралы – біржақты сипаттағы және мемлекеттік органдардың өкілдерінен немесе лауазымды адамдардан келетін *әкімшілік актілер*. Олар сөзсіз орындауды және орындамаған жағдайда заңды санкцияларды білдіреді. Әкімшілік актілерге: Президенттің жарлықтары, Үкімет қаулылары, мемлекеттік мекемелердің шешімдері және т.б. жатады. Олардың көмегімен атқарушы билік белгілі бір құқықтық қатынастарды немесе құқықтық нормаларды белгілейді, өзгертеді, жетілдіреді немесе тоқтатады. Жария-құқықтық шарттарды жасау және әкімшілік актілерді шығару сыртқы салдарлар мен алғышарттардың болуын да бағалайтын әкімшілік органдардың құзыретіне жатады және әкімшілік органдардың бұл қызметінің өзі әкімшілік рәсімдерді құрайды²¹.

Әкімшілік рәсімдер бұрын «Әкімшілік рәсімдер туралы» заңмен реттелді, бірақ бұл заң ӘҚБтК қабылданғаннан кейін күшін жойды. Дәл ӘҚБтК лауазымды адамдар, азаматтық және заңды тұлғалар арасындағы қоғамдық-құқықтық қатынастардың реттеуші қасиеттерінің жиынтығын біріктіреді және, сөзсіз, азаматтардың құқықтары мен бостандықтарын жүзеге асыруға кепілдік береді

Қорытынды

Осылайша, жалпы алғанда, ӘҚБтК-ті бағдарлы және дер кезіндегі құбылыс деп атайды, өйткені оның жасалуымен мемлекеттік басқару құралдарының тұжырымдамасы кеңірек және икемді болды. Біздің ойымызша, мемлекеттік басқаруды жүзеге асыруда қолданылатын құралдар – негізгі мәндердің бірі. Қойылған мақсаттардың қаншалықты нәтижелі орындалатыны және қойылған міндеттерді жүзеге асыру процестерді орындау құралдары мен механизмдеріне байланысты. Әлемдік тәжірибе мен заманауи технологияларды пайдаланудың маңызы зор екені сөзсіз. Әрине, елімізде мемлекеттік басқарудың салыстырмалы түрде жақында ғана енгізілгенін ескерсек, қолданылатын құралдар саласында белгілі бір түзетулер болады. Бірақ ең бастысы, мемлекеттік органдар мен қоғам арасындағы өзара іс-қимыл деңгейі барынша жоғары нәтиже беруі керек. Осы тұрғыдан алғанда қоғаммен кері байланыс және оның мемлекеттік басқарудағы көрінісі өте маңызды.

Сонымен, іс жүзінде әкімшілік заңнамада заңнамаға өзгерістер мен толықтырулар енгізуді талап ететін толық емес терминология мәселелері бар және бұл – қалыпты тәжірибе. Мысалы, бұл «әкімшілік акт» терминіне қатысты. Өйткені ол әртүрлі нысандарда (электрондық, ауызша және жалған форматта) көрсетілуі мүмкін, оның анықтамасы Қазақстан Республикасының ӘҚБтК-нің 4-бабының 1-бөлігі 4-тармағында келтірілген, оған сәйкес әкімшілік орган, лауазымды адам жария-құқықтық қатынастарда белгілі бір тұлғаның немесе жекелеген тұлғалар шеңберінің Қазақстан Республикасының заңдарында белгіленген құқықтары мен міндеттерін жүзеге асыратын шешімді білдіреді²² [12]. Әрине, бұл анықтамада бұл жай ғана қоғамдық-құқықтық қатынастар емес, әкімшілік-құқықтық қатынастар екенін түсіндіру қажет, сонымен қатар заң шығарушы нақты анықталған тұлға немесе нақты тұлғалар тобы туралы айтқанда нені білдіретіні түсініксіз, бірақ нормативтік құқықтық актілерге шағымдануға болмайтынын ескергенде, қалай адамдардың белгілі бір тобына жеке шағымдануға болады.

Қорытындылай келе, мемлекеттік басқару көбінесе нормативтік құқықтық актілер мен заңға тәуелді актілер арқылы жүзеге асатынын айтқым келеді, қазір олардың көпшілігі бар. Нормативтік акт – ресми құжат. Ал заңға тәуелді актілер – атқарушы билік органдары шығаратын актілер. Олардың көмегімен мемлекеттік басқару жүзеге асырылады, олар да – мемлекеттік басқарудың құралдары. Олар құқықтық жүйенің механизмін тиімді жетілдіріп, қажетті нәтижеге қол жеткізуге көмектеседі. Бұл қоғамдық тәртіп пен қауіпсіздікті сақтау үшін маңызды. Жоғарыда аталған нысандар мен әдістерді жүзеге асыру қоғам мен мемлекеттің жоғары сапалы жұмысы мен дамуын көрсетеді.

²¹Мельник Р.С. Общее административное право Республики Казахстан: учебник: в 3 томах / Р.С. Мельник; Алматы: LEM, 2023. – 340 с. С. 258.

Мемлекеттік басқару қоғам өмірін реттеудің ең маңызды бөлігі ғана емес, оның іргетасы, құқықтық қоғам құрудың негізі екені даусыз. Мемлекеттік басқару құралдары арқылы мемлекет мінез-құлық ережелерін белгілейді және өзінің тікелей мақсатын – қоғамдық қатынастардың қалыптасуы мен дамуы үшін қолайлы жағдай жасауды жүзеге асырады. Мемлекет дұрыс даму бағытын ұстанды деп есептеймін, бұл қазіргі Қазақстандағы мемлекеттік басқаруда көрініс тапты.

Н.Х. Калишева, д.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права, конституционного и административного права. Юридический факультет Казахский национальный университет имени аль-Фараби (г. Алматы, Казахстан): Инструменты публичного управления в Республике Казахстан: «человекоцентричный формат».

Представленная статья посвящена рассмотрению актуальных проблем, связанных с осуществлением в демократическом обществе публичного управления, основанного на разделении власти на специальные ветви власти (законодательную, исполнительную, судебную). В каждом государстве, именующей себя правовой системой существует закон и люди, которые этот закон представляют, диктуют правила. Также существуют и люди, которые обязаны подчиняться данным законам и правилам. Для этого и существуют различные инструменты публичного управления, которые являются важнейшей частью регуляции системы социальной деятельности общества. *Предмет исследования* включает попытку доктринального толкования административной новеллы о том, что инструментами публичного управления считаются средства практического осуществления управленческого решения государственного характера. *Результаты.* Показана значимость правительственного управления, которая проявляется не во вмешательстве страны в социальные взаимоотношения, а в создании обстоятельств, а также принципов реализации данных взаимоотношений, проанализированы инструменты публичного управления как определенные методы в соблюдении правил, принципов и норм. Инструменты многообразны и классифицируются по критериям. Например, критерий уровня инструмента государственного управления в общей иерархии системы управления. В него входят инструменты, применяемые на международном уровне, управления отраслевого характера. Также существует инструмент по критерию документальной формы инструментов государственного управления – это акты, указы Президента, концепции развития страны, проекты и программы и т.д. Далее по критерию характера и объема воздействия инструментов государственного управления. Они в свою очередь тоже делятся на: экономические (налоги, системы оплаты труда), политические (общественные опросы, выборы) и организационные (организация или реорганизация органов государственного управления). В обобщенном виде раскрыты вопросы, относящиеся к описанию методологии теории права и обновлению *методологии административного права*. Так, *методы исследования*, взятые автором за основу написания статьи, а это и научные (анализ, дедукция, интеграция) и частнонаучные (сравнительно-правовой, синергетический, социологический) методы, позволили глубже проанализировать имеющиеся проблемы практического использования всего многообразия инструментов публичного управления. *Новизна исследования* состоит в том, что автором исследования обращено внимание на то, что несомненно, в современный период вызывает интерес в стране, на вопросы законодательного регулирования системы социальных взаимосвязей в обществе, где социальный арбитраж становится одним из основных функциональных признаков государства и публичного управления. Непосредственно к публичному управлению относится Институт социального гражданства. Речь идет о стабильных правовых связях людей с государством. Через институты гражданства устанавливаются связи людей с государством под влиянием его власти. Несомненно, для государства, прежде всего, очень важно знать национальные интересы своего народа, определить, насколько они взаимосвязаны и зависят от интересов народов мирового сообщества, создать все условия для реализации этих интересов. Поэтому следует подчеркнуть, что нормы, придающие государственным позициям обязательный характер, формируются и закрепляются только через их структуры и механизмы. Госу-

дарство через свои органы принимает законы и другие нормативные акты и обеспечивает их осуществление административными и законодательными методами. При этом необходимо подчеркнуть, что государство обладает законной монополией и при ее исполнении, и только при необходимости, применяет и принудительный подход. *Цель исследования* заключается в том, чтобы показать, что сущность правового государства заключается в том, что оно организует и поддерживает в определенных условиях круг лиц, профессионально занимающихся определением своего аппарата – общих потребностей, интересов, целей и разработкой государственно-правовых норм общества для обеспечения реализации своих целей и функций и для этого эффективно использует инструменты публичного управления. Сделанные автором статьи *выводы* базируются на имеющихся проблемах в практическом применении инструментов публичного управления, так как, именно, посредством их, государство устанавливает правила поведения, выполняя свое главное предназначение – создание благоприятных условий для формирования и развития общественных отношений.

Ключевые слова: публичное управление, субъект публичного управления, административный акт, административный договор, инструменты публичного управления.

N.Kh. Kalisheva, Doctor of Law, Associate Professor, Department of Theory and History of State and Law, Constitutional and Administrative Law, Faculty of Law, Al Farabi Kazakh National University (Almaty, Republic of Kazakhstan): Public Management Tools in the Republic of Kazakhstan: «Human Centricity Format».

The paper is devoted to consideration of actual problems connected with implementation in democratic society of public administration based on separation of power into special branches of power (legislative, executive, judicial). In every state that calls itself a legal system there is a law and the people who represent it dictate the rules. There are also people who are bound by these laws and regulations. To this end there are various instruments of public administration that are an essential part of the regulation of the social system. The subject of the study includes an attempt at a doctrinal interpretation of an administrative novelty that instruments of public administration are considered as means of practical implementation of a management decision of a public character. Results: It shows the importance of government management, which manifests itself not in the intervention of the country in social relations, but in the creation of circumstances, as well as the principles of the implementation of these relationships, tools of public administration as certain methods in observance of rules, principles and norms have been analyzed. Tools are diverse and are classified by criteria. For example the criterion of the level of the instrument of public administration in the overall hierarchy of government. It includes instruments applied at the international level, sectoral management. There is also a tool on the criterion of the documentary form of instruments of public administration – these are acts, decrees of the President, concepts of development of the country, projects and programs, etc. Further on the nature and impact of public administration instruments. They are also divided into economic (taxes, wage systems), political (public polls, elections) and organizational (organization or reorganization of public administration). The issues related to the description of the methodology of the theory of law and the updating of the methodology of administrative law are summarized. Thus the methods taken by the author as the basis of writing the article and these are scientific (analysis, deduction, integration) and private scientific (comparatively legal, synergistic, sociological). Methods have allowed a deeper analysis of the existing problems of the practical use of the full variety of public administration tools. The novelty of the study lies in the fact that the author of the study paid attention to the fact that undoubtedly in the modern period arouses interest in the country to the issues of legislative regulation of the system of social interactions in society, where social arbitration becomes one of the main functional features of the state and public administration. The institute of social citizenship is directly related to public administration. It is about stable legal relations of people with the state. Through the institutions of citizenship people's ties with the State are established under the influence of its authority. Undoubtedly it is very important for the State, first of all, to know

the national interests of its people, to determine how interconnected and dependent on the interests of the peoples of the world community, to create all conditions for the realization of those interests. It should therefore be emphasized that norms that make State positions binding are formed and consolidated only through their structures and mechanisms. The state through its bodies adopts laws and other regulations and ensures their implementation by administrative and legislative means. It must be stressed however that the State has a legitimate monopoly in the exercise of that monopoly and only when necessary does it adopt a coercive approach. The purpose of the study is to show that the essence of the rule of law in state is that it organizes and supports, under certain conditions, a circle of persons professionally engaged in defining their apparatus – common needs, interests. The objectives and development of the public law of society to ensure the realization of its goals and functions, and to that end, make effective use of public administration tools. The conclusions reached by the author of the paper are based on the existing problems in the practical application of public administration tools as it is through them that the state establishes rules of conduct, fulfilling its main purpose: creating favourable conditions for the formation and development of social relations.

Keywords: public administration, subject of public administration, administrative act, administrative contract, instruments of public administration

Әдебиеттер тізімі:

1. Чиркин В.Е. Публичное управление: учебник. М., 2004. 475 с.; Усманова Р.М. «О соотношении понятий «публичное регулирование», «публичное управление» и «публичная власть» / ж. Общество: политика, экономика, право. М. 2011, № 3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/o-sootnoshenii-ponyatiy-publichnoe-regulirovanie-publichnoe-upravlenie-i-publichnaya-vlast/viewer>

2. Понкин И.В. Общая теория публичного управления: Избранные лекции / Международный институт государственной службы и управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. М., 2013. – 196 с.

3. Купряшин Г.Л. Основы государственного и муниципального управления: учебник и практикум для академического бакалавриата / Г. Л. Купряшин. М.: Издательство Юрайт, 2017. – 500 с. – Серия: Бакалавр. Академический курс.

4. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления URL: <https://www.livelib.ru/book/178849/readpart-teoriya-gosudarstvennogo-upravleniya-g-v-atamanchuk/~4>

5. Купряшин Г.Л. Сильные институты и координация политики на федеральном уровне. URL: e-journal.spa.msu.ru/images/File/2011/29/Kupryashin.pdf (дата обращения: 11.11.2023).

6. Василенко И.А. Административно-государственное управление в странах Запада: США, Великобритания, Франция, Германия: Учебное пособие. Изд. 2-е, перераб. И доп. М.: Издательская корпорация «Логос», 2001. – 200.

7. Мельник Р.С. Общее административное право Республики Казахстан: учебник: в 3 томах/ Р.С. Мельник; Алматы: LEM, 2023. – 340 с.

Reference (transliterated):

1. Chirkin V.E. Publichnoe upravlenie: uchebnik. M., 2004. 475 s.; Usmanova R.M. «O sootnoshenii ponyatij «publichnoe regulirovanie», «publichnoe upravlenie» i «publichnaya vlast'» / zh. Obshchestvo: politika, ekonomika, pravo. M. 2011, № 3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/o-sootnoshenii-ponyatiy-publichnoe-regulirovanie-publichnoe-upravlenie-i-publichnaya-vlast/viewer>

2. Ponkin I.V. Obshchaya teoriya publichnogo upravleniya: Izbrannye lektsii / Mezhdunarodnyj institut gosudarstvennoj sluzhby i upravleniya Rossijskoj akademii narodnogo hozyajstva i gosudarstvennoj sluzhby pri Prezidente Rossijskoj Federacii. M., 2013. – 196 s.

3. Kupryashin G.L. Osnovy gosudarstvennogo i municipal'nogo upravleniya: uchebnik i praktikum dlya akademicheskogo bakalavriata / G. L. Kupryashin. M.: Izdatel'stvo YUrajt, 2017. – 500 s. – Seriya: Bakalavr. Akademicheskij kurs.

4. Atamanchuk G.V. Teoriya gosudarstvennogo upravleniya URL: <https://www.livelib.ru/book/178849/readpart-teoriya-gosudarstvennogo-upravleniya-g-v-atamanchuk/~4>

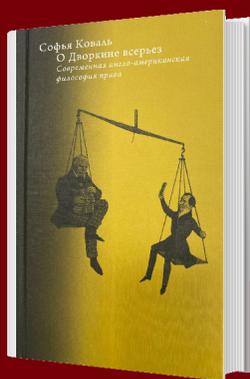
5. Kupryashin G.L. Sil'nye instituty i koordinaciya politiki na federal'nom urovne. URL: e-journal.spa.msu.ru/images/File/2011/29/Kupryashin.pdf (data obrashcheniya: 11.11.2023).

6. Vasilenko I.A. Administrativno-gosudarstvennoe upravlenie v stranah Zapada: SSHA, Velikobritaniya, Franciya, Germaniya: Uchebnoe posobie. Izd. 2-e, pererab. I dop. M.: Izdatel'skaya korporaciya «Logos», 2001. – 200.

7. Mel'nik R.S. Obshchee administrativnoe pravo Respubliki Kazahstan: uchebnik: v 3 tomah/ R.S. Mel'nik; Almaty: LEM, 2023. – 340 s.

Для цитирования и библиографии: Калишева Н.Х. Қазақстан Республикасындағы қоғамдық басқару құралдары: «адамға бағытталған формат» // Право и государство. № 4 (101), 2023. – С. 60-73. DOI: 10.51634/2307-5201_2023_4_60

Материал поступил в редакцию 23.11.2023.



НОВЫЕ КНИГИ

Коваль, Софья О Дворкине всерьез. Современная англо-американская философия права / С. В. Коваль; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом НИУ ВШЭ, 2024. – 392 с. – (Политическая теория).

ISBN 978-5-7598-2910-2 (в пер.).

ISBN978-5-7598-2883-9 (e-book).

Монография посвящена современной англо-американской философии права и, в частности, теории известного американского философа права Рональда Майлса Дворкина (1931-2013) – одного из самых известных критиков позитивистской теории Г.Л.А. Харта. Для того чтобы определить, какое место философия права Дворкина занимает в мире англо-американской традиции, автор исследует современную философию права (включая ее историю и дебаты о предмете), а также три основных этапа философии права Дворкина (теорию правовых принципов раннего этапа, интерпретивизм среднего и признание права как части политической морали позднего этапа), выделяя основные черты его теории и тестируя на принадлежность к основным направлениям: правовому позитивизму, правовому реализму, школе естественного права. Автор приходит к выводу, что философия права Дворкина хоть и содержит в себе свойства основных правовых школ англо-американской традиции, является самодостаточной и своеобразной междисциплинарной философско-правовой концепцией, которую можно обозначить как «нормативная антипозитивистская теория».

Книга адресована специалистам, студентам и кругу читателей, чьи интересы связаны с философией права, политической философией и правоведением.

ОШИБКА В ДОГОВОРЕ ВО ФРАНЦУЗСКОМ ПРАВЕ



П.Ф. ЖИЖИН,

Юрист, Tukulov Kassilgov
Shaikenov Disputes

(г. Алматы, Казахстан)

e-mail: petrzhizhin.msu@mail.ru

Противопоставление воли и волеизъявления ставит задачей любого правопорядка найти баланс между двумя правовыми ценностями: стабильностью гражданского оборота и автономией воли. А значит защита лица, совершившего ошибку¹, не может быть абсолютной – уважение его воли не должно нарушать разумных ожиданий другой стороны, что требует взвешенного подхода с юридикско-технической и политико-правовой точек зрения.

Напротив, сегодня в России и других постсоветских странах заблуждение рассматривается как маргинальное² основание недействительности, что во многом связано с отсутствием³ должного теоретического осмысления проблемы. На общеевропейском уровне также возникают сложности в поиске *common core* учения об ошибке⁴. Все это вызывает необходимость в обращении к опыту французского правопорядка, представляющего континентально-правовую традицию и имеющего развитую систему пороков согласия.

В настоящей статье анализируется развитие подходов к ошибке в договоре со времен римского права вплоть до недавней реформы обязательственного права во Франции (*объект* исследования). *Предмет* исследования ограничен рассмотрением ошибки в договоре как акте свободной воли двух лиц. *Целью* работы является выяснение необходимых условий для признания недействительности договора по причине ошибки во французском праве. *Научная новизна* работы обусловлена первым системным изложением учения об ошибке в договоре во французском праве на русском языке. Выводы автора подкреплены анализом французских доктринальных источников и судебной практики. В целом, в работе используются как общенаучные *методы*, так и частно-научные: исторический, сравнительно-правовой, нормативный.

Ключевые слова: воля, волеизъявление, сделка, договор, недействительность, ничтожность, заблуждение, французское право, римское право, сравнительное право.

© П.Ф. Жижин, 2023

¹Здесь и далее мы используем термины «ошибка» и «заблуждение» как синонимы.

²См., например: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М. 2018. С. 736. – авторы комментария А.Г. Карапетов и В.В. Байбак заключают, что статья о заблуждении «должна применяться в самых редких и вопиющих случаях».

³В качестве одной из немногих работ можно назвать: Зезекало А. Ю. Заблуждение при совершении сделки. Томск. 2011. – 196 с.

⁴Jansen N., Zimmermann R. Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules // *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, Issue 4, Winter 2011, P. 648.

1. Развитие учения об ошибке в договоре во Франции

1.1. Вариативность подходов к ошибке в договоре в римском праве

Единого учения об ошибке в договоре римское право не знало. Уровень абстракции был низок, если не сказать, что отсутствовал⁵. Между тем, казуистический метод, пользующийся особой популярностью у римских юристов, позволил им экстрагировать различные виды ошибок, основной массив которых рассматривается применительно к контрактам. Однако, есть некоторые упоминания об ошибке и в иных сделках⁶ (например, в завещании).

В процессе развития римского права подход к ошибке в договоре менялся. Изначально сакральный характер архаичных форм сделок (*mancipatio*, *sponsio*) не позволял учитывать ошибку как нарушение *consensus*. В дальнейшем, с развитием экономического оборота и появлением реальных и консенсуальных контрактов⁷ сложились предпосылки для признания заблуждения как порока.

Ошибка при совершении сделки воспринималась как нарушение согласия (*consensus*). Однако, это не значит, что воля стороны не принималась во внимание. Как отмечает Шермайер М.И., «под *consensus* римляне подразумевают общее восприятие, где есть не только осознание, но и желание совершить сделку»⁸. Таким образом, лицо, которое допускает ошибку, делает свое согласие недействительным – *non consentiant qui errent*⁹. Ошибку, которая не порождает правовых последствий сделки принято называть «препятствующей». Для недействительности сделки, совершенной с такой ошибкой необходимо, чтобы она относилась к объекту, а не к мотиву договора¹⁰.

В общем смысле, наступление ошибки¹¹ связано либо с незнанием фактов (*ignorantia facti*), либо с незнанием права (*ignorantia iuris*), которое не имело правового значения для римского права¹².

Переходя к отдельным разновидностям ошибок в факте, заметим, что большинство из них основано на прямом указании того, в чем ошибается сторона. Так, ошибка в лице (*error in persona*¹³), заключается в неправильной идентификации контрагента. Например, когда завещатель вписывает патрона вместо брата. Примечательно, что в таком случае ни один из них не будет являться наследником: брат – потому что не был записан, а патрон – за

⁵Что было предельно характерно для римской юриспруденции. (См. подробнее: Schulz F. Principles of Roman Law. Oxford: Clarendon Press. 1936. P. 43).

⁶Термин «сделка» как результат абстрагирования немецких пандектистов XIX века мы употребляем с известной долей условности, так как понятно, что римские юристы не оперировали им.

⁷Сравнивая их с архаичными формами, П. Жирар подмечает, что «им (реальным и консенсуальным контрактам – прим. П. Ж.) для действительности достаточно соблюдения существенных условий, вытекающих из их экономического назначения» (См.: Girard P. F. Manuel élémentaire de droit romain. 1918. Paris. P. 447).

⁸Шермайер М. И. Учение о заблуждении в истории европейской юридической мысли // Закон. 2015. № 9. С. 195.

⁹D. 2.1.15. – *здесь и далее цит. по*: Дигесты Юстиниана: Избр. фрагменты в пер. и с примеч. И. С. Перетерского / АН СССР, Ин -т государства и права; Отв. ред. Е. А. Скрипилев. М. 1984. – 456 с.

¹⁰Lawson F. H., Error in substantia // The Law Quarterly Review. Jan., 1936. P. 80.

¹¹Упомянем, что заблуждение может возникнуть не только из-за ошибки, но и в результате самостоятельного обмана другой стороны (*dolus in contrahendo*), представляющего, тем не менее, самостоятельное основание недействительности.

¹²Несмотря на общее правило *ignorantia iuris non excusat*, в римском праве ссылка на незнание закона в определенных случаях могла рассматриваться как «извинительное» обстоятельство (см.: Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. М. 2002. С. 67-68).

¹³D. 28.5.9.

отсутствием воли завещателя. Более деликатной предстает ошибка в природе сделки (*error in negotio*): «если я дал тебе как бы на хранение, а ты принял как бы займы, то нет ни договора о хранении, ни займа»¹⁴. Здесь недействительность стоит в зависимости от основания сделки: если она каузальная, то такая ошибка приведет к недействительности, напротив, абстрактная сделка сохранит свою действительность¹⁵.

В других же случаях подход римских юристов был отмечен определенной гибкостью в стремлении сохранить договор в силе. Речь идет об ошибке в цене (*error in pretio*). Так, если арендодатель хотел сдать имение за меньшую сумму (10), чем ошибался арендатор (20), то имение считается сданным в наем за цену, не превышающую той, о которой думал арендодатель (то есть за 10), так как «готовность платить более высокую стоимость может быть разумна воспринята за готовность платить и меньшую сумму»¹⁶. Аналогичный подход *in favorem validitatis* имеет конструкция ошибки в количестве (*error in quantitate*)¹⁷.

Однако, в случае, когда сторона ошибочно представляла другой предмет договора, нежели ее контрагент, согласие сторон *ad idem* нарушено ошибкой в предмете (*error in corpore*¹⁸). Примечательно, что ошибка в предмете может затрагивать и аспект его «оборотоспособности». Например, сторона обязалась продать священные земли или свободного человека, которые не могут быть объектами частных прав – понятно, что такая сделка будет ничтожной, а удовлетворение кредитор получит через иные конструкции¹⁹.

Продолжая рассуждения об ошибке в предмете, Ульпиан задается знаменитым вопросом: «если нет заблуждения относительно предмета, но имеется заблуждение о *substantia*, например если продан уксус вместо вина, медь вместо золота, свинец вместо серебра или что-либо другое, подобное серебру, то имеется ли купля и продажа?»²⁰. Сам Ульпиан отвечает отрицательно на этот вопрос, его поддерживают Юлиан²¹ и Павел²².

В данном случае речь идет об *error in substantia*, которая связана с существенной характеристикой предмета договора. Едва ли не каждая научная работа по теме ошибки в договоре указывает на неопределенность понимания *error in substantia* в римском праве²³. Известную сложность вызывает определение понятия *substantia*, на истинный смысл которого падает тень интерполяционной критики названного фрагмента²⁴. Представляется, что попытка философского объяснения используемых в D.18.1.9. категорий не способна привести к осмыслению их правового значения. Как отмечает Полдников Д.Ю., «римские

¹⁴D. 12.1.18.1.

¹⁵Дождев Д. В. Римское частное право: учебник. 3-е изд. М. 2018. С. 163.

¹⁶D. 19.5.52.

¹⁷D. 45.1.1.4.

¹⁸D. 18.1.9.

¹⁹Vareilles-Sommières G. Étude sur l'erreur en droit romain et en droit français. Paris. 1871. P. 93.; Например, через *in integrum restitutio ob errorem*, появившуюся в преторском праве (См.: Giffard. A. E. Droit romain et ancien droit français: Les obligations. 1958. Paris. P. 219.).

²⁰D. 18.1.9.2.

²¹D. 18.1.41.1.

²²D. 18.1.10.

²³См., например: Гордли Дж. Ошибка при заключении договора («Вестник гражданского права», 2009, № 4) // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴Более того, С. MacMillan пришла к выводу, что вышеназванные фрагменты Юлиана и Павла, которые «подтверждают» мнение Ульпиана, подверглись манипуляциям компиляторов, так как «в том виде, в каком они приведены в Дигестах, они являются вырванными из контекста». (См.: Catharine MacMillan. Mistakes in Contract law. 2010. P. 22).

юристы не углубляются в смысл используемых понятий и зачастую используют их не в том значении, которое им придавали философы»²⁵.

Если же обратиться непосредственно к содержанию цитируемого фрагмента, можно заметить, что из большинства примеров, содержащихся в *D. 18.1.9.2* явствует явная *несоответственность* ценности изначально предполагаемого предмета договора и ошибочно установленного (например: золото – медь, серебро – свинец). В связи с этим можно согласиться с мнением Р. Циммермана, который связывает учение об *error in substantia* с желанием Ульпиана заполнить недостаточность средств правовой защиты покупателя в классический период²⁶.

Однако Ульпиан указывает²⁷ на отсутствие различий в *substantia* девушки и женщины, так как они одного пола, поэтому возникает вопрос: будет ли ошибка в *substantia* в случае, если я хотел купить молодого и здорового раба, а ты думал, что продаешь старого и болезненного? Видится, что в данном случае речь будет идти об ошибке в качестве (*error in qualitate*²⁸), которая наряду с ошибкой в названии (*error in nomine*²⁹) не влияют на действительность сделки, так как касаются только мотивов, между тем, «мотив индифферентен для права до тех пор, пока он не находится в содержании договора»³⁰.

Таким образом, в римском праве ошибка рассматривается как нарушение согласия, влекущее ничтожность договора. Вариативность подходов проявляется в одновременном существовании различных критериев выделения препятствующей ошибки: отсутствие согласия *ad idem* (ошибка в предмете, ошибка в лице); направленность воли лица (ошибка в цене, ошибка в количестве); относимость к существенной характеристике предмета (*error in substantia*).

1.2. Развитие учения об ошибке в договоре в дореволюционном французском праве

Теперь, когда установлен исторический исход конструкции ошибки в договоре, следует продолжить её рассмотрение применительно к французскому праву. Основной вопрос здесь будет лежать в плоскости тех изысканий европейской правовой мысли, которые определили содержание *Code Civil des Français* (далее – *С.С.*, Кодекс) относительно ошибки в соглашении.

Симптоматично, что, как и в римском праве, древние формы контрактов во франкском обществе основывались на строгом формализме, поэтому ошибка, равно как и насилие, не имели значения для действительности договора³¹. Однако уже к XIII веку, под влиянием

²⁵Полдников Д. Ю. Формирование учения о договоре в правовой науке Западной Европы: XII – XVI вв.: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.01. Москва, 2016. С. 93.

²⁶Zimmermann R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town: Juta, 1990. P. 594.

²⁷*D. 18.11.1.*

²⁸*D. 18.1.10.*

²⁹*D. 18.1.9.1.*

³⁰Zimmermann. R. *Op. cit.* P. 597.

³¹Brissaud J. В. *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*. 1904. P. 1393.; Примечательно, что подобный подход отразился и в знаменитой фразе Антуана Луазеля, юриста XVI века: «On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles» – волы связываются рогами, а люди словами. (Loysel A., *Institutes coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses reigles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France*. Paris. 1607. P. 670). В схожем направлении мыслит Г. Гроций разработавший «теорию доверия», которая связывает человека его волеизъявлением, но исходит она уже не из предостерегательного «слово – не воробей, вылетит – не поймаешь», а из теории достоверности внешнего знака, то есть доверия к выраженной воле индивида (См. подробнее: Шермайер М. И. Указ. соч. С. 199).

различных философских течений был разработан ряд положений, представляющих интерес для учения об ошибке.

Речь идёт о первых комментаторах, которые работая с корпусом римских источников и используя схоластическую методологию придали новый смысл ошибке в существе вещи. На римские правила начали накладывать античную философию, что определило дальнейшее развитие учения о договоре в целом. Так, если Ульпиан в качестве исключения признавал действительной продажу вина, которое затем скисло и превратилось в уксус³², то для Аристотеля именно существенное качество определяет то, чем является вещь. Если уксус образовался из вина и материя всё ещё едина, то *сущность* тем не менее остаётся разной³³.

Таким образом, Продолжая аристотелевский подход, комментатор Бартол заметил, что существо вещи определяется не материально, а через призму конкретных целей и намерений сторон, заключающих договор³⁴. Иными словами, при покупке поля мы намерены приобрести не грунт и траву, а плодоносящий участок. То есть для определения существа вещи имеет значение не материальный аспект, а целевой (назначение вещи, которое определяется намерениями сторон).

Вместе с тем, в отличие от римского права, средневековые юристы рассматривают ошибку не как нарушение согласия, а как нарушение *автономии воли*. Корни такого подхода находятся в каноническом праве и схоластическом учении. На примере ошибки в брачном договоре Ф. Аквинский сформулировал теорию вменения (атрибуции), в соответствии с которой вменить можно только то действие, которое является добровольным и совершено без ошибки в восприятии³⁵.

С этим связано и рассмотрение в качестве принципиального критерия *каузальности*, который ставит возможность оправдать ошибку в зависимости от знания лица о действительных обстоятельствах дела. То есть принимается во внимание неведение, предшествующее ошибке (*ignorantia antecedens*): если лицо не совершило бы действие, знай оно о истинных обстоятельствах дела, то неведение оправдано *vice versa*³⁶.

Широко распространённое во Франции направление гуманистов-антикваров не привнесло ничего нового в учение о договоре. В то время как направление гуманистов-систематизаторов предприняло попытки создания общей части договорного права. Так, француз Доннел поместил заблуждение в систему «внешних обстоятельств, которые порождают разногласие в том, о чём ведут переговоры, и о том, что препятствует договору»³⁷.

Таким образом, под воздействием средневековых правовых школ и канонического права ошибка стала рассматриваться как нарушение автономии воли, а подход к существу вещи сменился с римского материального, на схоластический – субъективный, что было воспринято юристами французской национальной школы.

³²D. 18.1.9.2.

³³Gordley J. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Clarendon Press. 1991. P. 58.

³⁴Gordley J. Op. cit. P. 60.

³⁵R. Sefton-Green. Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law. Cambridge University Press, 2005. P. 48-49.

³⁶Шермайер М. Й. Учение о заблуждении в истории европейской юридической мысли. // Закон. 2015. № 9. С. 197.

³⁷Donellus H. Comm., 12.7.6. (Приведено по: Полдников Д. Ю. Формирование учения о договоре в правовой науке Западной Европы: XII – XVI вв.: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.01. Москва, 2016. С. 425).

1.3. Французская национальная школа и Кодекс 1804 г.

В XVII-XVIII вв., с принятием принципа *консенсуализма* появилась потребность в определении влияния ошибки на согласие стороны³⁸. Один из первых систематизаторов французского права, Ж. Дома (Domat) рассматривал заблуждение как отсутствие согласия (*defaut de consentement*)³⁹. Он не раскрывает всего перечня ошибок, упоминая об ошибке в существе сделки, расчёте и каузе⁴⁰.

Особенно любопытен подход Дома к ошибке в каузе, где заблуждение относительно существенного основания сделки является достаточным для её аннулирования, в то время как если сторона допустила ошибку в отношении второстепенного основания, то соглашение сохраняет действительность. Далее он поясняет: «те, кто заключили сделку в целом, не могут жаловаться на то, что допустили ошибку в чем-то отдельном»⁴¹. Однако, выводы Дома не оригинальны, его предшественник, поздний схоласт Лессий также разделял ошибки в существенной и второстепенной каузе⁴².

Концептуальное развитие получила ошибка в мотиве. М. Прево де ла Жаннес (Prévôt de la Jannès), другой юрист того времени, хоть и говорит, что ошибка в мотиве не влечёт недействительности по общему правилу, но выделяет два необходимых условия, при которых она приводит к аннулированию соглашения⁴³: а) об ошибке известно другой стороне; б) то, в отношении чего сторона допустила ошибку являлось специальным условие договора.

Отдельного внимания заслуживает работа *Traité des obligations* Роберта Потье, который окончательно выстроил стройную систему пороков согласия и дифференцировал правовые эффекты различных ошибок⁴⁴. Не давая перечня всех ошибок, Р. Потье, в отличие от своих предшественников, возвращается к римской оппозиции ошибки в предмете и существе соглашения.

Так, «ошибка аннулирует соглашение не только тогда, когда она относится к самой вещи, но и когда она затрагивает качество вещи, которое договаривающиеся стороны особенно оговорили и которое составляет сущность этой вещи»⁴⁵. В таком случае нет согласия о существенных признаках предмета, а значит, договор будет недействительным. С другой стороны, порок воли отсутствует, если ошибка относится только лишь к второстепенному качеству вещи (например, непредвиденная потёртость обложки на купленной книге⁴⁶).

Следуя схожей логике, Р. Потье предлагает признавать за ошибкой в лице последствия недействительности только в случае, если определённое лицо имело значение для заключения договора⁴⁷. Здесь речь идёт не о мотиве лица, а о существовании конкретного правоотношения (например, совершенно неважно, кто именно доставит купленный товар, однако, важно, кто напишет картину под заказ).

Таким образом, несмотря на внешне субъективный критерий установления ошибки, введя конструкции «качества, которое составляет сущность вещи» и «лица, которое имеет-

³⁸Ghestin J. La notion d'erreur dans le droit positif actuel: Thèse pour le doctorat... Paris. 1963. P. 14.

³⁹Jean Domat. Les lois civiles dans leur ordre naturel. 1689. P. 32.

⁴⁰Ibid. P. 140.

⁴¹Ibid. P. 140.

⁴²Gordley J. The Philosophical Origins. P. 89.

⁴³М. Prévost de la Jannès. Les principes de la jurisprudence françoise, exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se pour suivent en justice. Paris. V.2. 1701 (1770). P. 136.

⁴⁴MacMillan C. Op. cit. P. 96.

⁴⁵Pothier R. J. Traité des obligations. 1761. V. I. P. 92.

⁴⁶Ibid. P. 93.

⁴⁷Ibid. P. 93.

значение для заключения договора» Р. Потье воспринял идею⁴⁸ о привнесении объективного фактора в определение заблуждения. К сожалению, великий французский юрист не оставил подробных критериев определения существа вещи, что проявляет недостаток данного подхода, так как «люди не тратят время на выяснение вопроса о том, какие из различий образуют различия в «сущности»⁴⁹.

Концепция ошибки Р.Ж. Потье была широко поддержана в ходе Подготовительных работ к Кодексу⁵⁰ и легла в основу ст. 1110 С. С.⁵¹: «Заблуждение является основанием недействительности соглашения лишь тогда, когда заблуждение относится к самому существу вещи, которая является предметом соглашения. Заблуждение не является основанием недействительности, если оно касается лишь лица, с которым намереваются заключить акт, кроме тех случаев, когда соображение о личных свойствах этого лица является основной причиной соглашения».

Подводя итог, можно заметить, что в XIII-XVIII вв. были предприняты попытки выделить универсальные критерии ошибки, влекущей недействительность (каузальность, существенность). Между тем, под воздействием идей естественного права юристы французской национальной школы восприняли субъективную концепцию ошибки в существе, что и было отражено в Кодексе.

2. Понятие ошибки в договоре во французском праве

2.1. Теория воли и ошибка в договоре

По замечанию М. Пластиоля «невозможно дать чёткую дефиницию ошибки, под которой в широком смысле понимается ложное представление о действительности»⁵². Особенность заблуждения проявляется в расхождении между внутренней волей и её внешним выражением (волеизъявлением), на которое полагаются добросовестные участники оборота. Такая латентность позволяет говорить об ошибке как о наиболее сложном пороке согласия (*vice de consentement*).

Дореформенная⁵³ статья 1108 С. С. называет в качестве реквизита действительности (*validité*) соглашения «согласие стороны, которая обязывается». Важно отметить, что в вопросе согласия французское право отводит центральное место именно внутренней воли человека, рассматривая волеизъявление лишь как «способ экстерииоризации для третьих лиц»⁵⁴. Более того, некоторыми авторами отмечают, что следует учитывать только состояние

⁴⁸Рефлексируя на подход Г. Гроция, признававшего любой дефект воли значительным, С. Пуфендорф, Ж.Барбейрак и К. Вольф стремились ограничить чисто субъективный критерий причинного характера ошибки с помощью объективных критериев для определения значимости отдельных ошибок. (См: R. Sefton-Green. Op. cit. P. 56).

⁴⁹Гордли Дж. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁰Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Par P.-A. Fenet,... – 1836. Т. 13. pp. 172, 223, 421.

⁵¹фр.: «L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention».

⁵²Planiol M. Traité élémentaire de droit civil. Т. 2: Obligations. Contrats. Sûretés réelles / Revu et complété par Georges Ripert; Avec le concours de Jean Boulanger. 2-me ed. Paris.1947. P. 72.

⁵³Далее по общему правилу будут использоваться пореформенные номера статей, имея в виду недавнюю реформу французского обязательственного права; дореформенные статьи указываются особо. См. подробнее: Маковская А.А. Реформа договорного права во Франции. Новые положения Гражданского кодекса Франции // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. С. 76–101.

⁵⁴Planiol M. Traité élémentaire de droit civil. Т. 2. P. 67.

души (*l'état d'esprit*) стороны, которая совершила ошибку, а добросовестность или недобросовестность его партнёра не имеют значения⁵⁵.

Между тем теория воли активно критикуется⁵⁶. Ж. Карбонье отмечает, что «данное положение поощряет психологические преувеличения и отводит внимание учёных от изучения внешнего выражения согласия, приоритет которого является более объективным и общественно полезным подходом»⁵⁷. В этой связи, начиная со второй половины XX века отмечается тенденция «придания большей гибкости»⁵⁸ (читай: ослабления) теории автономии воли. Поэтому в настоящее время выработался компромиссный подход, в соответствии с которым устанавливается презумпция совпадения декларируемой и действительной воли, однако в случае выявления их несовпадения, внутренняя воля преобладает, так как «нельзя принять выражение воли, которое не подкрепляется истинной волей»⁵⁹.

В то же время, воля стороны продолжает иметь первостепенное значение в случаях, когда на неё повлияли извне, так, ошибка, вызванная обманом, всегда является извинительной, а значит влечет недействительность договора (ст. 1139 С. С.). Упомянем, что ошибку и обман роднит общая категория незнания, которое может быть спонтанным – ошибка в узком смысле – или спровоцированным (обман). С другой стороны, ошибку необходимо отличать от простого незнания, так как в отличие от последнего она поражает волю: «соглашается, потому что думает, что знает, но ошибается»⁶⁰.

Таким образом, несмотря на уход от радикального понимания теории воли, французское право продолжает отдавать предпочтение внутренней воли лица в вопросах недействительности⁶¹. В этой связи можно предположить, что *ошибка в волеизъявлении*⁶² не выделяется в качестве самостоятельной разновидности ошибки во французской доктрине именно из-за определяющего значения воли, а не волеизъявления.

2.2. Разновидности ошибок в договоре

Известное римскому праву деление на ошибки в факте и ошибки в праве нашло своё закрепление в Code civil лишь после 2016 года. Разумеется, в доктрине известная дихотомия обсуждалась и ранее, однако, указывалось, что ошибка в праве приводит к ничтожности только если она привела к фактической ошибке в предмете соглашения⁶³. Так, ошибка в праве касается «психологического происхождения ошибочного представления в объекте,

⁵⁵Bénabent A. Droit civil. Les obligations. Paris. 2010. P. 60.

⁵⁶См. подробнее: Gounot E. Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse, Dijon, 1912.

⁵⁷Carbonnier J. Droit civil. T. 4: Les obligations. 12. ed. Paris.1985. P. 71-72.

⁵⁸Cabrillac R., Lécuyer H., Nammour F... Droit des obligations: Droit français. Droit libanais. Perspectives européennes et internationales. Paris. 2006. P. 18, 20.

⁵⁹Terré F., Simler Ph., Lequette Y. et Chénéde F. Droit civil. Les obligations. Dalloz, 12e éd., 2018. P. 184.

⁶⁰Demolombe C., Cover F. Cours de code Napoléon: Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Lahure, 1882. T.1. P. 85.

⁶¹В отличие от правопорядков civil law, английское право в вопросе заблуждения отдает приоритет интересам третьих лиц, страдающих от ошибки контрагента (См. подробнее: Kötz H. European Contract Law. 2 ed. Oxford, 2017. P. 176); продоговорный подход воспринят и в PECL, ограничивающий недействительность по причине заблуждения случаями фундаментальной и двусторонней ошибки (См.: Jansen N., Zimmermann R. Contract Formation and Mistake... // Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, Issue 4, Winter 2011, P. 648).

⁶²Конструкция которой нашла свое отражение, например, в ст. 4:104 PECL – режим доступа: https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/

⁶³Ripert G., Boulanger G. Traité de droit civil: d'après le traité de Planiol, V. 2. Paris. 1956. P. 40.

что вызывает существенную ошибку и становится причиной недействительности»⁶⁴.

Согласно классическим подходам, дефект, затрагивающий согласие хотя бы одной из сторон поражает соглашение в целом⁶⁵. Поэтому деление ошибок на односторонние и двусторонние имеет весьма ограниченное применение во французском праве⁶⁶, исключением является разве что доктрина совместной ошибки (*l'erreur commune*)⁶⁷.

Однако конституирующий критерий классификации ошибок заключается в их влиянии на действительность договора. По этому основанию ошибки традиционно делят на три группы⁶⁸. Во-первых, это ошибки, наличие которых не позволяет заключить договор – препятствующие ошибки (*l'erreur-obstacle*). Во-вторых, ошибки, которые для признания их относительной недействительности должны соответствовать установленным критериям (*l'erreur nullité*). Третья же группа ошибок вообще безразлична для права (*l'erreur indifférente*).

Далее мы последовательно рассмотрим каждую из названных разновидностей ошибок.

2.2.1. Препятствующая ошибка (*l'erreur-obstacle*)

Несмотря на то, что Кодекс не упоминает о данном типе ошибок, они подспудно выводятся из общих положений договорного права. Препятствующая ошибка не может породить согласия, так как в действительности, воля сторон направлена на разное, что противоречит определению договора (ст. 1101 С.С.) как согласию двух волей.

Однозначно препятствует соглашению *ошибка в природе договора* (*l'erreur sur la nature du contrat*), например, когда один хочет взять в аренду, а другой думает, что продаёт. Однако признание договора незаключённым может привести в некоторых случаях к несправедливым последствиям. Поэтому, если ошибка не является извинительной, судья может сохранить договор или расторгнуть его с возмещением убытков⁶⁹.

Вместе с тем, ошибку в природе договора не стоит путать с ошибкой в квалификации договора, критерием разграничения которых служит определённость сторон в отношении последствий заключаемого ими договора⁷⁰. Известная проблема, когда контрагенты полностью определили содержание обязательства, но по каким-то причинам использовали в «шапке» название другой договорной конструкции, что само по себе не означает ошибку в природе договора.

⁶⁴Ghestin J. Op. cit. P. 57.

⁶⁵Ibid. P. 169.

⁶⁶В то время как ст. II. – 7:201 DCFR (режим доступа: https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/) и ст. 4:103 PECL предусматривают двустороннюю ошибку в качестве отдельного основания недействительности.

⁶⁷Так как односторонняя ошибка позволяла расторгнуть договор даже с добросовестным контрагентом, была разработана доктрина общей ошибки, учитывающей одновременную ошибку обеих сторон при заключении договора. Например, покупатель не сообщил продавцу о желаемом существенном качестве, полагая, что он и так знает об этих качествах – в этом случае речь идет о общей ошибке, что уменьшает размер ответственности продавца (См. подробнее: Demolombe C., Cover F. Op. cit. T.1. P. 97).

⁶⁸Carbonnier J. Op. cit. P. 90.

⁶⁹Demogue R. Traité des obligations en général. T. 1. Paris. 1933. P. 412.

⁷⁰Terré, Simler, Lequette... Op. cit. P. 311.

Если каждая из сторон имеет в виду разные предметы договора, то имеет место *ошибка в обозначении объекта* (*l'erreur sur la désignation de l'objet*)⁷¹. Например, когда сторона, «желая купить единый земельный участок с фруктовым садом, но имея на руках старую карту местности, заключила договор о покупке нескольких маленьких участков, пересечённых общественной дорогой»⁷². В данном случае Кассационный суд, не рассматривая вопрос о вине покупателя, признал наличие препятствующей ошибки, так как отсутствует согласие сторон в обозначении объекта. Особой разновидностью ошибки в обозначении объекта является ошибка в цене – пример, активно препарируемый в научной литературе, – когда продавец думал, что продаёт за 500 новых франков, а покупатель за 500 старых франков⁷³.

В недавнем прошлом⁷⁴ третьим видом препятствующей ошибки называли *ошибку в каузе* (*l'erreur sur la cause*), которая препятствует заключению договора, так как согласно дореформенной ст. 1108 «дозволенная кауза» являлась обязательным условием действительности соглашения. Классическую интерпретацию данной ошибки можно найти в знаменитой работе А. Капитана, который говорит об ошибке в каузе как об ошибке в «желанной цели», которая должна относиться к существенному элементу договора⁷⁵.

При этом Капитан придаёт ошибке в каузе значение общей категории по отношению к ошибкам, названным в дореформенной ст. 1110 (в существе вещи, в лице)⁷⁶. Однако не совсем прозрачны цели такого усложнения конструкции: зачем выводить категорию ошибки в каузе, которая совпадает своим объёмом с ошибками, указанными в ст. 1110 старой редакции? Можно предположить, что ошибка в каузе, являясь продолжением доктрины каузы обязательства, была предусмотрена для потенциальных случаев отсутствия соответствующих видов легально закреплённых ошибок.

С другой стороны, ошибка в каузе имела собственную сферу применения. Например, отец, считая, что его единственный сын погиб на войне, жертвует значительную часть своего состояния на благотворительность⁷⁷ – в данном случае заблуждение отца приводит к ложной каузе (*la fausse cause*), влекущей ничтожность соглашения. Примечательно, что вопреки внешнему отказу от доктрины каузы в пореформенном тексте появилось положение, которое фактически сохраняет ошибку в каузе: недействительной признаётся безвозмездный договор (*libéralité*), если в отношении мотива, в отсутствие которого её автор не распорядился бы, была допущена ошибка (абз. 2 ст. 1135 С. С.), поэтому решение примера с отцом-благотворителем будет аналогичным и в настоящее время.

Вместе с тем, в научной литературе поднимается проблема соотношения ложной каузы и ошибки в существенных качествах вещи. Основной вопрос стоит здесь в плоскости объёма доказывания по иску о недействительности в обоих случаях. Так, Ж. Гестен отмечает, что для доказательства ложной каузы достаточно отсутствия свободного намерения лица,

⁷¹Отметим, что в 2016 году были внесены изменения в Code de la consommation, которые предусматривают запрет «рекламы, сравнивающей товары или услуги путем явной или неявной идентификации с товарами конкурента, если такая реклама может ввести сторону в заблуждение» (ст. L122-1), что, несомненно, предохраняет потребителей от ошибки в обозначении объекта.

⁷²Cass., civ. 3, du 1 février 1995, 92-16.729, Publié au bulletin.

⁷³Cass., comm., du 14 janvier 1969, Publié au bulletin; В 1960 году произошла деноминация французского франка в соотношении 100 старых франков к одному новому.

⁷⁴После реформы 2016 года французский законодатель отказался от доктрины каузы обязательства (о причинах отказа см. подробнее: Terré F. Pour une réforme du droit des contrats. Paris. 2009. pp. 310).

⁷⁵Capitant H. De la cause des obligations: contrats, engagements unilatéraux, legs. 3-ème éd. Paris. 1927. P. 222.

⁷⁶Ibid. P. 223.

⁷⁷Carbonnier J. Op. cit. P. 90.

находящегося в психологической сфере, в то время как ошибка в существенных качествах вещи требует установления гораздо более объективных критериев⁷⁸. Поэтому неудивительно, что законодатель сохранил ошибку в каузе в ограниченном виде, только для безвозмездных договоров⁷⁹.

Таким образом, видится, что проблема ошибки в каузе может быть разрешена через обращение к критерию *существенности*, который, во-первых, направлен на защиту добросовестных участников оборота, и, во-вторых, не требует специальных теоретических суррогатов.

2.2.2. Ошибка в существенных качествах

Вторая группа ошибок порождает недействительность договора (*l'erreur nullité*). Уже первоначальная ст. 1110 С. С. упоминает об *ошибке в существенных качествах вещи* (*l'erreur sur la substance de la chose*). Однако, как и в римском праве, возникает сложность с правовым определением понятия существенных качеств.

Как отмечалось выше, вслед за Р.Ж. Потье французский Кодекс воспринял *субъективную концепцию* ошибки в существе, которая для определения существенных качеств вещи предлагает обратиться к намерениям лица: «те качества, которые побудили волю сторон»⁸⁰; «то, без чего стороны не заключили бы договор»⁸¹. Её антиподом предстаёт материальная концепция, поддерживаемая, например, Ш. Обри и Ш. Ро: «существенные качества – это те свойства, совокупность которых определяет специфическую природу вещи, отличающую ее от всех других»⁸².

По замечанию Ж. Карбонье, мы говорим именно о существенных качествах вещи⁸³, а не о предмете договора, которые, в отличие от последнего, относятся не к объективному и материальному, а субъективному и психологическому⁸⁴. Так, уже в начале XX века судебная практика распространила положения об ошибке в существе вещи на всё, что «при заключении договора представляло природу того, без чего стороны не заключили бы его»⁸⁵.

Указанная максима судебной практики основана на учении об ошибке в определяющем мотиве (*l'erreur sur les motifs déterminants*), которое представляет собой ограничение «палитры» мотивов лица. Определяющим является лишь тот мотив, который относится к такому объекту обязательства, без которого стороны не заключили бы договор, в то время как личные мотивы лица, не относящиеся к предмету договора не позволяют признать соглашение недействительным⁸⁶.

⁷⁸Ghestin J. Op. cit. P. 275.

⁷⁹Так как одной из ключевых целей реформы 2016 годы является «укрепление привлекательности французского права (очевидно, для коммерческого оборота – прим. П. Ж.)» (См.: *Projet de loi ratifiant l'ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016* // <http://www.assembleenationale.fr/14/projets/pl3928.asp/>), что требует расширения гарантий правовой определенности.

⁸⁰Josserand L. Cours de droit civil positif français: conforme aux programmes officiels des facultés de droit. V. 2. Paris. 1930. P. 36.

⁸¹Ripert G., Boulanger G. Op. cit. P. 66

⁸²Aubry C. Rau C. Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae. T. 4. Paris. 1897. P. 296.

⁸³Упоминание об ошибке в существе «вещи» было выбрано не совсем удачно, его предлагалось заменить на более абстрактное *prestation* (фр.) – содержание обязательства (См.: Ghestin J. Op. cit. P. 45), что и было сделано в новой ст. 1132 С. С.: «les qualités essentielles de la prestation due».

⁸⁴Carbonnier J. Op. cit. P. 90.

⁸⁵Cass., civ., 28 janvier 1913, S. 1913. 1. 487.

⁸⁶Ripert G., Boulanger G. Op. cit. V. 2. P. 70.

Для того, чтобы ошибка в существенных качествах привела к недействительности достаточно ошибки одной из сторон, однако важно, чтобы другая сторона знала о том, что поражённое ошибкой качество было решающим для контрагента. Так, ст. 1133 С. С. определяет существенными качествами только те, которые прямо или по умолчанию (*tacitement*) согласованы и с учётом которых стороны заключили договор. Таким образом, распознаваемость качества (*qualité convenue*) позволяет добросовестному контрагенту принять конкретное качество как существенное и уточняет критерий определяющего мотива.

Определение ошибки в существе зависит от конкретных обстоятельств дела, когда судье предстоит понять, а истцу доказать, что он обратил внимание своего контрагента на то решающее значение, которое он придаёт конкретному обстоятельству (распознавание ошибки *in concreto*). Например, предмет договора между журналистом и издателем предполагает написание документальной книги про врача, которого журналист знал лично, однако, как выяснилось после заключения договора, журналист солгал о своём знакомстве с врачом⁸⁷. В этой ситуации суд обосновано признал наличие ошибки в существе вещи, так как написание документальной книги предполагало личное знакомство с доктором.

В то же время, в определённых случаях, выработанных практикой, поиск того, что являлось определяющим качеством для стороны, ведётся *in abstracto*: для среднестатистического человека при сопоставимых условиях. Как правило, речь идёт о произведениях культуры, когда подлинность, эпоха, стиль и т.п. с очевидностью являются определяющими и существенными условиями покупки⁸⁸. Ярким примером служит знаменитое *дело Poussin*⁸⁹, в котором Кассационный суд признал ошибку в существе вещи за продавцом, который на момент заключения договора чётко выразил, что продаваемая картина неоригинальная, однако, после покупки картины покупатель сделал экспертизу по результатам которой выяснилось, что картина являлась оригинальной⁹⁰.

Таким образом, волюнтаристская субъективная концепция ошибки в существе вещи уточняется («ограничивается») критериями определяющего мотива и распознаваемости. Поэтому можно отчасти согласиться с тем, что с точки зрения практических последствий субъективный и материальный подходы не так далеки друг от друга: «субъективно определяющее качество – это, как правило, объективно существенное качество»⁹¹.

Однако есть особый случай ошибки в существенных качествах, где разница между субъективным и материальным подходом более очевидна. Речь идёт об *ошибке в лице* (*l'erreur sur la personne*) или, как говорит пореформенный текст С.С., ошибке в существенных качествах лица. Статья 1134 С. С. предусматривает, что ошибка в существенных качествах лица является основанием недействительности только в том случае, если договор был заключён именно исходя из соображений присутствия конкретного лица.

Это законоположение соответствует доктринальным подходам, которые для признания ошибки в лице требуют, чтобы конкретное лицо представляло собой «основной или определяющий мотив соглашения»⁹². Таким образом, суд должен убедиться, что сторона не была бы обязана, если бы не допущенная ошибка⁹³. Сама ошибка может касаться как физического определения конкретного человека, так и его определённых качеств. Причем

⁸⁷Cass., civ. 1, du 11 octobre 1989, 88-14.220, Publié au bulletin.

⁸⁸См. *подробнее*: Bénabent A. *Op. cit.* P. 63.

⁸⁹Cass., civ. 1, du 22 février 1978, 76-11.551, Publié au bulletin.

⁹⁰Отдельного внимания заслуживает вопрос добросовестности и осмотрительности профессионального покупателя (Музей Лувра), который рассматривается в Главе 3 настоящей работы.

⁹¹Terré, Simler, Lequette... *Op. cit.* P. 317.

⁹²Aubry C. Rau C. *Op. cit.* T. 4. P. 297.

⁹³Ghestin J. *Op. cit.* P. 235.

качества могут быть как относительно легко устанавливаемые (профессиональные), так и более пристрастные: честность⁹⁴, репутация⁹⁵ и т.д.

Справедливо возникает вопрос о том, может ли платёжеспособность лица являться существенным качеством для ошибки в лице? Для того, чтобы ошибка в платёжеспособности стала причиной недействительности необходимо соблюдение двух условий⁹⁶: а) ошибка касается платёжеспособности на тот момент, когда лицо должно выполнить обязательство (только это соображение может оказать решающее влияние на согласие контрагента); б) неплатёжеспособность была определена во время заключения договора (в противном случае возникает непредсказуемость, а не ошибка).

Сфера применения ошибки в лице весьма широка и определяется исходя из заключения договора *intuitu personae*, с учётом личности лица. К этой категории относится ряд возмездных договоров: договор оказания услуг (медицинских, исполнительских услуг), договор поручения, договор товарищества и пр.; и большинство безвозмездных договоров (дарения, пожертвования и пр.)⁹⁷.

Таким образом, ошибка в существенных качествах вещи и ошибка в лице должны отвечать схожим критериям: относиться к качествам, введенным в договорные отношения на момент заключения договора (*распознаваемость*), которые должны представлять собой *определяющий мотив* соглашения.

2.2.3. Индифферентная ошибка

Третья группа состоит из ошибок, которые либо не влекут недействительность вовсе, либо не влекут её по общему правилу. Как следует из вышеизложенного, не влечёт недействительность ошибка в *несущественном* качестве вещи и ошибка в лице, когда определенное лицо *не имело значения* для соответствующего договора.

Так или иначе, основной массив индифферентных ошибок обнимается понятием *ошибки в мотиве* (*l'erreur sur le motif*), то есть в субъективных намерениях лица. Как замечает Р. Демог (Demogue), правопорядок отказывает в признании последствий недействительности за такими ошибками по двум причинам: «во-первых, для обеспечения соблюдения соглашений, и, во-вторых, в целях недопущения чрезмерного количества случаев недействительности»⁹⁸.

Чтобы достичь второй цели достаточно полностью отказать в признании ошибки в мотиве. Действительно, «человек должен использовать свою свободу на свой страх и риск»⁹⁹, а «защищая слишком легко волю некоторых, мы не будем учитывать волю остальных»¹⁰⁰. Однако, с другой стороны, едва ли такой ригоризм позволит сохранить баланс справедливости.

Именно в противопоставлении этих двух политико-правовых оснований французская доктрина и судебная практика пришли к выводу о том, что ошибка в мотиве, который не был объективирован явным условием договора, не может являться основанием недействительности¹⁰¹. Соответственно, мотив должен быть введен в договорное поле («*entrer dans le*

⁹⁴Cass. civ. 2ème, du 13 avril 1972, n 70-12.774.

⁹⁵Cass. com., du 19 novembre 2003, n 01-01.859.

⁹⁶Ghestin J. *Op. cit.* Paris. 1963. P. 244.

⁹⁷Bénabent A. *Op. cit.* P. 61.

⁹⁸Demogue R. *Traité des obligations en général*. T. 1. Paris. 1933. P. 387.

⁹⁹Vareilles-Sommières G. *Étude sur l'erreur en droit romain et en droit français*. Paris. 1871. P. 172

¹⁰⁰Ibid.

¹⁰¹См: Cass., civ. 1, du 13 février 2001, 98-15.092, Publié au bulletin.

champ contractuel»), причём «чем сильнее субъективность элемента, к которому относится ошибка, тем больше нужно доказать стремление к объективации в договоре»¹⁰².

Таким образом, в отличие от традиционного подхода, предложенного Р.Ж. Потье, недостаточно того, чтобы мотив был случайно известен партнёру по договору. Напротив, стороны должны явно сделать его определяющим фактором в своём согласии (например, путём оговорки или через специальное условие договора)¹⁰³.

В одном из ключевых дел по рассматриваемой проблеме покупателя, приобретая квартиры в жилом комплексе, рассчитывали на возможность получения в будущем парковочного места на специальном налоговом режиме, что позволило бы сэкономить им на оплате парковки. Данная информация содержалась в рекламной брошюре. Однако Кассационный суд отказался признавать заявленную покупателями ошибку в существе вещи, «так как информация из рекламной брошюры является внешней по отношению к объекту договора и не может быть, за отсутствием специальных оговорок, причиной недействительности, даже если это основание было бы решающим в качестве элемента договора»¹⁰⁴.

Между тем, новая ст. 1135 С. С. устанавливает, что ошибка в мотиве, не относящемся к существенным качествам содержания обязательства или контрагента, не является причиной недействительности, если только стороны прямо не сделали этот мотив определяющим фактором своего согласия. То есть ошибка в мотиве, которая относится к существенному качеству, приводит к недействительности даже в том случае, если мотив не был объективизирован в договоре.

Ошибка в стоимости (l'erreur sur la valeur) возникает при неверной оценке стоимости объекта договора. Статья 1136 С. С. позволяет признать недействительность договора из-за такой ошибки только тогда, когда она сопряжена с ошибкой в отношении существенных качеств содержания обязательства. В любом случае ошибка в стоимости может вызывать недействительность, если она сочетается с другой «неправомерностью»: спровоцирована обманом, относится к объекту и т.д.¹⁰⁵

Отражённый в Кодексе подход повторяет сложившуюся судебную практику. В одном из рассматриваемых в Кассационном суде дел¹⁰⁶ акционерное общество продало 250 акций двум покупателям, которые позже потребовали признать договор недействительным из-за ошибки в существе вещи, так как при его заключении они полагали, что покупают выгодные для себя акции, в то время как акции оказались малорентабельными. Кассационный суд отклонил их требования, указывая на то, что сама по себе ошибка в стоимости, в отрыве от ошибки в существе, не влечёт недействительности договора, так как содержанием обязательства являлась продажа 250 акций, которые и были переданы обществом.

Возможное объяснение такого ограничительного подхода к ошибке в стоимости видится в требовании разумности поведения лица и бремени коммерческого риска лица, который вступая в договорные отношения, мог воспользоваться, например, услугами экспертов для определения стоимости. Другое объяснение кроется в возможной конкуренции ошибки в стоимости и оспаривания договора в связи с его *убыточностью*¹⁰⁷, являющегося самостоятельным

¹⁰²Chassagnard-Pinet S. La sanction du motif erroné, note sous Cass. 1ère civ., 24 avril 2003 // Recueil Dalloz 2004 (7). P. 451, 453.

¹⁰³Terré, Simler, Lequette... *Op. cit.* P. 327.

¹⁰⁴Cass., civ. 3, du 24 avril 2003, 01-17.458, Publié au bulletin.; *схожая практика*: Cass., comm., 11 avril 2012, 11-15.429, Publié au bulletin.

¹⁰⁵Terré, Simler, Lequette... *Op. cit.* P. 326.

¹⁰⁶Cass. com., 26 mars 1974, n 72-14.791.

¹⁰⁷Доктрина *la lésion*, от лат. – *laesio enormis*. В любом случае, такая конкуренция может возникнуть лишь в некоторых, специально оговоренных в Кодексе случаях (ст. 1168 С. С.): купля-продажа недвижимости, договора заключенный несовершеннолетним и нек. др.

основанием недействительности. Образно отмечают, что применение конструкции ошибки в таких случаях «иногда недостаточно, иногда слишком велико, но никогда не эффективно»¹⁰⁸.

3. Ошибка в договоре как основание его недействительности

3.1. Относительная недействительность как общее правило

Ошибка как порок согласия традиционно влечёт последствия относительной недействительности соответствующего договора, а значит субъектом оспаривания является только та сторона, чьё согласие нарушено¹⁰⁹. Несмотря на то, что ст. 1131 Кодекса распространяет на пороки согласия относительную недействительность, возникает вопрос, применяется ли это правило к препятствующим ошибкам (*l'erreur-obstacle*), которые, как указывалось выше, вовсе не порождают соглашения из-за отсутствия согласия сторон?

Именно по причине отсутствия согласия сторон препятствующая ошибка ранее влекла абсолютную недействительность договора¹¹⁰. Но современная доктрина исходит из того, что препятствующая ошибка «не затрагивает общественного интереса, а касается лишь риска сторон»¹¹¹, а значит отсутствие согласия приводит к относительной недействительности¹¹². Консолидируется с таким подходом и недавняя судебная практика¹¹³. Поэтому, новая ст. 1179 устанавливает, что недействительность является абсолютной только тогда, когда нарушенное правило имеет целью защиту общего интереса.

С одной стороны, генеральное распространение относительной недействительности позволяет стандартизировать ее последствия применительно ко всем разновидностям ошибок. С другой стороны, видится, что правовая природа препятствующей ошибки всё-таки будет приниматься во внимание в определённых случаях. Так как при препятствующей ошибке поражённое условие всегда имеет существенный характер, то к ней едва ли будет применимо выработанное судебной практикой правило о частичном аннулировании отдельных ошибочных условий договора, если они имеют аксессуарный характер¹¹⁴. Кроме того, субъектами оспаривания при препятствующей ошибке могут быть не один, а одновременно оба контрагента¹¹⁵.

Срок исковой давности по иску о признании недействительности вследствие ошибки составляет пять лет (ст. 2224 С. С.). Как по старым (ст. 1304), так и по ныне действующим (ст. 1144) правилам С. С. этот срок начинает течь с момента, когда ошибка была обнаружена. Однако, в литературе предлагается и другой подход к определению начала течения срока, предполагающий рассмотрение наличия ошибки с момента «встречи двух волей», то есть с момента заключения договора.¹¹⁶

¹⁰⁸Vareilles-Sommières G. *Op. cit.* P. 168.

¹⁰⁹*См., например:* Cass., civ. 1, du 1 mars 1988, 86-17.492, Publié au bulletin.

¹¹⁰Planiol M. *Traité élémentaire de droit civil. T. 2: Obligations. Contrats. Sûretés réelles / Revu et complété par Georges Ripert; Avec le concours de Jean Boulanger. 2-me ed. Paris.1947. P. 349.*

¹¹¹Terré, Simler, Lequette... *Op. cit.* P. 332.

¹¹²Именно такой подход предлагается в ст. 1109-2 Avant-проекта Catala. Более того, как указывают авторы соответствующего раздела проекта, признание за препятствующей ошибкой относительной недействительности положило конец дискуссиям о возможном развитии концепции несуществования (*d'inexistence*). (*Avant-projet de reforme du droit des obligations et du droit de la prescription. Rapport a Monsieur Pascal Clement, ministre de la justice 22 septembre 2005. P. 30*).

¹¹³Где в качестве принципиального критерия разграничения абсолютной и относительной недействительности признается *защищаемый интерес*, а не серьезность нарушения условий действительности соглашения (*См. например:* Cass., civ. 3, 26 juin 2013, 12-20.934, Publié au bulletin).

¹¹⁴Civ. 12 oct.1955, *Bull. civ.* n338, p. 279- v. ss 569 s.

¹¹⁵Terré, Simler, Lequette... *Op. cit.* P. 617.

¹¹⁶*См. подробнее:* Rouvière F. *Le moment d'appréciation de l'erreur. // Recueil Dalloz, Dalloz, 2014, p. 1782.*

С позиции формальной логики, утверждение о том, что ошибка существует на момент заключения договора абсурдно, так как стороны не знают о заблуждении. Однако если предположить, что один из контрагентов субъективно недобросовестен, то детерминация момента восприятия ошибки моментом заключения договора позволяет «сравнить знание контрагента при заключении договора и реальность, обнаруженную после заключения договора, что позволяет определить, являлась ли ошибка извинительной»¹¹⁷.

Так, в одном из дел суд отказал в недействительности стороне, ссылавшейся на наличие разрешения на строительство в момент заключения договора, так как «риск, связанный с присутствием подземной полости, всё равно существовал на дату продажи, что должно было учитываться сторонами»¹¹⁸. Вместе с тем, в литературе отмечается, что даже если ошибка будет оценена на момент заключения договора, к выводу о недействительности можно прийти через ретроактивное аннулирование соответствующего разрешения на строительство, которое покажет, что «несмотря на кажущуюся действительность разрешения на момент заключения договора, это представление было временным и вводящим в заблуждение»¹¹⁹.

Говоря о недействительности договора из-за ошибки, нельзя обойти стороной и её последствия. Реституция как общее последствие недействительности предусматривает возмещение в натуральной форме (1352 С. С.) за исключением случаев когда должник должен уплатить сумму денежного обязательства (ст. 1343 С. С.). Однако, на практике могут возникнуть ситуации, когда реституция в натуральной форме невозможна ввиду отсутствия вещи у контрагента. Например, если вещь перешла к контрагенту по договору с ошибкой, а затем была перепродана им третьему лицу и так далее по цепочке договоров¹²⁰. В научной литературе отмечается, что в случае отсутствия вещи у контрагента эквивалентом является реституция стоимости, а именно «реальная стоимость, то есть стоимость вещи в день реституции в состоянии на день исполнения обязательства продавцом»¹²¹.

При этом вне зависимости от успеха в оспаривании договора, сторона может требовать возмещения убытков по правилам внедоговорной ответственности (ст. 1178 С. С.). Кроме того, если контрагент был недобросовестным и знал о пороке согласия при заключении договора, то имеет место не только возмещение реального ущерба, но и возможность удовлетворения позитивного договорного интереса другой стороны¹²².

3.2. Извинительная ошибка

Изначальный текст Кодекса не упоминает об извинительной ошибке, которая стала де-факто последующей судебной практики. Ж. Гестен выделяет две причины создания института извинительной ошибки: «во-первых, поиск новых ограничений недействительности договора; во-вторых, стремление судей к установлению вины одной из сторон, связанное с развитием института гражданско-правовой ответственности (*responsabilité*)»¹²³.

Новая ст. 1132 С. С. исключает недействительность, если ошибка является неизвинительной (*l'erreur excusable*). Тем самым была закреплена многолетняя практика Кассационного суда, который последовательно отказывал стороне в праве требовать признания не

¹¹⁷Rouvière F. *Op. Cit.*, p. 1784.

¹¹⁸Cass., civ. 3, 12 juin 2014, 13-18.446, Publié au bulletin.

¹¹⁹Atias Ch. *La rétroactivité, cause de nullité // Recueil Dalloz*, 2008. № 44. P. 3110.

¹²⁰Cass., civ. 1, du 11 juin 2002, 00-15.297, Publié au bulletin.

¹²¹Rakotovahiny M.-A., *Restitution en nature ou restitution en valeur: propos sur une équivalence fonctionnelle // Recueil Dalloz*, N° 41, 2002, p. 3109.

¹²²*См. подробнее: Malaurie P., Aynès L., Stoffel-Munck P., Les obligations, 2^e éd., Paris. 2005. P. 351.*

¹²³Ghestin J. *Op. cit.* P. 153.

действительности из-за ошибки, которая произошла по её грубой вине («неизвинительная» ошибка)¹²⁴.

Для определения извинительного характера ошибки должны приниматься во внимание личные качества стороны, а не абстрактный стандарт среднестатистического лица¹²⁵. При этом остаётся открытым вопрос о форме вины, которая соответствует неизвинительной ошибке. Одни авторы говорят об «обычной небрежности»¹²⁶, другие же отмечают, что речь должна идти о «грубой вине без смягчающих обстоятельств»¹²⁷.

Критерий извинительности особенно точно реагирует на случаи, когда одна из сторон договора является профессионалом. Действительно, ссылку на ошибку в обозначении объекта сомнительно слышать от перевозчика, который покупает автомобиль несуществующей марки¹²⁸ или архитектора, который при покупке участка пренебрегает вопросом о его пригодности для последующей застройки¹²⁹.

Однако распространение «извинительности» в качестве генерального правила позволяет признавать её даже за стороной-профессионалом. Кроме того, некоторыми авторами обоснованно критикуется распространение критерия извинительности на случаи, когда совершена препятствующая ошибки и ошибка в праве (которая ранее не имела характера извинительности)¹³⁰. Между тем в судебной практике можно найти немногочисленные случаи, когда суд применял правила о недействительности к ошибке в праве (например, при незнании о наличии преимущественного права у лица)¹³¹. В доктрине также высказывается позиция о том, что правила об ошибке применяются вне зависимости от того совершена ли она в праве или факте¹³².

Итак, лицо, чья ошибка не является извинительной должно устранить ущерб, возникший в результате аннулирования договора. Однако, Ж. Дабан (*Dabin*) отмечает, что нужно различать ситуацию, когда договор действительно аннулирован и затем доказывается ущерб в денежной форме, и ситуацию, когда договор не аннулирован, а значит необходимо возмещение в натуре»¹³³, то есть сохранение предоставленного по договору с ошибкой.

В любом случае, критерий извинительности предполагает учёт добросовестности и разумности ошибающегося лица, что «в дополнение к морализации договорных отношений помогает сохранить договорную стабильность»¹³⁴, так как беззаботный не защищается.

3.3. Правило «риск убивает ошибку»

Ещё более одиозным случаем, когда правопорядок отказывает в возможности сослаться на ошибку, является ошибка в качествах, в отношении которых имеется неопределённость.

¹²⁴См.: Bénabent A. *Op. cit.* P. 66.

¹²⁵Ghestin J. *Op. cit.* P. 157.

¹²⁶Demogue R. *Traité des obligations en général*. T. 1. Paris. 1933. P. 403.

¹²⁷*Dabin J. Erreur inexcusable et nullité des conventions // Études de droit civil*, Bruxelles, 1947. P. 48.

¹²⁸Civ. 1, 29 juin 1959, Bull. civ. 1, n 320.

¹²⁹Civ. 3, 9 octobre 1969, Bull. civ., V, n 329.

¹³⁰Le Moulec É. *Réforme du droit des obligations: quelques éléments relatifs aux vices du consentement*. // *Revue juridique de l'Ouest*, 2016-3. P. 41.

¹³¹Cass., civ. 3, 5 juillet 1995, 92-20.425, Publié au bulletin.

¹³²Demolombe C., Cover F. *Cours de code Napoléon: Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. Lahure, 1882. T. 1. P. 119.

¹³³*Dabin J. Op. cit.* P. 38.

¹³⁴Mazeaud D. *L'influence de l'erreur excusable // Recueil Dalloz*, 2001, n 33, 27 septembre, p. 2704.

В этом случае действует правило «*l'aléa chasse l'erreur*», которое исключает ошибку, так как стороны изначально приняли риск её существования¹³⁵.

Действительно, согласие сторон в отношении неопределённого существенного качества объекта исключает возможность их заблуждения. Причём речь идёт не только и не столько о классических алеаторных договорах (игра, пари, страхование и пр.), сколько о любых договорах, в которых «неопределённость относительно объекта договора известна обеим сторонам»¹³⁶. При этом необходимым критерием выступает включение соответствующего условия в содержание договора.

Так, в одном из ключевых дел по данной проблеме продавец продал некую картину, предположительно приписываемую кисти знаменитого художника Ж.-О. Фрагонара. После покупки выяснилось, что картина в действительности была подлинная, после чего наследники продавца потребовали признать совершённую продажу недействительной из-за ошибки в существе вещи. Однако, так как при продаже обе стороны не были уверены в подлинности картины и неопределённость в подлинности была прямо установлена в договоре, суд отклонил жалобу¹³⁷.

В результате реформы названное правило было закреплено в абз. 3 ст. 1133 С. С.: наличие риска в каком-либо качестве содержания обязательства исключает ошибку в этом качестве.

3.4. Способы преодоления ошибки в договоре

В завершение мы рассмотрим некоторые способы, позволяющие избежать недействительность договора по причине ошибки.

Пожалуй, самым естественным случаем преодоления ошибки является воля стороны, которая знает о пороке согласия, но хочет подтвердить действительность соглашения. Так, с помощью *подтверждения* (*la confirmation*) можно устранить основание недействительности, однако подчеркивается, что подтверждённое обязательство также не должно нарушать закон и общественный порядок¹³⁸. Следствием этой посылки является обязательное соблюдение условий, необходимых для действительности подтверждения¹³⁹.

Мотивы подтверждения могут быть самыми разными, однако, видится, что сохранение договорных отношений на ошибочно закреплённых условиях должно быть выгодно самой стороне. Одновременно с этим Кодекс традиционно¹⁴⁰ закрепляет возможность подтверждения соглашения конклюдентными действиями – через добровольное исполнение договора стороной, знающей о существовании основания недействительности (абз. 3, ст. 1182 С. С.).

В качестве разновидности подтверждения можно рассматривать и появившийся после реформы механизм «запросов» (*l'action interrogatoire*). Теперь сторона по своей инициативе может потребовать от контрагента указать, намерен ли он оспаривать соглашение в будущем или нет. В течение 6 месяцев (пресекательный срок) сторона, которая может ссылаться на недействительность, должна дать в письменной форме ответ на запрос, при отсутствии ответа договор считается подтверждённым (ст. 1183 С. С.).

Таким образом, направление «запроса» фактически сокращает срок исковой давности с пяти лет до шести месяцев, что таит в себе возможность злоупотреблений. В этом смысле

¹³⁵Bénabent A. *Op. cit.* P. 64.

¹³⁶Terré, Simler, Lequette... *Op. cit.* P. 318.

¹³⁷Cass., civ. 1, du 24 mars 1987, 85-15.736, Publié au bulletin.

¹³⁸Aubry C. Rau C. *Op. cit.* T. 4. P. 262.

¹³⁹Вот некоторые из них: знание стороны о пороке согласия; устранение основания недействительности к моменту подтверждения; указание конкретного мотива подтверждения и др. (См. подробнее: Planiol M. *Op. cit.* T. 2. P. 428).

¹⁴⁰Ibid. P. 428.

«запрос» представляет собой компромисс между защитой права оспаривания и стремлением обеспечить определённую в отношении поведения контрагента.

Однако, названные способы «уничтожения» ошибки *ex post* не могут защитить разумные ожидания стороны на момент заключения договора. В связи с этим особого внимания заслуживает институт *гарантии в отношении скрытых дефектов (la garantie des vices caches)*, который предусматривает обязанность продавца гарантировать отсутствие скрытых недостатков проданной вещи, которые: а) делают её непригодной для предназначенного употребления; б) уменьшают возможность использования вещи настолько, что покупатель не приобрёл бы её, зная об этих недостатках (ст. 1641 С. С.).

Можно заметить, что технически гарантия выступает субститутутом ошибки, так как обеспечивает отсутствие дефектов, наличие которых нарушило бы существо обязательства и поразило согласие стороны. Действительно, во французской доктрине признаётся, что теория скрытых недостатков близка теории ошибки и «имеет общую философскую основу»¹⁴¹ с ошибкой в существе вещи. А. Капитан отмечает, что существование скрытого дефекта по своей природе является ошибкой в существе вещи, «так как покупатель не достигает цели, которую он специально оговорил»¹⁴². Таким образом, своей гарантией продавец фактически исключает ошибку в некоторых существенных качествах вещи¹⁴³.

Вместе с тем, иск из гарантии имеет некоторые преимущества в сравнении с иском о недействительности по ошибке. Так, иск из гарантии гораздо лучше учитывает добросовестность продавца, определяя через неё размер возмещения¹⁴⁴: если продавец знал о дефектах вещи, то возмещению подлежат уплаченная цена и другие причинённые убытки (ст. 1645 С. С.); если продавец не знал о дефектах вещи, то возмещается только сумма до восстановления реальной стоимости вещи и расходы, вызванные продажей (ст. 1646 С. С.)

Ограниченность применения гарантии скрытых дефектов отчасти нивелируется *общей договорной обязанностью информирования (le devoir general d'information)*, которая нашла своё отражение в новой ст. 1112-1 С. С. Так, стороны, которые знают информацию, имеющую решающее значение для согласия другой, должны сообщить об этом другой стороне. При этом обязанность «включается» только при соблюдении трёх условий¹⁴⁵: информация должна иметь решающий характер для согласия; обязанный информировать знает (а не «должен знать») соответствующую информацию; незнание другой стороны законно (то есть допущенная ошибка будет носить извинительный характер).

Примечательно, что второй абзац названной статьи прямо исключает обязанность информирования в оценке стоимости предоставления. Очевидно, такая оговорка сделана под влиянием судебной практики, основание которой положило *дело Baldus*¹⁴⁶, в котором Кассационный суд отказал в иске продавщице, которая, не зная истинной стоимости фотокарточек знаменитого фотографа, продавала их по низкой цене. В этом деле суд указал, что покупатель не связан какими-либо обязательствами по предоставлению информации о стоимости вещи, которую он приобретает.

¹⁴¹Demolombe C., Cover F. *Op. cit.* Т. 1. P. 109.

¹⁴²Capitant H. *De la cause des obligations: contrats, engagements unilatéraux*, legs. 3-ème éd. Paris. 1927. P. 232.

¹⁴³Однако, если речь идёт о «явных недостатках, в которых покупатель мог убедиться сам», то обязанность гарантии не наступает (ст. 1642 С. С.). Кроме того, сфера применения гарантии весьма ограничена: она применяется только к купле-продаже вещей и только к скрытым недостаткам.

¹⁴⁴Ghestin J. *Op. cit.* P. 335.

¹⁴⁵Terré, Simler, Lequette... *Op. cit.* pp. 370-372.

¹⁴⁶Cass., civ. 1, du 3 mai 2000, 98-11.381, Publié au bulletin.

Таким образом, правила Code civil содержат как способы последующего оздоровления договора с ошибкой, так и преддоговорную обязанность информирования, которая выступает средством превенции ошибок в договоре.

Заключение

В заключение проведённого нами исследования можно сделать следующие выводы.

Во-первых, для объяснения заблуждения как основания недействительности необходимо обращаться к смежным дисциплинам (истории права, философии права), что позволяет выявить догматические основания подхода к ошибке в отдельно взятом правовом порядке.

Во-вторых, французское гражданское право, имеющее в своей основе естественно-правовые начала, в вопросах пороков согласия отдаёт решающее значение внутренней воле лица, а не его волеизъявлению. Эта установка объясняет восприятие субъективной концепции ошибки в договоре.

В-третьих, напряжение в учении о заблуждении вызвано сложностями проведения демаркационной линии как между отдельными разновидностями ошибок, так и соотношением ошибки с другими основаниями недействительности (обман, убыточность соглашения, ложная кауза).

В-четвёртых, сопоставление римского права классического периода и французского права позволяет сделать вывод о том, что построение системы ошибок через указание на то, в чём конкретно ошибся заблуждающийся не имеет ценности, напротив, необходим общий принцип, который определяет классификации ошибок. Таким принципом является воздействие ошибки на действительность договора.

В-пятых, ошибка в существенных качествах вещи представляет собой универсальную конструкцию ошибки, влекущей недействительность. Остальные разновидности ошибок рассматриваются в сопоставлении с ошибкой в существе. При этом изначальный критерий существенности был уточнён доктриной определяющего мотива и необходимостью знания контрагента о значимости соответствующего качества для другой стороны.

В-шестых, поиск баланса между уважением воли лица и защитой ожиданий добросовестных контрагентов привёл к постановке двух вопросов, ответ на которые позволяют признать недействительность из-за ошибки в мотиве: а) относится ли мотив к существенному качеству вещи? б) введён ли мотив в договорные отношения как условие договора?

В-седьмых, продолжение поиска «ограничителей» ошибки привело к восприятию критерия извинительности ошибки, который учитывает виновность ошибающейся стороны. А распространение на все разновидности заблуждения относительной недействительности ограничивает круг лиц, имеющих интерес в оспаривании.

В-восьмых, учёт добросовестности и виновности стороны, совершившей ошибку, приводит к обязанности возмещения понесённых контрагентом убытков, причём как в связи со сделанными приготовлениями и исполненным по договору, так и в связи с аннулированием договора. Однако отдельные вопросы размера и оснований гражданско-правовой ответственности требуют более подробного рассмотрения.

В-девятых, сторона, допустившая ошибку, может подтвердить действительность договора, однако будучи односторонним актом, подтверждение ставит защиту другой стороны в зависимость от воли ошибающегося, что не полностью гарантирует защиту контрагента. Возможное решение видится в поиске способов перераспределения риска ошибки в момент заключения договора.

Результаты проведённого исследования требуют дальнейшего осмысления, в том числе, применительно к российскому праву.

Петр Филиппович Жижин, заңгер, заң компаниясы Тукулов және Кассильгов Литгейшн (Қазақстан, Алматы қ.): Француз құқығындағы шарттағы қателік.

Ерік пен ерік-жігердің қарама-қайшылығы кез-келген құқықтық тәртіпті екі құқықтық құндылықтың арасындағы тепе-теңдікті табу міндетін қояды: азаматтық айналымның

тұрақтылығы және ерік-жігердің автономиясы. Сонымен, қателік жасаған адамды қорғау абсолютті бола алмайды-оның еркін құрметтеу екінші Тараптың ақылға қонымды үміттерін бұзбауы керек, бұл заңдық-техникалық және саяси-құқықтық тұрғыдан теңдестірілген тәсілді қажет етеді.

Керісінше, бүгінде Ресейде және басқа посткеңестік елдерде қате түсінік жарамсыздықтың маргиналды негізі ретінде қарастырылады, бұл көбінесе мәселені дұрыс теориялық түсінудің болмауымен байланысты. Жалпыеуропалық деңгейде де қателік туралы *common core* оқуын іздеуде қиындықтар туындайды. Мұның бәрі континентальды-құқықтық дәстүрді білдіретін және келіспеушіліктердің дамыған жүйесі бар француз құқықтық тәртібінің тәжірибесіне жүгіну қажеттілігін тудырады.

Осы мақалада Рим құқығынан бастап Франциядағы міндеттеме құқығының соңғы реформасына дейін (*зерттеу объектісі*) келісімшарттағы қателіктерге көзқарастардың дамуы талданады. *Зерттеу пәні* шарттағы қатені екі адамның ерік-жігері актісі ретінде қарастырумен шектеледі. Жұмыстың мақсаты француз құқығындағы қателік себебінен Шарттың жарамсыздығын тану үшін қажетті шарттарды анықтау болып табылады. Жұмыстың *ғылыми жаңалығы* Француз құқығындағы шарттағы қателік туралы ілімнің орыс тіліндегі алғашқы жүйелі презентациясына байланысты. Автордың тұжырымдары Француз доктриналық дереккөздері мен сот практикасын талдаумен расталады. Жалпы, жұмыста жалпы ғылыми әдістер де, жеке ғылыми әдістер де қолданылады: тарихи, салыстырмалы-құқықтық, нормативтік.

Түйінді сөздер: ерік, ерік-жігер, мәміле, келісім-шарт, жарамсыздық, жарамсыздық, жаңылыс, француз құқығы, Рим құқығы, салыстырмалы құқық.

Petr Filippovich Zhizhin, Associate, Tukulov Kassilgov Shaikenov Disputes (Kazakhstan, Almaty c.): Contract mistake in French law.

The contrast between intent and expression of will makes it a challenge for any legal system to find a balance between two legal values: stability of civil turnover and autonomy of will. This means that the defence of the erring party cannot be absolute - respect for his will must not violate the reasonable expectations of the other party, which requires a balanced approach from the legal-technical and political-legal points of view.

On the contrary today in Russia and other post-Soviet countries mistake is regarded as a marginal ground of invalidity, which is largely due to the lack of proper theoretical understanding of the problem. At the pan-European level there are also difficulties in finding a *common core* of the doctrine of mistake. All this makes it necessary to turn to the experience of the French legal order, which represents the civil law tradition and has a developed system of defects of consent.

This paper analyses the development of approaches to mistake in contract from Roman law up to the recent reform of the law of obligations in France (the object of the study). The object of the study is limited to the treatment of mistake in contract as an act of free will of two parties. The purpose of the paper is to clarify the necessary conditions for recognising the invalidity of a contract due to mistake in French law. The scientific novelty of the work is due to the first systematic presentation of the doctrine of mistake in contract in French law in Russian. The author's conclusions are supported by the analysis of French doctrinal sources and judicial practice. In general, the work uses both general scientific methods and private-scientific methods: historical, comparative-law, normative.

Keywords: Intent, expression of will, deal, contract, invalidity, nullity, misrepresentation, French law, Roman law, comparative law.

Список литературы:

1. Дигесты Юстиниана: Избр. фрагменты в пер. и с примеч. И.С. Перетерского / АН СССР, Ин -т государства и права; Отв. ред. Е. А. Скрипилев. М. 1984. – 456 с.
2. Дождев Д. В. Римское частное право: учебник. 3-е изд. М. 2018. 784 с.
3. Полдников Д. Ю. Формирование учения о договоре в правовой науке Западной Европы: XII – XVI вв.: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.01. М. 2016. – 572 с.

4. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. М. 2002. 400 с.
5. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М. 2018. – 1264 с.
6. Aubry C. Rau C. Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae. T. 4. Paris. 1897. – 783 p.
7. Avant-projet de reforme du droit des obligations et du droit de la prescription. Rapport a Monsieur Pascal Clement, ministre de la justice 22 septembre 2005 // <http://www.justice.gouv.fr/recherche.html>
8. Bénabent A. Droit civil. Les obligations. Paris. 2010. – 718 p.
9. Brissaud J. B. Cours d'histoire générale du droit français public et privé. 1904. – 1892 p.
10. Cabrillac R., Lécuyer H., Nammour F... Droit des obligations: Droit français. Droit libanais. Perspectives européennes et internationales. Paris. 2006. – 628p.
11. Carbonnier J. Droit civil. T. 4: Les obligations. 12. ed. Paris. 1985. – 640 p.
12. Capitant H. De la cause des obligations: contrats, engagements unilatéraux, legs. 3-ème éd. Paris. 1927. – 506 p.
13. Demogue R. Traité des obligations en général. T. 1. Paris. 1933. – 695 p.
14. Demolombe C., Cover F. Cours de code Napoléon: Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Lahure, 1882. T.1. – 672 p.
15. Demat J. Les lois civiles dans leur ordre naturel. T. 1. Paris. 1689. – 513 p.
16. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. T. 13. Par P. A. Fenet,... – 1836. – 832 p.
17. Ghestin J. La notion d'erreur dans le droit positif actuel: Thèse pour le doctorat... Paris. 1963. – 371 p.
18. Giffard. A. E. Droit romain et ancien droit français: Les obligations. 1958. Paris. – 451 p.
19. Girard P. F. Manuel élémentaire de droit romain. 1918. Paris. – 1115 p.
20. Gordley J. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Clarendon Press. 1991. – 263 p.
21. Jossereand L. Cours de droit civil positif français: conforme aux programmes officiels des facultés de droit. V. 2. Paris. 1930. – 1128 p.
22. Kötz H. European Contract Law. 2 ed. Oxford. 2017. – 360 p.
23. MacMillan C. Mistakes in Contract law. Oxford. 2010. – 322 p.
24. *Malaurie P., Aynès L., Stoffel-Munck P., Les obligations, 2^e éd., Paris. 2005. – 846 p.*
25. Planiol M. Traité élémentaire de droit civil. T. 2: Obligations. Contrats. Sûretés réelles / Revu et complété par Georges Ripert; Avec le concours de Jean Boulanger. 2-me ed. Paris. 1947. – 1075 p.
26. Pothier R. J. Traité des obligations. Orléans. V. I. 1761.
27. Prévost de la Jannès M. Les principes de la jurisprudence française, exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se pour suivent en justice. Paris. V.2. 1701 (1770).
28. Ripert G., Boulanger G. Traité de droit civil: d'après le traité de Planiol, V. 2. Paris. 1956. – 1068 p.
29. Schulz F. Principles of Roman Law. Oxford: Clarendon Press. 1936. – 268 p.
30. Sefton-Green R. Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law. Cambridge University Press, 2005. – 462 p.
31. Terré F., Simler Ph., Lequette Y. et Chénéde F. Droit civil. Les obligations. Dalloz, 12^e éd., 2018. – 2036 p.
32. Terré F. Pour une réforme du droit des contrats. Paris. 2009. – 310 p.
33. Vareilles-Sommières G. Étude sur l'erreur en droit romain et en droit français. Paris. 1871. – 372 p.
34. Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town: Juta, 1990. – 1241 p.

Периодические издания:

35. Гордли Дж. Ошибка при заключении договора («Вестник гражданского права», 2009, № 4) // СПС «КонсультантПлюс».
36. Маковская А.А. Реформа договорного права во Франции. Новые положения Гражданского кодекса Франции // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. 2016. С. 76-101.
37. Шермайер М. Й. Учение о заблуждении в истории европейской юридической мысли // *Закон*. 2015. № 9. С. 188-206.
38. Atias Ch. *La rétroactivité, cause de nullité* // *Recueil Dalloz*, 2008. № 44. pp. 3109-3110.
39. Chassagnard-Pinet S. La sanction du motif erroné, note sous Cass. 1ère civ., 24 avril 2003 // *Recueil Dalloz* 2004 (7). pp. 450-453
40. Dabin J. *Erreur inexcusable et nullité des conventions* // *Études de droit civil*, Bruxelles, 1947. – pp. 31-54.
41. Jansen N., Zimmermann R. Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules // *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, Issue 4, Winter 2011, pp. 625-662
42. Lawson F. H., Error in substantia // *The Law Quarterly Review*. Jan., 1936. pp. 79-105.
43. Le Moulec É. Réforme du droit des obligations: quelques éléments relatifs aux vices du consentement // *Revue juridique de l'Ouest*, 2016-3. pp. 39-50.
44. Mazeaud D. L'influence de l'erreur excusable // *Recueil Dalloz*, 2001, n 33, 27 septembre, pp. 2702-2705.
45. Rakotovahiny M.-A., Restitution en nature ou restitution en valeur: propos sur une équivalence fonctionnelle // *Recueil Dalloz*, N 41, 2002, pp. 3108-3109.
46. Rouvière F. Le moment d'appréciation de l'erreur // *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, p.1782-1786.

Материалы судебной практики:

1. Cass., civ., 28 janvier 1913, S. 1913. 1. 487.
2. Cass., civ., 12 oct.1955, Bull. civ. n338, p. 279- v. ss 569 s.
3. Cass., civ. 1, 29 juin 1959, Bull. civ. 1, n 320.
4. Cass., civ. 3, 9 octobre 1969, Bull. civ., V, n 329.
5. Cass., civ. 2, du 13 avril 1972, 70-12.774, Publié au bulletin.
6. Cass., com., 26 mars 1974, 72-14.791, Publié au bulletin.
7. Cass., civ. 1, du 22 février 1978, 76-11.551, Publié au bulletin.
8. Cass., civ. 1, du 24 mars 1987, 85-15.736, Publié au bulletin.
9. Cass., civ. 1, du 1 mars 1988, 86-17.492, Publié au bulletin.
10. Cass., civ. 1, du 11 octobre 1989, 88-14.220, Publié au bulletin.
11. Cass., civ. 3, du 1 février 1995, 92-16.729, Publié au bulletin.
12. Cass., civ. 3, 5 juillet 1995, 92-20.425, Publié au bulletin.
13. Cass., civ. 1, du 3 mai 2000, 98-11.381, Publié au bulletin.
14. Cass., civ. 1, du 13 février 2001, 98-15.092, Publié au bulletin.
15. Cass., civ. 1, du 11 juin 2002, 00-15.297, Publié au bulletin.
16. Cass., civ. 3, du 24 avril 2003, 01-17.458, Publié au bulletin.
17. Cass., com., du 19 novembre 2003, 01-01.859, Publié au bulletin.
18. Cass., civ. 3, 26 juin 2013, 12-20.934, Publié au bulletin.
19. Cass., civ. 3, 12 juin 2014, 13-18.446, Publié au bulletin.

Для цитирования и библиографии: Жижин П.Ф. Ошибка в договоре во французском праве // *Право и государство*. № 4 (101), 2023. – С. 74-96. DOI: 10.51634/2307-5201_2023_4_74

Материал поступил в редакцию 03.10.2023.

ПРАВО КАК ПЛАНИРОВАНИЕ. РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ СКОТТА ДЖ. ШАПИРО «ЗАКОННОСТЬ» (ПЕР. С АНГЛ., М., 2021).



А.Б. ДИДИКИН,
д.ф.н., к.ю.н., Associate Professor
Высшей школы права
Maqсут Narikbayev University
(г. Астана, Казахстан),
член Аристотелевского
общества (Великобритания),
член Британско-Казахского
правового общества
E-mail: a_didikin@kazguu.kz

Актуальность рецензии настоящей книги обусловлена значимостью научного наследия современного философа права, профессора Йельской школы права в США Скотта Дж. Шапиро. *Предмет исследования* в рецензии заключается в анализе структуры и основной тематики научного издания перевода знаменитой книги С. Шапиро «Законность», изданной в 2011 г., на русский язык. *Цель работы* состоит в реконструкции ключевых элементов структуры правовой концепции С. Шапиро как механизма организационно-планирующей деятельности социальных институтов, общества и государства, ее концептуального замысла и значения для развития теории права и философии права на современном этапе. *Новизна темы* обусловлена интересным форматом обоснования аргументов С. Шапиро – эксклюзивного правового позитивизма с элементами социологии права, позволяющих проследить характер эволюции его философско-правовых взглядов. В качестве *методов исследования* применялись методы исторической реконструкции и интерпретации правовых взглядов ученого на основе работы с источниками научной информации. *Основной вывод* рецензии на книгу профессора С. Шапиро состоит в том, что его правовая концепция синтезирует различные подходы к характеристике нормативной природы права.

Ключевые слова: философия права; правовая действительность; правовые понятия; планирование; правовые институты; государство; общество.

В 2021 г. на русском языке вышел перевод известной книги американского теоретика права Скотта Шапиро «Законность». Изначально опубликованная на языке оригинала в 2011 г., эта книга вызвала бурную реакцию академических ученых в солидных зарубежных научных изданиях, и побудила обратить внимание на авторскую концепцию С. Шапиро о возможности соединения представлений о праве и социального планирования. Несмотря на некоторую идеологическую нагруженность понятий «план» и «планирование», они остаются важной частью понятийного аппарата экономики и социологии, а значит могут быть применены и к сфере правового регулирования.

Сам автор книги, Скотт Шапиро, является профессором Йельской школы права и видным представителем эксклюзивного правового позитивизма. Он получил юридическое образование в Йельском университете, а в 1996 г. получил ученую степень доктора философии в Колумбийском университете после защиты диссертации на тему «Правила и практический разум».

Сфера научных интересов Скотта Шапиро чрезвычайно широка: от международного и конституционного права до уголовного права и кибербезопасности. Он также является

основателем и директором лаборатории кибербезопасности Йельского университета¹. Тем не менее, С. Шапиро интересен, прежде всего, как философ права и правовед, написавший десятки научных статей и разделов монографий в русле позитивизма и аналитической философии права. В 2011 г. он стал известен среди теоретиков права благодаря своей книге «Законность»². Также С. Шапиро был одним из редакторов Оксфордского сборника статей по юриспруденции и философии права 2002 г., для которого он написал статью «Публичная власть»³. В 2017 г. вышла еще одна его книга – «Интернационалисты: как радикальный план объявить войну вне закона изменил мир»⁴, посвященная принятию в 1928 г. международного документа – Пакта Бриана – Келлога и его влияния на внешнюю политику государств и развитие международного права. Кроме того, С. Шапиро входит в редакционную коллегию Стэнфордской энциклопедии философии, отвечая за редактирование статей в области философии права⁵.

В своих размышлениях о природе права автор ставит онтологический вопрос о возможности появления такого феномена как право⁶. Если раньше философы справлялись с ответом на вопрос, что первичнее, право, общество или государство, апеллируя к Богу как первоначальному суверену, то современные правоведы, включая сторонников естественно-правовой теории, пытаются разрешить описанный парадокс иначе. Если следовать известному принципу «гильотины Д. Юма»⁷ о том, что из *должного* невозможно выводить *сущее* и наоборот, то позитивистское описание права и правовой системы будет невозможно. Ведь из социальных фактов (сущее) нельзя вывести нормативные предписания (должное)⁸.

В своей авторской концепции С. Шапиро обращает внимание на такую сферу деятельности людей в обществе как социальное планирование. Он оговаривается, что не проводит безусловную аналогию между законом и планом, но ставит себе цель показать связь между ними. Доказательство того, что право существует, осуществляется так же, как доказывалось существование того или иного плана, потому что фундаментальные, базовые законы действительно являются ничем иным, как планами, детерминирующими природную или социальную среду. Существование у определенного субъекта властных полномочий может быть установлено только социологически, ведь это не вопрос моральной легитимности субъекта, а скорее вопрос о том, принят ли соответствующими в данной системе должностными лицами план, который санкционирует и требует подчинения этому субъекту.

Деятельность в сфере права, то есть деятельность законодателей, судей – это социальное планирование. Они планируют жизнь граждан, определяют, кто должен быть наделен полномочиями. По мнению С. Шапиро, планирование представляет собой уникальную человеческую деятельность, и при построении своей теории он опирается на книгу философа

¹Scott J. Shapiro // Yale Law School URL: <https://law.yale.edu/scott-j-shapiro> (дата обращения: 28.11.2023).

²Shapiro S. J. Legality. Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

³Shapiro S. J. Authority // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. New York: Oxford University Press, 2002. P. 354–402.

⁴Shapiro S. J., Hathaway O. The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World. New York: Simon & Schuster, 2017.

⁵Editorial Board // Stanford Encyclopedia of Philosophy URL: <https://plato.stanford.edu/board.html> (дата обращения: 03.12.2023).

⁶Shapiro S. J. Legality. Massachusetts: Harvard University Press, 2011. P. 45–51.

⁷Юм Д. Трактат о человеческой природе, или попытка применить основанный на опыте метод рассуждения к моральным предметам. М., 1995. С. 229–230.

⁸Shapiro S. J. Legality. P. 89.

Стэнфордского университета Майкла Брэтмана, который в своей книге «Намерение, планы и практический разум» определил человека как «планирующее существо»⁹. Планы оставляют за собой гибкость, чтобы подстраиваться под те или иные обстоятельства. Планы имеют сложную структуру, так как план имеет не только сложную структуру, но и разделен на этапы и задачи более мелкого плана внутри большого. То же самое можно наблюдать и в законодательстве, и во всей деятельности уполномоченных органов в сфере права.

Рассуждая о правовом позитивизме, Скотт Шапиро отмечает: «то, что является правильным или неправильным с правовой точки зрения, зависит от других людей и некоторых конкретных других лиц»¹⁰. Этим сфера правового регулирования будет отличаться от сферы морали, где основную роль играет содержательная моральная аргументация. В юридической же сфере нормы зависят от должностных лиц, их устанавливающих. Область планирования также устанавливается с помощью социального, а не этического исследования, так как установление наличия планов – это указание на их принятие, то есть на то, что план был действительно признан людьми. Таким образом, достоинства и недостатки плана, их содержательная часть не важна для позитивистского рассуждения. В этом автор усматривает связь между планом и правом: фундаментальные законы автором признаются планами, а правовая деятельность – социальным планированием¹¹.

Высказывание автора о том, что «юридические нормы зависят от должностных лиц, их устанавливающих», однако, не предусматривает релевантность данной теории для правовых систем, предусматривающих возможность влияния третьих лиц как на законодательную, так и на правоприменительную практику, особенно в том случае, если правовой процесс затрагивает чувствительную для общества сферу экономической, культурной или социальной деятельности.

С. Шапиро рассматривает планирование как вид деятельности, которая подразумевает этапы формулирования, принятия и применения¹². В разделе про индивидуальное планирование он вводит термин *субплан* – план, в котором указывается способ реализации цели, установленной другим планом, и приводит в пример план «поужинать дома», для реализации которого рождается субплан «купить еду»¹³. При этом изначальный план представляет собой пустую оболочку, неполный план, который по мере наполнения становится полезным, приобретает иерархическую структуру, которая подразумевает принятие прошлых размышлений и решений как данность.

Ввиду существования таких особенностей психики человека как ограниченная рациональность и недостаток доверия к себе, мы прибегаем к *заблаговременному планированию*. Планы не могут противоречить друг другу, а также должны согласовываться с представлениями человека (требование непротиворечивости поддерживается прагматическим обоснованием планирования: цель плана должна быть достигнута, а согласованность убеждений позволяет достичь цели плана в мире, где эти убеждения присутствуют)¹⁴. Также планы должны быть стабильными, устойчивыми к пересмотру, но при этом пересмотр должен иметь веские основания, так как пересмотр планов без целесообразности лишает смысла сам процесс планирования.

Отдельное внимание, однако, необходимо уделить раскрытию автором концепции долгосрочного планирования, указанный им источник мотивации, лежащий в основе подобной деятельности, так и характеристики самого акта планирования в целом. Так, в качестве

⁹Bratman, M. E. *Intention, Plans, and Practical Reason*. Stanford: CSLI Publications, 1987. P. 15–26.

¹⁰Шапиро С. *Законность*. М., 2021. С. 214.

¹¹Шапиро С. *Законность*. С. 217.

¹²Там же.

¹³Шапиро С. *Законность*. С. 218.

¹⁴Шапиро С. *Законность*. С. 223.

основных критериев долгосрочного плана, С. Шапиро выделяет непротиворечивость планов по отношению друг к другу, сообразность их с представлениями человека и гибкость к изменениям. Непротиворечивость планов по отношению друг к другу, несомненно, является важным критерием при аксиологическом анализе в ситуации жесткой необходимости выбора из ограниченного числа равнозначных вариантов. Вопрос же согласованности требований плана с представлениями человека требует отдельного уточнения, поскольку в данном случае мы имеем дело с внутренним выбором каждого конкретного субъекта плана, что может осложнить как сам процесс его реализации, так и адаптацию человека к результатам данного процесса.

Также С. Шапиро предлагает различать *нисходящее и восходящее планирование*. Нисходящее планирование начинается с «общего действия, которое необходимо выполнить», которое далее разбивается на несколько основных задач¹⁵. В случае восходящего планирования планирующий имеет смутное представление о целях и переходит к обдумыванию задач «нижнего уровня». Этот вид планирования полезен, когда планирующий не может установить связь между задачами, но, выполняя низкоуровневые задачи, составляет полный план действий.

Этап применения плана С. Шапиро разбивает на три этапа: планирующий субъект должен определить содержание плана, контекст его применения и способ согласования плана в этом контексте¹⁶.

Планы представляют собой *абстрактные пропозициональные сущности*, которые требуют, разрешают или уполномочивают агентов действовать или не действовать определенным образом при определенных условиях. Такое определение автором плана, очевидно, ставит перед нами одну из фундаментальных проблем философии – *проблему свободы воли*. Каким образом данные «сущности» (к вопросу о релевантности использования данного термина для их обозначения мы обратимся несколько ниже) могут влиять на человеческое поведение, «требуя» или «запрещая» что-то? Поскольку сфера существования «плана» как феномена сосредоточена исключительно в утилитарной области человеческой деятельности, мы можем принимать или не принимать их во внимание (если, конечно, мы не действуем совсем без плана, подчиняясь внезапным изменениям нашего собственного настроения или непреодолимых факторов окружающей среды), однако их существование не гарантирует того, что субъект или кто либо другой, будет подчиняться им исключительно потому, что это было определено при формировании плана.

Так, например, государство, руководствуясь вопросами общественного благополучия, предписывает своим гражданам не совершать некоторых действий – допустим, не переходить дорогу в неполюженном месте на запрещающий знак светофора. Однако в том случае, если выполнение данного предписания никак не будет контролироваться самим государством, а его неисполнение не повлечет за собой ощутимых санкций, более того – если сама дорога более не выполняет свое функциональное назначение и, например, не эксплуатируется в настоящее время – много ли человек, опаздывающих на работу или свидание, смогут воздержаться от нарушения плана, предусмотренного государством, чтобы реализовать свои планы? Основой для их руководства к действию служит не столько наличие плана как такового, сколько собственная свобода для выбора приоритетных целей и свободной оценки возможных рисков данного действия на основании собственного мировоззрения.

Также неясной является природа происхождения этих сущностей – существуют ли они в идеальном мире, подобно платоновским идеям, или же каждый план, с точки зрения автора, воплощается в социальных или телесных сущностях?

¹⁵Шапиро С. Законность. М., 2021. С. 224.

¹⁶Шапиро С. Законность. М., 2021. С. 227.

Опираясь на данное ранее определение нормы¹⁷, С. Шапиро заключает, что планы являются нормой (однако не все нормы есть планы). Человек, принимая личный план, подчиняется норме, что возможно благодаря рациональной способности человека как планирующего существа им подчиняться (на этом базируется эффективность планирования). Психология планирования позволяет человеку формировать психические состояния, которые планируют поведение, а также даёт осознание того, что эти состояния налагают на него некое рациональное давление, побуждающее к выполнению плана.

Можно подвести промежуточный итог: общие планы «направляют и координируют поведение участников, компенсируя когнитивные ограничения и разрешая сомнения и разногласия, которые ... возникают в стратегических контекстах»¹⁸.

Далее С. Шапиро рассматривает три способа создания общего плана, когда члены группы не вовлечены в процесс разработки плана. К таковым относятся *политика, обычаи и иерархия*. Принятие группой основного плана для нивелирования затрат на обсуждение называется С. Шапиро «принятие политики». Он иллюстрирует это на примере группы людей, которые договорились периодически совместно готовить ужин и, не тратя время на обсуждение меню, прибегают к готовым рецептам из газеты. Появление обычаев – это тоже способ снижения затрат на переговоры, и при этом обычаи появляются спонтанно. Стандарты-обычаи, возникшие нецелевым образом, С. Шапиро предлагает называть *планоподобными нормами*, так как они исполняют функции плана – экономия расходов на обсуждение, компенсация когнитивных ограничений и организация внутригруппового поведения¹⁹. Если группа поручает одному человеку планирование всей трапезы для остальных, то это значит, что группа принимает иерархию, признает главенство одного человека, лидера (которого С. Шапиро называет эффективным механизмом планирования) над процессом приготовления ими пищи.

Автор отмечает, что в деятельности, включающей иерархию, общие планы являются саморегулирующимися, они определяют способы своего создания и применения²⁰. Когда член группы, уполномоченный общим планом, дает распоряжение, он таким образом расширяет план и дополняет его субпланами. Когда группа увеличивается до размера крупной компании, встает вопрос о мотивировании членов группы и преодолении их отчужденности от деятельности²¹. Происходит специализация, для членов группы принимаются «политики», которые С. Шапиро называет *положениями*. Положения не требуют веры субъектов в их истинность, их достаточно лишь рассматривать как истинные для достижения цели. Также объявляются *факторизации*, которые определяют ценные факторы, которые стоит учитывать. Вводятся разрешения, которые сообщают членам группы, что от них не требуется выполнять. Принятие политики, положения и факторизации Шапиро называет *субпланами* общего плана, которые организуют поведение группы.

Владельцы больших компаний могут также использовать инструменты децентрализации и внедрить вертикальное разделение труда, которое определит «круг доверия» и установит иерархию в группе²². Для децентрализации иерархии проводится наделение членов группы полномочиями, которые дают право руководителям применять планы к другим. Планы, определяющие полномочия руководителей, определяющие надлежащие процедуры, С. Шапиро называет *инструкциями*. Данные особые типы планов регламентируют не действия членов, а сам процесс планирования (то есть отвечают на вопросы, кто планирует и как планировать).

¹⁷Норма – абстрактный объект, который действует как руководство для поведения и стандарт для его оценивания.

¹⁸Шапиро С. Законность. М., 2021. С. 245.

¹⁹Шапиро С. Законность. М., 2021. С. 248.

²⁰Шапиро С. Законность. М., 2021. С. 251.

²¹Шапиро С. Законность. М., 2021. С. 254.

²²Шапиро С. Законность. М., 2021. С. 257.

Тем самым планирование в праве – это обязательное официальное институциональное коллективное социальное планирование, которое тоже подчиняется плану, который в свою очередь распределяет полномочия между органами и должностными лицами: законодатели устанавливают планы, судьи их исполняют. Планирование, в отличие от дачи команды в командной теории Дж. Остина, может осуществляться без осознания, что в данный момент оно осуществляется.

Право – это сложная организация социального планирования для решения социальных проблем. Однако признание этого факта не является для С. Шапиро отступлением от правового позитивизма, так как план может как вести к исполнению моральной или социальной цели, так и не вести к ней; он может быть эффективным и неэффективным. Члены какой-нибудь корпорации также ставят перед своей организацией планы, однако это не равняет ее с правом, так как планирование от права отличается тем, что праву не нужно проверять свои нормы на соответствие еще чьим-то нормам, и тем самым, оно является как бы подтверждающим действительность самого себя (self-certifying)²³.

Также стоит отметить, что С. Шапиро является явным противником *инклюзивного правового позитивизма*, согласно которому моральные факты могут влиять на существование или на содержание права и закона. Он считает, что обращение к морали при выявлении содержания закона делает право ненужным. Если ответ уже содержится в нас самих, в нашем представлении о праве, то зачем нужен принуждающий закон? По словам С. Шапиро, это как нож для консервной банки, который работает только тогда, когда банка уже открыта²⁴.

Неслучайно, что даже в его книге, написанной с коллегой из Йельского университета Уной Хэтэуэй – «Интернационалисты: как радикальный план объявить войну вне закона изменил мир»²⁵, С. Шапиро также использует понятие плана для описания события из истории международного права. Он убежденно спорит со сторонниками правового реализма, утверждая, что нормы международного права связывают государства, даже если последние нарушают эти нормы, как было с нарушением Пакта Бриана – Келлога на протяжении значительной части XX века. Норма международного права наиболее эффективна не тогда, когда она заставляет государства действовать вопреки своим побуждениям, а когда она меняет сами их побуждения²⁶. Парижский пакт ознаменовал начало конца эпохи, когда войны были нормальным явлением.

Как Шапиро пытается преодолеть принцип «гильотины Д. Юма»? Вслед за Г. Хартом С. Шапиро отрицает существование нормативных фактов в праве. Чтобы обосновать свою позицию, он приводит следующий пример. Булавочный укол причиняет боль, что является обыденным описательным фактом. С этим фактом можно взаимодействовать одним из двух способов. С ним можно «теоретически» взаимодействовать, постигая его существование. Эта теоретическая ориентация является описательной или научной; она выражается в описательных суждениях, сообщающих об окружающем мире. С другой стороны, можно заниматься описательным фактом «практически», взяв на себя обязательство относиться к нему определенным образом. Эта практическая вовлеченность приводит к нормативным суждениям, которые представляют собой обязательства рассматривать описательные состояния мира как имеющие определенный вес в рассуждениях о том, что делать. Нормативные суждения с этой точки зрения не принимают нормативные факты в качестве своих

²³Shapiro S. J. *Legality*. Massachusetts: Harvard University Press, 2011. P. 221–222.

²⁴Shapiro S. J., Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake? // *Ratio Juris*. 2009. Vol. 22. Issue 3. P. 144–146.

²⁵Shapiro S. J., Hathaway O. *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*. New York: Simon & Schuster, 2017. P. 11.

²⁶Hathaway, Oona A., Shapiro, Scott J. What Realists Don't Understand About Law // *Foreign Policy* URL: <https://foreignpolicy.com/2017/10/09/what-realists-dont-understand-about-law/> (дата обращения: 03.12.2023).

объектов. Поэтому суждение о том, что укол булавкой – это нечто плохое, не претендует на то, чтобы представлять нормативный факт, что укол булавкой плох, или уколы плохи. Функция нормативных утверждений состоит в том, чтобы выразить практическое взаимодействие человека с описательными фактами. Функция нормативной терминологии является экспрессивной, а не репрезентативной: она выражает состояния ума, а не дает представление о состоянии мира.

Таким образом, когда кто-то утверждает, что он обязан выполнять свои обещания, он выражает свою приверженность социальному правилу выполнения обещаний, а не утверждает существование нормативного факта, требующего от него выполнения своих обещаний. На основании данных рассуждений С. Шапиро решает проблему преодоления принцип Юма следующим образом. Он предлагает заменить такое описание обязательства, как «Лицо обязано» на: «С точки зрения закона лицо обязано»²⁷. Таким образом, здесь нет никаких нормативных фактов, из дескриптивного факта мы выводим дескриптивное суждение, следовательно, принцип Юма не нарушается.

Несмотря на то, что философ пытается указать на отдельные недостатки концепции права Г. Харта, исследователями отмечается²⁸, что книга С. Шапиро в некоторых отношениях является реминисценцией на работу Г. Харта. Она так же начинается с извечного вопроса, что такое право, продолжает традицию концептуального анализа и даже написана так, чтобы охватить широкую аудиторию всех заинтересованных, а не только узкий круг специалистов. Тем не менее, С. Шапиро создал самостоятельную заслуживающую внимания книгу, а не работу по обобщению уже имеющихся точек зрения.

Спустя два года после выхода книги С. Шапиро «Законность», в 2013 г. была опубликована книга, содержащая серию критических статей итальянских теоретиков права на концепцию права как планирования. Исследователи отметили, что юридические школы XX в. разделились по таким направлениям: теория естественного права занималась главным образом вопросом ценности права и его моральным измерением, тогда как юридический позитивизм и юридический реализм интересовались главным образом фактическими особенностями права. Однако С. Шапиро, разработав свою концепцию, предпринял достойную попытку представить единую картину, объединяющие и те, и другие вопросы. Тем не менее, ряд правоведов высказали сомнение относительно того, насколько значительный вклад удалось С. Шапиро внести своими работами в теорию права. Прежде всего, разумеется, критика касалась его авторской концепции права как планирования. Наиболее радикальную критику Шапиро дал исследователь Бруно Селано²⁹.

Он отмечает³⁰, что философ М. Брэтман, на которого ссылается С. Шапиро в своих работах, писал лишь о *планировании в отношении самого себя, а не третьих лиц*. Хотя М. Брэтман действительно писал о социальном планировании и о планировании как о коллективной деятельности, речь шла только об агенте планирования во множественном числе, то есть о намерении всего коллектива поступать каким-либо образом. С. Шапиро же сознательно разрывает связь между планом и намерением, допуская планирование в отношении других за других.

В его концепции правовая система выступает «массовым агентом планирования» (Massively Shared Agency или MSA), однако значительная часть его членов, несмотря на разделение ими тех же планов с другими членами, никак не проявляет намерения в отношении таких планов, которые она по тем или иным причинам разделяет. С. Шапиро пишет,

²⁷Shapiro S. J. *Legality*. Massachusetts: Harvard University Press, 2011. P. 185.

²⁸Coyle S. Review: *Legality and the Liberal Order* // *The Modern Law Review*. 2013. Vol. 76. № 2. P. 401.

²⁹Bruno Celano // *Università degli Studi di Palermo* URL: <https://www.unipa.it/persone/docenti/c/bruno.celano> (дата обращения: 04.12.2023).

³⁰Celano B. What Can Plans Do for Legal Theory? // *The Planning Theory of Law: A Critical Reading*, ed. by Canale D., Tuzet G. / *Law and Philosophy Library*, Vol. 100. Dordrecht: Springer, 2013. P. 129–153.

что для того, чтобы группа действовала сообща, полному ее составу не нужно стремиться к успеху совместного предприятия. Достаточно быть приобщенными к плану. Этот план, в свою очередь, может быть разработан тем, «кто действительно намерен добиться успеха в совместной деятельности или, по крайней мере, надеется на это»³¹.

Однако, как справедливо замечает Б. Селано, если мы говорим о планировании для других за других, то вновь всплывают старые вопросы: о власти, об обязательной силе, о принуждении, о полномочиях и так далее. Подобная интерпретация старых вопросов о принуждении, обязательной силе и полномочиях отнюдь не вносит ясности в понимание природы права. Итальянский правовед придерживается той точки зрения, что агент планирования осуществляет такую деятельность всегда в отношении себя самого. А это значит, что внутри эксклюзивного правового позитивизма С. Шапино и его последователей появится еще немало интересных примеров и аргументов по данной тематике. И у русскоязычных читателей есть возможность приобщиться к этой дискуссии.

А.Б. Дидикин, ф.ғ.д., з.ғ.к., Maqsut Narikbayev University Жоғары құқық мектебінің Associate Professor (Астана қ., Қазақстан), Аристотель қоғамының мүшесі (Ұлыбритания), Британдық-Қазақ құқықтық қоғамының мүшесі: Құқық, жоспарлау ретінде. кітапқа шолу: Шапино С. Заңдылық. Мәскеу, 2021. 720 Б.

Бұл кітапқа шолу жасаудың өзектілігі қазіргі заманғы құқық философиясы, АҚШ-тағы Йель заң мектебінің профессоры Скотт Дж. Шапино. Рецензиядағы *зерттеу пәні* 2011 жылы шыққан әйгілі С. Шапиноның «Заңдылық» кітабын орыс тіліне аударған ғылыми басылымның құрылымы мен негізгі тақырыбын талдау болып табылады. *Жұмыстың мақсаты* – С. Шапиноның құқықтық тұжырымдамасы құрылымының негізгі элементтерін әлеуметтік институттардың, қоғам мен мемлекеттің ұйымдастырушылы жоспарлау қызметінің механизмі, оның тұжырымдамалық дизайны мен қазіргі кезеңдегі құқық теориясы және құқық философиясын дамыту үшін маңызы ретінде қайта құру. *Тақырыптың жаңалығы* – С. Шапиноның эксклюзивті құқықтық позитивизмнің дәлелдерін негіздеудің қызықты форматына байланысты, оның философиялық және құқықтық көзқарастарының эволюциясының сипатын бақылауға мүмкіндік беретін құқық әлеуметтануының элементтері бар. *Зерттеу әдістері* ретінде ғылыми ақпарат көздерімен жұмыс негізінде ғалымның құқықтық көзқарастарын Тарихи қайта құру және түсіндіру әдістері қолданылды. Профессор С. Шапиноның кітабына шолудың *негізгі қорытындысы* – оның құқықтық тұжырымдамасы құқықтың нормативтік сипатын сипаттаудың әртүрлі тәсілдерін синтездейді.

Түйінді сөздер: құқық философиясы; құқықтық шындық; құқықтық ұғымдар; жоспарлау; құқықтық институттар; мемлекет; қоғам.

A.B. Didikin, Doctor of Philosophy, PhD in Law, Associate Professor, Higher School of Law, Maqsut Narikbayev University (Astana, Republic of Kazakhstan), member of Aristotelian Society (United Kingdom), member of the British-Kazakh Law Society. Law as a planning activity. Book Review: Shapiro S. J. Legality. Moscow, 2021. 720 p.

The *relevance of the review* of this book is due to the significance of the scientific heritage of the modern philosopher of law, Professor Yale Law School in the USA Scott J. Shapiro. The *subject of the review* is to analyze the structure and main subject of the scientific publication of the translation of S. Shapiro's famous book "Legality", published in 2011, into Russian. The *purpose of the work* is to reconstruct the key elements of the structure of S. Shapiro's legal concept as a mechanism of organizational and planning activities of social institutions, society and the state, its conceptual design and significance for the development of the theory of law and philosophy of law at the present stage. The *novelty of the topic* is due to the interesting format of the substantia-

³¹Shapiro S. J. Massively Shared Agency // Rational and Social Agency: Essays on The Philosophy of Michael Bratman. New York: Oxford University Press, 2014. P. 140–143.

tion of S. Shapiro's arguments – exclusive legal positivism with elements of the sociology of law, allowing us to trace the nature of the evolution of his philosophical and legal views. The methods of historical reconstruction and interpretation of the legal views of the scientist on the sources of scientific information were used as research methods. The main conclusion of the review of Professor S. Shapiro's book is that his legal concept synthesizes various approaches to characterizing the normative nature of law.

Keywords: philosophy of law; legal reality; legal concepts; planning; legal institutions; state; society.

Для цитирования и библиографии: Дидикин А.Б. Право как планирование. Рецензия на книгу Скотта Дж. Шапиро «Законность» (Пер. с англ., М., 2021) // Право и государство. № 4 (101), 2023. – С. 98-106. DOI: 10.51634/2307-5201_2023_4_98

Материал поступил в редакцию 01.12..2023.



НОВЫЕ КНИГИ

Тонков Е. Н., Тонков Д. Е. Правовой реализм: монография / Е. Н. Тонков, Д. Е. Тонков. – СПб.: Алетейя, 2022. – 464 с. – (Pax Britannica).

ISBN 978-5-00165-459-9

В монографии представлены авторские материалы многолетних исследований феномена правового реализма. Основное внимание обращено на американское, скандинавское, российское направления реалистического подхода к праву, которые актуализировали значение фактического опыта и поведения акторов права, став ответом юридической науки на излишний формализм и абстрактность права в США, Швеции, России начала - середины XX в. Подробно исследованы основы российского правового реализма и проанализировано его развитие в XXI в. Отмечены и другие варианты правового реализма, а также предпринимаемые в настоящее время попытки реконструировать и переосмыслить историю реалистического подхода в юриспруденции. Книга представляет собой первую в отечественной науке комплексную работу о правовом реализме с обзором классических и современных вариантов реалистического подхода к праву, рассмотрением идей лидирующих представителей правового реализма, глоссарием.

Монография адресована научным работникам, преподавателям, аспирантам, студентам, практикующим юристам и всем интересующимся проблемами теории права, философии права, истории учений о праве и государстве.

МАЗМҰНЫ

• *Е.Н. Тонков, Д.Е. Тонков.* Қазіргі ғылымдағы Ресей құқықтық реализмінің түсінігі. Б. 15-16. • *Ж.Р. Темірбеков.* Халықаралық құқық мемлекеттерге басқа мемлекеттің аумағында мемлекеттік емес қарулы топтарға қарсы әскери күш қолдануға мүмкіндік береді ме және қаншалықты береді? Б. 33-34. • *К.Э. Химма.* Құқықтың моралі мен табиғаты. 8 Тарау. Құқықтық шындықтың моральдық критерийлерінің тұжырымдамалық мүмкіндігі. Б. 58. • *Н.Х. Қалышева.* Қазақстан Республикасындағы жария басқару құралдары: «адамға бағытталған формат». Б. 60-70. • *П.Ф. Жижин.* Француз құқығындағы шарттағы қателік. Б. 93-94. • *А.Б. Дидикин.* Құқық, жоспарлау ретінде. кітапқа шолу: Шапиро С. Заңдылық. Мәскеу, 2021. 720 Б. 104.

CONTENTS

• *E.N. Tonkov, D.E. Tonkov.* Understanding Russian Legal Realism in the Modern Science. P. 6-15. • *Zh. Temirbekov.* Whether and to what extent does international law allow states to use military force against armed non-state actors on the territory of another state? P. 19-33. • *K.E. Himma.* Morality and Nature of Law. Chapter 8. The Conceptual Possibility of Moral Criteria of Legal Validity. P. 59. • *N.Kh. Kalisheva.* Public Management Tools in the Republic of Kazakhstan: «Human Centricity Format». P. 71-72. • *P.F. Zhizhin.* Contract mistake in the French law. P. 94. • *A.B. Didikin.* Law as a planning activity. Book Review: Shapiro S. J. Legality. Moscow, 2021. 720 p. P. 104-105.

ИНФОРМАЦИЯ ДЛЯ АВТОРОВ

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

Представленные для опубликования материалы должны отвечать следующим требованиям:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Более подробная информация на сайте журнала (См.: <https://km.mnu.kz/ru/info>).



Адрес и контактные данные редакции:
010000, г. Астана, шоссе Қорғалжын, 8, Maqsut Narikbayev University,
тел. 8 (7172) 70 30 07
www.km.mnu.kz e-mail: pravoigos@kazguu.kz

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



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

ҚҰРЫЛТАЙШЫ:

Maqsut Narikbayev University

УЧРЕДИТЕЛЬ:

Maqsut Narikbayev University

CHAIRMAN:

Maqsut Narikbayev University

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

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

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

Журнал РФКД халықаралық ғылыми өлшем жүйесіне енген.

Журнал включен в международную наукометрическую систему РИНЦ.

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

ЖУРНАЛ РЕДАКЦИЯСЫ:

А.Б.Дидикин (бас редактор);
РА. Жакина (жауапты хатшы, ағылшын тіліндегі мәтіннің редакторы);
Н.М. Акпеисова (компьютерлік беттеу және әрлендірме);
А. Ускенбаев (қазақ тіліндегі мәтіннің редактор).

РЕДАКЦИЯ ЖУРНАЛА:

А.Б.Дидикин (главный редактор);
РА. Жакина (ответственный секретарь, редактор текста на английском языке);
Н.М. Акпеисова (компьютерная верстка и дизайн);
А. Ускенбаев (редактор текста на казахском языке).

THE EDITORS OF THE JOURNAL:

A.B. Didikin (Editor-in-chief);
R. A. Zhakina (Executive secretary, text editor of the English version);
N.M. Akpeissova (Technical and design manager);
A. Uskenbaev (Text editor of the Kazakh version).

РЕДАКЦИЯНЫҢ МЕКЕНЖАЙЫ:

010000, Астана қ.,
Қорғалжын тас жолы, 8,
Maqsut Narikbayev University,
тел. 8 (7172) 70 30 07
web-site: www.km.mnu.kz
E-mail: pravoiogos@kazguu.kz

АДРЕС РЕДАКЦИИ:

010000, г. Астана,
шоссе Коргалжын, 8,
Maqsut Narikbayev University
тел. 8 (7172) 70 30 07
web-site: www.km.mnu.kz
E-mail: pravoiogos@kazguu.kz

EDITORIAL ADDRESS:

010000, Astana,
8 Korgalzhyn highway
Maqsut Narikbayev University
tel. 8 (7172) 70 30 07
web-site: www.km.mnu.kz
E-mail: pravoiogos@kazguu.kz

Журналдың толық электрондық нұсқасы және әр жеке мақала журналдың сайтында, РИНЦ-те, IPRbooks-та, Maqsut Narikbayev University репозиториінде орналастырылады және жалпыға қолжетімді болып табылады.

Полная электронная версия журнала и каждая статья отдельно размещаются на сайте журнала, в РИНЦ, IPRbooks, в репозитории Maqsut Narikbayev University и являются общедоступными.

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

ISSN 2307-5201.

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

ISSN 2307-5201.

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

ISSN 2307-5201.

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

Журналдың материалдарында білдірілген пікірлер редакцияның көзқарасымен сәйкес келе бермейді.

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

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

Қолжазба қайтарылмайды.

Рукописи редакцией не возвращаются.

Manuscripts will not be returned.

Журналдың мұқабасын ресімдеу барысында Maqsut Narikbayev University фотосуретінің фрагменті пайдаланған (фотосурет: Жакина Р.).

При оформлении первой страницы обложки журнала использован фрагмент фотографии Maqsut Narikbayev University (фотография: Жакина Р.).

In the design of the first page of the journal cover a fragment of a photo of the Maqsut Narikbayev University (photo by R. Zhakina).

Жарияланған: 29.12.2023

Издан: 29.12.2023

Published: 29.12.2023

© Maqsut Narikbayev University, 2023
© «Құқық және мемлекет» журналы, 2023.

© Maqsut Narikbayev University, 2023
© Журнал «Право и государство», 2023.

© Maqsut Narikbayev University, 2023
© «Law and state» journal, 2023.

