

Возникновение юридического позитивизма

Заикин Дмитрий Павлович

Студент (магистр)

Московский государственный университет имени М.В.Ломоносова, Юридический факультет, Москва, Россия

E-mail: dmitry.zaikin@mail.ru

С учетом ведущей роли юридического позитивизма в современной отечественной юриспруденции в настоящей работе предлагается рассмотреть учение основателя юридического позитивизма - Джона Остина[1].

Отправной точкой учения Д. Остина служит проблема использования термина «закон» (или «право» - laws). Выделяются «законы в строгом смысле слова» (laws strictly so called), «законы в правильном смысле слова» (laws properly so called) и «законы в неправильном смысле слова» (laws improperly so called)[2].

Законы в правильном смысле слова являются разновидностями повелений (commands). Все повеления характеризуются следующими признаками.

Во-первых, повелениями являются только императивные выражения воли (signification of desire / expression of wish). Это требования совершить определенные действия или воздержаться от их совершения[3].

Во-вторых, повеления всегда исходят от конкретного, определенного господствующего разумного существа к подчиненному разумному существу. Под господством (superiority) понимается способность и готовность господствующего лица причинить зло подчиненному за неисполнение последним его желания[4].

В-третьих, адресант повеления имеет возможность причинить зло адресату в случае, если последний не подчинится повелению. Это зло называется санкцией (sanction), которая всегда заключается во зле. Не является санкцией награда (reward), предоставляемая адресату повеления за его исполнение. В то же время санкция не обязательно заключается в насилии по отношению к адресату - это может быть любое неблагоприятное для последнего последствие, например, недействительность совершенной им сделки. В свою очередь, адресат повеления несет обязанность (duty, obligation) исполнить повеление, подразумевающую возможность наступления неблагоприятных последствий в случае неподчинения. В этом отношении термины «повеление», «обязанность» и «санкция» описывают единое по существу явление, рассматривая его с разных сторон[5].

Все повеления могут быть двух типов. Первый тип представлен законами или правилами (rules). Такие общие повеления (general commands) обязывают в целом индивидуально-неопределенный круг людей (class) к следованию определенному типу поведения (course of conduct). Такие общие повеления противопоставляются или повелениям, адресованным конкретным лицам, или повелениям, обязывающим к конкретному действию или воздержанию от действия по какому-то конкретному случаю (occasional or particular commands). Например, объявление траура не является общим повелением, поскольку приурочено к конкретному событию. Напротив, не связанный с продовольственным кризисом запрет экспортировать зерно пусть и в течение определенного периода времени является общим повелением. Следует заметить, что количество адресатов повеления не влияет на его характеристику в качестве общего или специального (конкретного)[6].

Д. Остин также подчеркивает, что судебные решения в основном являются конкретными повелениями. Общими же, как правило, будут повеления, на исполнение или осу-

ществление которых направлены эти судебные решения[7].

Указанный признак законов (или права) во многом соответствует тому, что в современной юриспруденции называется нормативностью права. В то же время если с позиции Д. Остина рассмотреть современное российское законодательство, то нормы Налогового Кодекса Российской Федерации, посвященные, например, Олимпиаде в Сочи или проведению чемпионата по футболу FIFA, могут быть отнесены лишь к конкретным повелениям, но не к законам.

Иные выражения желаний, которые не удовлетворяют вышеперечисленным признакам, законами называть неправильно. Однако и среди них выделяются несколько групп. Часть явлений называют законами по тесной аналогии с законами, например, моральные законы (the moral law), законы общественного мнения (law prescribed by public opinion), законы чести (the law of honour), законы моды (the law set by fashion), «международное право» (international law) и др. Эти правила включаются в «позитивную мораль» (positive morality). Они установлены общим мнением, не имеют определенного источника (адресанта), т.е. не являются выражением желания (воли) господствующего субъекта, но подразумевают обязанность и санкцию, что и обеспечивает их сходство (resemblance) с законами[8].

Другая группа называется законами на основании незначительной и грубой аналогии. К таким «метафорическим законам» (law metaphorical) относятся законы движения тел. Они не подразумевают ни обязанность, ни санкцию[9].

Наконец, выделяются недействительные законы (null or void laws) - они не являются законами по определению[10].

Однако выстроенная Д. Остином достаточно строгая система понятий знает существенные исключения. В некоторых случаях допускается отступление от правила о том, что «законы являются разновидностью повелений» (laws are a species of commands). Во-первых, законами могут признаваться акты аутентичного толкования (acts of authentic interpretation, declaratory laws) - в тех случаях, когда в них допускается расширительное толкование или когда они противоречат тому, что толкуют. Во-вторых, законами признаются акты, отменяющие обязанность (хотя они не являются выражением желания господствующего субъекта). В-третьих, к этой группе относятся законы, не имеющие санкции (laws of imperfect obligation in the sense of the Roman jurists)[11].

Таким образом, к группе законов в неправильном смысле слова относятся только явления, соотносимые с законами по тесной аналогии, и явления, соотносимые с законами по незначительной аналогии.

Д. Остин обращает внимание, что законы в правильном смысле слова всегда императивны, хотя на первый взгляд некоторые из них могут не выглядеть таковыми. Речь идет о законах, устанавливающих только субъективные права, и об обычаях. По поводу первых Д. Остин высказывается весьма категорично: их не существует. Могут быть законы, устанавливающие только обязанность, но не существует законов, которые только создают права, любой закон обязательно возлагает связанную или корреспондирующую обязанность и потому является императивным. Любому праву сопутствует определенная обязанность самого управомоченного субъекта, которую он не может нарушить при реализации дозволения закона (под страхом, например, недействительности сделки)[12].

В свою очередь, обычаи сами по себе действительно не относятся к повелениям, установленным политически господствующим субъектом, и не являются императивными, а потому не могут быть отнесены к категории права (laws properly so called). Обычаи толь-

ко тогда преобразуются в позитивное право, когда утверждаются судебным решением. До этого момента обычаи являются не более чем возникшей из консенсуса подвластных частью позитивной морали. Эти обычаи преобразуются политически господствующим субъектом в правовые нормы либо напрямую - посредством принятия соответствующего закона, либо косвенно - посредством принятия судебного решения. Судьям делегирована часть власти законодателя, который, в свою очередь, может отменить возведенный в право обычай. Таким образом, имеет место молчаливое повеление законодателя (*tacit command of sovereign legislature*) - правило, происходящее из обычая и ставшее законом посредством принятия судебного решения, через которое законодатель косвенно придал правилу юридическую силу. Следовательно, данное правило является императивным[13].

Законы в правильном смысле слова делятся на два вида. Одни установлены Богом для людей (*the Divine Laws or the laws of God*) и возлагают на людей религиозные обязанности. Эти божественные законы могут быть или открыты (*revealed*) людям через Божественное Откровение, или неоткрыты (*unrevealed*), т.е. не сообщены посредством языка. Указателем к неоткрытым божественным законам служит принцип общей полезности (*the principle of general utility*)[14].

Другие законы установлены людьми для людей (*laws set by men to men*). Они также делятся на два вида: первую группу образуют человеческие законы, исходящие от политически господствующих суверенов к политически подчиненным, и повеления, исходящие от частных лиц, осуществляющих свои субъективные права. Они объединяются понятием «законов в строгом смысле слова» или иначе - «позитивным правом» (*positive laws*). Вторую группу образуют все остальные законы, не подпадающие под данное описание[15].

Все вышеперечисленные явления, называемые законами[16], Д. Остин объединяет в три основных категории: 1) божественного права (*Divine law*), 2) позитивного права (*positive law*), 3) позитивной морали (*positive morality*), при этом последняя включает в себя как законы в правильном смысле слова, но не исходящие ни от политически господствующих суверенов, ни от частных лиц, осуществляющих свои субъективные права, так и законы в неправильном смысле - мнения и чувства людей, соотносимые с «настоящими» законами посредством тесной или строгой аналогии. Название «позитивный» означает, что такое право или такая мораль исходят от человека, а не от Бога[17].

Часть позитивной морали, состоящая из законов в правильном смысле слова, включает, во-первых, императивные правила, установленные людьми в состоянии естественной свободы, т.е. в отсутствие суверена. Во-вторых, в данную группу входят императивные правила, установленные суверенами, которые при этом не выступают в качестве политически господствующих субъектов - речь идет о повелениях одного суверена к другому. В-третьих, к таким законам относятся императивные правила, установленные частными лицами не во исполнение своих субъективных прав, например, правила, установленные членами клуба[18].

Ключевой для позитивизма является категория законов в строгом смысле слова - позитивного права. Такие законы возлагают юридические обязанности и обеспечиваются санкциями. Позитивное право создается политически господствующими суверенами, подчиненными политически господствующими субъектами (*subordinate political superiors*), которым полномочия делегированы, и частными лицами, осуществляющими свои субъективные права[19].

Позитивное право образуют повеления, обеспеченные юридическими санкциями и установленные прямо или косвенно суверенным лицом (группой лиц) в отношении члена (членов) независимого политического общества, в котором такое лицо является господствующим

щим и суверенным[20].

Под сувереном (sovereign) понимается определенное и общее (determined and common) лицо или группа лиц, которым основная часть независимого политического общества (the bulk of independent political society) привыкла подчиняться[21]. При этом сам суверен не имеет привычки кому-либо подчиняться. Люди находятся в состоянии подчиненности суверену (in a state of subjection or a state of dependence), сами отношения между ними и сувереном являются отношениями власти и подчинения (the relation of sovereignty and subjection). Независимым политическим обществом является только то общество, которое имеет своего суверена. Строго говоря, независимым является не общество, а суверен. Но поскольку под обществом понимаются подчиненные вместе с сувереном, то оно в целом характеризуется как независимое и, таким образом, противопоставляется обществу полностью подчиненному, в котором нет своего суверена, т.е. состоящему полностью из подчиненных лиц. Существование позитивного права возможно только в независимом политическом обществе[22].

Правила (или императивные повеления), установленные частными лицами в осуществление своих субъективных прав, как было сказано выше, также образуют позитивное право. Однако в одних случаях, осуществление права (путем формирования повеления) является юридической обязанностью управомоченного субъекта (например, опекуна), в других - не является. В первом случае такое лицо создает чисто позитивное право (positive law purely or simply), во втором случае полученное повеление является соединением позитивного права и позитивной морали (compounded of a positive law and a rule of positive morality). Несмотря на то, что такие правила косвенно установлены сувереном, они добровольно и по собственному желанию созданы управомоченным лицом для его собственного блага, но не во исполнение какой-либо обязанности. Такие правила называются «независимыми законами» (laws autonomic). Поскольку грань между указанными выше правилами не всегда возможно провести, Д. Остин с определенной долей условности допускает отнесение «независимых законов» полностью к позитивному праву[23]. Сфера частного права, таким образом, пусть и с оговоркой, относится Д. Остином к позитивному праву.

Именно позитивное право, как оно есть, и составляет предмет науки юриспруденции (science of jurisprudence). Область юриспруденции, таким образом, четко отграничивается Д. Остином от сферы науки позитивной морали (science of positive morality), которая изучает позитивную мораль тоже, как она есть, а также от науки этики (деонтологии). Последняя включает в себя науку о законотворчестве (science of legislation) и науку морали (science of morals), которые направлены на изучение и определение того, какими должны быть, соответственно, право и позитивная мораль[24].

Таким образом, Д. Остином были сформированы понятия «повеления», «закона» и «позитивного права», определены признаки указанных категорий. Заслугой ученого, в частности, стало четкое и последовательное отделение позитивных законов от иных названных в работе категорий и определение, таким образом, предмета юриспруденции.

[1] В основе данного доклада лежит труд Джона Остина «Определение области юриспруденции» («The Province of Jurisprudence Determined»), представляющий собой изданное в 1832 году собрание лекций, прочитанных Д. Остином в Лондонском университете.

[2] John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2nd ed. (London, 1861) P. 1-3.

[3] Ibid. P. 5-6.

[4] Ibid. P. 15-17, p. 120.

[5] Ibid. P. 6-9.

[6] Ibid. P. 10-15.

[7] Ibid. P. 12-13.

[8] Ibid. P. 3-4, p. 17-18, p. 126-127, p. 156-157.

[9] Ibid. P. 4, p. 18, p. 110-111, p. 157-161.

[10] Ibid. Supra note at p. 21-22.

[11] Ibid. P. 18-21, p. 166-167.

[12] Ibid. P. 21-22.

[13] Ibid. P. 22-24.

[14] Ibid. P. 28-31 and next. Данной проблеме посвящены вторая, третья и четвертая лекции. Однако ее подробное изложение лежит за рамками доклада.

[15] Ibid. P. 111-113.

[16] Кроме метафорических законов - употребление слова «закон» в их случае Д. Остин считал категорически недопустимым. Особое негодование автора вызывало объяснение природы «настоящих» законов посредством обращения к таким метафорическим законам. Ibid. P. 160.

[17] Ibid. P. 111-113.

[18] Ibid. P. 123-126.

[19] Ibid. P. 118-119, p. 123.

[20] Ibid. P. 142, 169.

[21] Общество привыкает подчиняться не конкретному лицу (или лицам), а институту, поэтому преемственность власти обеспечивает преемственность привычки подчиняться.

[22] Ibid. P. 170-178.

[23] Ibid. Supra note at p. 123-125.

[24] Ibid. P. 114-115.

Источники и литература

- 1) John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2nd ed. (London, 1861).