

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
Имени М.В. ЛОМОНОСОВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

Иванов Андрей Евгеньевич

ПРАВОВАЯ ТЕОРИЯ ДЖОНА ОСТИНА

Специальность. 5.1.1. Теоретико-исторические правовые науки

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, доцент
Фролова Е.А.

Москва - 2023

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
ГЛАВА 1. ОПРЕДЕЛЕНИЕ СФЕРЫ ЮРИСПРУДЕНЦИИ: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ АСПЕКТ	18
1.1. Творческая биография Дж. Остина	18
1.2. Утилитарная этика и теория познания. Нормативность социального бытия человека.....	24
1.3. Позитивная мораль: «естественный» продукт человеческой жизни	47
1.3.1. Публичная власть как объект моральных норм и Божественных законов. Общественный договор	58
1.3.2. Власть как конвенция и эмпирический факт	65
1.3.3. Мотивы подчинения государственной власти и законам	71
1.4. Правопорядок как нормативная реальность и социальная необходимость	84
ГЛАВА 2. ОБЩАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ КАК «МЕТАФИЗИКА» ПРАВА	93
2.1. Принцип полезности и предмет правовой «метафизики»	97
2.2. Необходимость народного просвещения и кодификации как предлоги для определения сферы юриспруденции и выработки «метафизики» права	108
ГЛАВА 3. КАТЕГОРИЯ «СУВЕРЕН» В ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ	115
3.1. Суверенная власть и ее свойства	117
3.1.1. Формы политической власти. Суверен в республике	140
3.2. Суверенность как свойство человеческой власти. Суверен как институт власти и «должность». Проблема преемственности верховной власти.....	146
3.3. Проблема связанности государства позитивным и международным правом	151
ГЛАВА 4. ТЕОРИЯ ПОЗИТИВНОГО ПРАВА	165
4.1. Командная теория как теория позитивного права	167
4.2. Виды позитивного права, его источники и процедуры (modes) наделения юридической силой	184
4.2.1. Судебное нормотворчество.....	189
4.3. «Вещное право» и «право легальных статусов»	199
4.3.1. «Вещное право». Первичные права	203
4.3.2. Санкционирующие права и обязанности. Деликты, преступления и вменение.....	214
4.3.3. Право легальных статусов и его внутреннее подразделение	223
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	231
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК	247

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Момент появления правовой теории Дж. Остина справедливо считается в юридической науке, особенно западной, началом господства научной парадигмы правового позитивизма и аналитической философии права¹. Его концепция является первой в истории юридической науки теорией, предложившей завершённый и всеобъемлющий анализ государственно-правовой действительности, представленной в формальных юридических категориях «законов», «прав», «обязанностей», «вреда», «санкций», «полномочий», «вменения» и так далее.

За прошедшие с момента опубликования основного прижизненного труда правоведа – «Определения сферы Юриспруденции» (1832 г.) – без малого два столетия, мы можем констатировать неоднозначность оценок теории Дж. Остина в юридической литературе. Ее превозносил Дж. С. Милль; упрекали в чрезмерной узости и однобокости позитивисты и социологи права; ряд исследователей называл автора «описателем» (в смысле И. Бенетама), отыскивающим истину для всех известных правовых систем; другие именовали автора «концептуалистом», вскрывающим саму сущность любой правовой системы в пространстве и времени²; иные – являли собой комбинацию из перечисленного или даже не упомянутого. Неоднозначность в понимании ведет к искажению мысли и конечного замысла самого автора. Именно сам Дж. Остин в наибольшей степени пострадал от подобной борьбы смыслов³. Тем не менее, даже такие ярые критики, как Г. Харт, констатируют, что теория основоположника юридического позитивизма «с самой его смерти никогда не оставалась без внимания», «каковы бы ни были ее недостатки»⁴.

В литературе отмечается огромное влияние Дж. Остина на развитие, в

¹ См.: Stone J. The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice, and Social Control, a Study in Jurisprudence. 1946. С. 3, 11.

² См.: Cotterrell R. The Politics of Jurisprudence. 2nd ed., London: LexisNexis. 2003. С. 81–83; Stone J. Legal System and Lawyer's Reasoning. London: Stevens. 1964. С. 68–69.

³ См.: Rumble W.E. Doing Austin Justice. The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-Century England. London and New York: Continuum. 2005. С. 1.

⁴ См.: Austin J. The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence. London: Weidenfeld. 1954. С. Xviii; Харт Г.Л.А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. – СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. С. 26.

первую очередь, английской юридической науки и преподавания юриспруденции в высшей школе⁵. Кроме того, взлет популярности правоведа в англо-саксонской правовой традиции автоматически означал влияние на школу правового реализма, поднявшую на знамя идеи судебного нормотворчества и языкового анализа права⁶. Считается, что вместе с И. Бентамом английский правовед выработал подходящую для проведения лингвистического анализа методологию, впоследствии адаптированную американскими юристами⁷.

Что касается современного позитивизма, то отношение к Дж. Остину здесь, как правило, критическое. Так, Г. Кельзен отказывает теории основоположника позитивизма в релевантности, поскольку «Определение...» своим содержанием не подпадает под строгую и сугубо описательную науку о праве; критикуя предшественника, он утверждает, что однозначное достоинство «чистого учение о праве» мыслится в том, что оно лишено примесей смежных наук, проводит аналитические методы в жизнь более последовательно⁸.

С общим посылом подобной критики можно согласиться. Г. Харт, напротив, был чуть более предрасположен к учению основателя школы: в целом поддерживая критику Г. Кельзена, он отмечал большое сходство своей теории с теорией Дж. Остина, отстаивал тезис о праве как социо-нормативном факте, не являющимся производным непосредственно от воли суверена. Примечательно также и то, что критика Г. Харта упрекает теорию Дж. Остина в отсутствии того, что в ней в действительности присутствует. Эта оценка, как представляется, является неизбежным следствием того, что заочный спор двух правоведов происходил с опорой на одинаково звучащие, но различно понимаемые (и с различной полнотой раскрываемые) понятия.

⁵ Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. 1954. С. Xvi; Sykes J. G. W. *Jurisprudence: A Review*. *Law Magazine and Review*. 1875. С. 491-492; и Dicey A.V. *The Study of Jurisprudence*. *Law Magazine and Review*. 1880. С. 386; Clark E.C. *Practical Jurisprudence: A Comment on Austin*. Cambridge. 1883. С. 4-5; Hastie W. *Outlines of the Science of Jurisprudence: An Introduction to the Systematic Study of Law*. Edinburgh. 1887. С. Xiv-xv.

⁶ См.: Holmes O.W. *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters, and Judicial Opinions*. Transaction Publishers, 1943. Т. 78. С. 87; Holmes O.W. *The Path of the Law*. The Floating Press, 2009. С. 35.

⁷ См.: White A. R. *Austin as a Philosophical Analyst* // ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 1978. С. 379-399; Rumble W. E. *Divine Law, Utilitarian Ethics, and Positivist Jurisprudence: A Study of the Legal Philosophy of John Austin* // *Am. J. Juris*. 1979. Т. 24. С. 140).

⁸ См.: Kelsen H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. *Harvard Law Review*. 1941. Т. 55. №.1. С. 44, 54, 70.

Юридический позитивизм, несмотря на регулярные оспаривания его статуса⁹, является самостоятельным и самодостаточным направлением юридической мысли, представляющим социальное бытие человека в качестве упорядоченной правом плоскости – совокупности формализованных актов человеческого поведения. В обозначенном смысле он нередко считается своего рода антагонистом всех прочих ключевых направлений (философско-правовых школ) в юриспруденции. Позитивизм в целом подвергается критике за то, что следует считать за одну из его ключевых особенностей – за отрицание дихотомии права (закона) и морали, норм Сущего и Должного¹⁰. Этим, помимо используемой методологии, обуславливается ценностно нейтральный и «универсальный» взгляд позитивизма на право, одинаково применимый к любым актам, исходящим от любого государства в любую эпоху и в любой точке земного шара.

«Вневременное» значение позитивизма, возьмем ли мы вариант Дж. Остина или какой-либо иной, заключено в идее обоснования оснований и текстов позитивных законов, отражающих реально существующие правовые феномены (или создающие их), в том виде, в каком они представлены в объективных нормах, а равно логической целостности и непротиворечивости структуры позитивного права, защите ее (прямо или косвенно) как устойчивой и незыблемой системы. Функциональное назначение этой последней – в формальном опосредствовании «воли» суверена или правопорядка и логическом выведении из них определенной нормативной системы, опирающейся на возможное принуждение. Помимо этого, позитивизм сам по себе, как бы он ни старался остаться на позиции непредвзятого «аналитика», естественным образом транслирует в юридическую мысль идеи о ценностях, отмечающие достоинства постоянно действующей системы строгих и, по большей части, непротиворечивых и однозначных по смыслу норм, позволяющих общественным (правовым) отношениям быть предсказуемыми, иметь, будучи разделенными на классы, заранее известные форму и даже содержание, вос-

⁹ См.: Мальцев Г.В. Понимание права: Подходы и проблемы. М. 1999. С. 145, 164, 177; Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978. С. 39.

¹⁰ Из современных «анти-позитивистов» см., например: Fuller L.L. The Law in Quest of Itself. Boston: Beacon Press. 1940. С. 8; Fuller L.L. The Morality of Law. New Haven, CN: Yale University Press. 1969. С. 110-112, 145-151; Fuller L.L. The Anatomy of the Law. New York: New American Library. 1968. С. 184–185.

питывать народ в духе уважения законов и признания целесообразности их существования, и так далее.

Восприятие доктрины Дж. Остина исключительно сквозь призму правового позитивизма (или ценностной ориентации иной правовой или философской школы), т.е. при излишнем внимании по отношению к видимой простоте ее формы или усматриваемой, на первый взгляд, непоследовательности и эклектичности, не способно отразить целиком взгляды ее автора. Искаженный облик теории английского правоведа есть результат того, что именно концепция позитивного права воспринималась в качестве ее основания. Напротив, адекватное и непредвзятое отношение к содержанию рассматриваемой доктрины есть ключ к аутентичному ее пониманию. Теория Дж. Остина есть концепция юридического знания, обосновывающая целесообразность существования и самоценность позитивистского знания через естественно-правовую и «социологическую» апелляцию к более широким основаниям, выходящим далеко за пределы сферы юриспруденции – Богу, естественному порядку и природе человека, полезности институциональной и нормативной организации общества, в т.ч. в формах политического и правового (морального и легального) воздействия на бытие и поведение человека.

Изучение настоящей концепции имеет значение для теоретико-правовой науки. Полезность этого мыслится не только в том, что проблема позитивного права является одной из основных и «вечных» (пока существует публичная власть) проблем правоведения, но также и в том, что концепция Дж. Остина не исчерпывается позитивистской проблематикой и являет собой весьма широкий перечень разнородных, но органично связанных идей. Можно выделить несколько причин, обуславливающих необходимость такого изучения.

Во-первых, правовая теория Дж. Остина является малоизвестной для отечественной юриспруденции. Она, как правило, воспринимается из «вторых рук» - через труды представителей англо-саксонской и континентальной традиции¹¹. Тем не менее, в последнее время в отечественной юриспруденции наблюдается рас-

¹¹ См.: Остин Д. Определение области юриспруденции / Остин Джон // Антология мировой правовой мысли. - М., 1999. Т. 3. С. 399-404; Lloyd D. Freeman M. Introduction to Jurisprudence. L., 1979. С. 223-237.

туший интерес к трудам английского правоведа, уже воспринимаемых мировой юридической мыслью в качестве классических. Возврат к классике может быть обусловлен как желанием исследовать истоки аналитической философии права¹² или внести ясность в значение термина «юридический позитивизм» в современном правопонимании¹³, так и потребностью, вне зависимости от конечных причин, рассмотреть отдельные аспекты теории английского правоведа в отрыве от желания привести соответствующие утверждения и воззрения в систему¹⁴. Кроме того, ожидается, что интерес к творчеству английского правоведа в ближайшем будущем только возрастет, поскольку его основная прижизненная работа («Определение...»), была недавно (в 2022 г.) и впервые переведена на русский язык¹⁵.

Во-вторых, «первоначальный» позитивизм дает ценные методологические рекомендации и аутентичное понимание основных черт юридического позитивизма, какая бы форма этой теории ни была затронута. Так, в частности, позитивизм Дж. Остина предпринимает попытку выявить сущность, непреходящие свойства и принципы позитивного права. Это делает позитивизм достаточно гибкой и, в известной мере, универсальной теорией. Любая правовая система настоящего и прошлого представляется им в качестве системы взаимосвязанных формальных понятий – их юридико-технических элементов. Различие позитивного права по форме в национальных правовых системах не исключает их сходства по содержанию – в части логики организации таких систем и их норм. Знакомство с

¹² См.: Дидикин А.Б. Аналитическая философия права: истоки, генезис и структура. – Томск: Изд-во Том. Ун-та, 2016; Дидикин А. Б. Формирование и развитие аналитической традиции в философии права XX века. Дис. ... доктора философских наук. Томск. 2016.

¹³ См.: Пищулин А. В. Юридический позитивизм в современном правопонимании // Дис. ... к.ю.н. СПб. 2010; Пищулин А. В. Проблема определения современных подходов к понятию «юридический позитивизм» // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2009. № 3. С. 89-99; Пищулин А. В. Современный юридический позитивизм в англосаксонской правовой семье // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2010. № 4. С. 98-107; Горбунов М.Д. Особенности восприятия англо-американского правового позитивизма в отечественной науке // Правовое государство: теория и практика. 2022. № 4 (70); Горбунов М.Д. Позитивистское правопонимание в англо-американской правовой мысли. Дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород. 2021.

¹⁴ См.: Антонов М. В. Определение суверена в правовом учении Джона Остина // Правовая коммуникация государства и общества: отечественный и зарубежный опыт. 2020. С. 43-47; Касаткин С. Н. Критика Дж. Остина в постхартианской юриспруденции: к ревизии оснований // Философия права. 2021. № 1 (96). С. 33-40; Дидикин А. Б. Правовой позитивизм и эмпирические основания юриспруденции: концепции Дж. Остина и Г. Харта // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2015. Т. 11. № 3. С. 16-22; Касаткин С. Н. Санкции в праве: подходы Дж. Бентама и Дж. Остина // Пенитенциарная безопасность: национальные традиции и зарубежный опыт. 2020. С. 102-104 и др.

¹⁵ См.: Остин Д. Определение области юриспруденции. Часть 1. О пользе изучения юриспруденции / Д. Остин – «Алетейя», 1859, 1995 – (Толкование источников права). СПб., 2022.

изложенными в теории формальной юридической логикой и внутренними закономерностями бытия позитивного права в целом позволяет, таким образом, овладеть логическими основаниями любого права, исходящего от публичной власти.

В-третьих, полезными для современной науки представляются широкие «социологические» взгляды и ценностные (естественно-правовые) интерпретации метаюридических вопросов автором, органично сосуществующие с определенной для юриспруденции «строгой» областью позитивного права. В частности, при обращении к мысли Дж. Остина стоит уделять должное внимание проблемам теснейшей взаимосвязи права и морали, обязательности правовых предписаний и иных нормативных суждений, идее социального порядка, роли личности в бытии права и правопорядка, роли права в бытии государства, общества и отдельно взятого человека, и так далее. Право и государство в его теории оказываются социально-обусловленными, вернее, «антропо-обусловленными» явлениями.

Степень научной разработанности темы. Научную литературу, которая так или иначе затрагивает тему настоящего диссертационного исследования, условно можно разбить на несколько групп.

К первой группе относятся работы, прямо посвященные правовой теории Дж. Остина. К ним, главным образом, относятся труды зарубежных авторов, малая часть которых была переведена на русский язык. Проблемы теории Дж. Остина исследовались в работах таких авторов, как: Антонов М.В., Б.Х. Бикс, В.Дж.Брайс, Л. Винкс, С.М. Вуди, Д. Гербер, Дж. Ч. Грэй, Д. Дизенхаус, Дж. Дьюи, С.Н. Касаткин, Г. Кельзен, М. Лоббан, А.В. Лундштедт, А. Льюис, И.Т. Мансилла, Дж. Б. Мерфи, Дж. С. Милль, Р.Н. Молес, В.Л. Морисон, Х.С. Мэйн, Ф.С. Нортроп, К. Оливекрона, Дж. Раз, В.Е. Рамбл, С.А. Робертс, А. Росс, Дж. Стоун, Дж. Финнис, Л.Л. Фуллер, А. Халпин, Г.Л.А. Харт, О.В. Холмс, Ф. Шауэр, Ф. Шофилд, П. Элефтериадис и др.

Ко второй группе относятся исследования авторов, посвященные юридическому позитивизму или, косвенно, правовой теории Дж. Остина, из которых можно почерпнуть материал, связанный с темой диссертации. Ее можно подразделить, во-первых, на труды классических авторов: Ю.С. Гамбарова,

Н.А. Гредескула, Г. Еллинека, Н.С. Тимашева, Г.Ф. Шершеневича и др. Вторых, указанную группу целесообразно подразделить на труды современных авторов: С.С. Алексеева, М.И. Байтина, М.Д. Горбунова, А.Б. Дидикина, В.Н. Жукова, В.Д. Зорькина, Д.А. Керимова, А.Л. Корбина, Г.В. Мальцева, Н.И. Матузова, А.В. Пищулина, В.А. Туманова, Е.А. Фроловой и др.

К третьей группе относятся исследования, касающиеся государственно-правовой проблематики в целом, методологических проблем и отдельных направлений в философии права. Следует выделить классических и современных авторов, мысли которых могут иметь значение уточняющих комментариев к правовой теории Дж. Остина. Большой объяснительной силой обладают труды следующих классиков: И. Бентама, У. Блэкстоуна, Ж. Бодена, Вольтера, Г.В.Ф. Гегеля, Т. Гоббса, А.В. Дайси, Р. Иеринга, И. Канта, Э. Кассирера, Б.А. Кистяковского, Н.М. Коркунова, Ф. Лассаля, К.Л. Левеллина, Дж. Локка, Ш. Монтескье, С.А. Муромцева, П.И. Новгородцева, У. Пейли, Л.И. Петражицкого, Г. Радбруха, Ф.К. фон Савиньи, Л. Фейербаха, Ю. Хабермаса, О. Хеффе и др. Надлежит обратить внимание на работы следующих современников: К.Э. Альчуррона, Е.В. Булыгина, В.С. Горбаня, А.В. Корнева, В.Н. Корнева, М.Н. Марченко, Д.В. Пожарского, В.М. Сырых, В.А. Томсинова и др.

Объект и предмет исследования. Объект настоящего исследования – взгляды Дж. Остина на государство и право, где последнее понимается в наиболее широком смысле. Предмет – позитивистские, социолого-правовые, этические (утилитаристские и естественно-правовые) идеи и концепции, методологические основы и особенности взглядов Дж. Остина на государственно-правовую и смежную с ней проблематику.

Цели и задачи исследования. Цель настоящего диссертационного исследования – реконструкция и интерпретация представлений Дж. Остина, выявление их методологических оснований, установление взаимосвязи между методологией и идейным содержанием концепции правоведа – единой и устойчивой системой.

Для достижения поставленной цели диссертант стремится выполнить следующие задачи:

1) выявить и установить методологические и этико-правовые особенности правовой теории Дж. Остина, в частности, тесную связь с естественно-правовой, эмпирической и утилитаристской интерпретацией государства и права;

2) проанализировать основной предмет общетеоретической правовой науки Дж. Остина (позитивное право), находящийся на стыке различных гуманитарных и социальных наук, в частности, юриспруденции, этики и богословия;

3) критически оценить идеальную природу суверенной власти и суверена, выступающих в концепции Дж. Остина условиями существования предмета юриспруденции и самой юридической науки;

4) выявить особенности командной теории Дж. Остина, вводимой автором классификации позитивного права, законодательного и судебного нормотворчества.

Теоретико-методологические основы диссертации. Методологическая основа исследования обусловлена целями и задачами работы. В работе используются общелогические методы (анализ, синтез, индукция, дедукция), теоретические методы (абстрагирование, обобщение, восхождение от абстрактного к конкретному, исторический, системного анализа, сравнения), социологический и нормативно-ценностный подходы, и особый частноправовой метод – догматический метод, также обусловленный спецификой настоящей работы.

Научная новизна исследования. Настоящая работа является первым в отечественной теоретико-правовой литературе исследованием, посвященным комплексному анализу правовой теории Дж. Остина:

1) впервые в обобщенном виде представлены идеи и воззрения Дж. Остина на право;

2) демонстрируется метод восхождения от абстрактного к конкретному, с позиции которой изучение теории Дж. Остина представляется последовательным и целесообразным;

3) выявляется идейное содержание методологии утилитаризма и ее значимость как для теории Дж. Остина, так и для возможной интерпретации основных проблем юриспруденции;

4) предлагается новая трактовка теории Дж. Остина, в соответствии с которой известные отечественному правоведению суверен и его команды являются не единственными и не центральными элементами всеобъемлющей теоретической системы английского правоведа.

Проведенное исследование позволило сформулировать и обосновать следующие **положения и выводы, выносимые на защиту**:

1. Дж. Остин стремится через априорное положение, идею нормативной упорядоченности (разумного устройства) мира, сконструировать действительно глобальную, органичную и всеобъемлющую нормативную систему, а также предельно сблизить (но не отождествить) идею естественного порядка с идеей социального порядка. Такая возможность объясняется тем, что конечным и высшим источником любых обязанностей (легальных, моральных и религиозных) выступает Божественный закон. Из этого следует, что условно самостоятельные человеческие нормы являются элементами более масштабной системы – они есть части «естественного порядка», установленного Богом «для своих смертных существ».

2. Из трудов Дж. Остина следует, что человеческие нормы («позитивная» мораль и позитивное право) не имеют необходимой связи с высшим мериллом человеческого поведения – законами Бога. Требования позитивных норм составляют условно самостоятельные области человеческих нормативных суждений – систему легальных и морально-нравственных оценок социальных и природных явлений, в т.ч. поведения самого человека. Известный антагонизм Божественных и человеческих легальных и моральных норм (деяния и события оцениваются при их посредстве по-разному) есть следствие того, что они не воспринимаются людьми в качестве различных сторон одной единой и универсальной системы правил. Преодолеть указанное противоречие позволяет принцип полезности – ключевой и комплексный метод, от которого, по мнению Дж. Остина, следовало бы отталкиваться при любом исследовании норм. Изучением проблем должного применения полезности занимается Этика (Деонтология), проблемами исследования сущих моральных и легальных норм – науки о позитивной морали и Юрис-

пруденция соответственно.

3. Утилитарная этика, включенная в философско-правовую теорию позитивного права, является отличительной особенностью теории Дж. Остина. Утилитаристская полезность, объединяющая различные методологические установки, служит ключевым инструментом на предварительном этапе становления общетеоретического правоведения – «схоластической» «метафизики» права. Полезность указывает, что право в наиболее широком смысле есть перечень объективно данных человеку нормативных систем. Юриспруденция является наукой о сущих нормах, понимаемых в качестве эмпирических фактов. Нормы позитивного права должны исследоваться в отрыве от этического и иного содержания, проблем их происхождения, применения или оказания воздействия на общественные отношения. Существование закона, согласно утверждению правоведа, – это одно, его достоинства и недостатки – совсем другое.

4. Народ в концепции Дж. Остина признается действительным источником любой политической (публичной) власти вне зависимости от ее формы. Бытие власти и конечная действенность исходящих от нее команд или «приказов» обеспечивается, главным образом, не фактической возможностью этой власти принудить адресатов ее повелений к подчинению, но признанием указанной власти в качестве верховной самим народом. По мнению Дж. Остина, социальный и государственно-правовой порядок, воспринимаемые в качестве эмпирических (нормативных) фактов, есть следствия социальной конвенции. Для обращения к результату установления указанного консенсуса правоведа использует собирательный термин «привычное подчинение». Это понятие отражает не только внешние аспекты бытия некой социальной организации и отношений власти и подчинения, но и внутренние процессы, протекающие в человеческом разуме и психике в связи с упомянутыми явлениями. В концепции правоведа проблема подчинения верховной власти и ее нормам имеют ярко выраженный «субъективный» характер – конечное решение о целесообразности подчинения принимают подвластные лица.

5. Верховная и суверенная политическая власть в учении Дж. Остина есть причина, обуславливающая бытие публично-правовой плоскости и предмета по-

зитивистской общей теории – позитивного права. Власть есть нейтральная сила, отвлеченная от общественных отношений – она подобна объективным силам природы. Абстрактная идея власти, будучи «душой» политического общения, обладает условно самостоятельным существованием. Ее воздействие на фактические отношения людей возможно лишь постольку, поскольку она оказывается «овеществленной» и «персонифицированной». Власть пребывает в «спящем» состоянии в институтах государства и его главы (суверена), отвечающих за воспроизводство политико-правовой плоскости, правового и социального порядков.

6. Согласно Дж. Остину, государство в целом, будучи верховным субъектом политики, учреждает «лиц» и органы политико-правового управления, выступает источником любых полномочий государственных лиц и легальности их актов. У политической власти, являющейся неограниченной с точки зрения права, есть верховный представитель – суверен. Бытие суверена обусловлено фикциями «должности» и «лица». Он является носителем определенного статуса и перечня полномочий, производных от политической власти государства. Он есть институт власти, «орган государства» и единственный постоянный «субъект суверенности» в независимом политическом обществе.

7. В учении Дж. Остина конечное ограничение государства или верховного «распорядителя» его властью (суверена) правом невозможно. Суверен есть часть коллективного государственного тела; и то, и другое невозможно подвергнуть правовой санкции. Предупредить нарушение законов политической властью возможно лишь неюридическими средствами, среди которых надлежит выделить моральное сознание властвующих персон и различные формы «позитивной» морали (восприятие публичной власти подвластным народом или «международным сообществом»), в перспективе сопряженные с оказанием фактического воздействия на такую власть.

8. Команды (законы суверена) в теории Дж. Остина не являются только лишь «приказами, подкрепленными угрозами» (формулировка Г. Харта) со стороны политической власти. Правовед признает, что в рамках правовой системы существуют «неимперативные» команды (акты толкования, декларативные, дефи-

нитивные, оперативные и иные нормы) и диспозитивные законы. Так, ярким примером, выступающим следствием указанной диспозитивности, следует считать «законы частных лиц» – договоры или контракты. Команды, будучи непосредственными источниками прав, обязанностей и статусов, являются также легальными началами, санкционирующими, в частности, любое применение силы любым должностным лицом или органом государства. В современных государствах команды обуславливают существование легальных процедур, при посредстве которых единственно возможно осуществлять государственную власть. В частности, они обуславливают бытие феномена судебного нормотворчества. Последнее в учении Дж. Остина имеет самостоятельный характер и важное значение для действительности правопорядка в целом.

9. В теории Дж. Остина судья представлен как условно самостоятельное государственное лицо, создающее нормы не столько с опорой на законодательство (хотя и не в противоречии с ним), сколько на собственные убеждения и мотивы (*ratio decidendi*). Создание прецедента (источника права в англо-саксонских системах) судом, независимо от того, будет ли соответствующая логика действительно положена в основу иного судебного акта, считается правоведом актом судебного нормотворчества – особой формой создания позитивного права. Чтобы внести единообразие и упорядочить «хаос» судебной деятельности Дж. Остин предлагает кодифицировать *ratio decidendi* – выявить основные принципы и мотивы, воздействующие на мотивировочную часть итоговых судебных актов, и придать им силу закона.

10. Согласно Дж. Остину, позитивное право подразделяется на «вещное право» и «право легальных статусов». Эта классификация отрицает целесообразность выделения публичного и частного разделов в правовых системах. Вещное право подразделяется автором на первичные («абсолютные») и вторичные («санкционирующие») права и обязанности; статусы – на гражданские, политические и иные (аномальные). В основу указанной классификации была положена идея о непосредственной цели законодателя (*ratio leges*) для каждого из упомянутых разделов. Так, «первичные» вещные права, производные от законов или «во-

ли» суверена, являют собой начала юридической жизни общества. «Вторичные» права, напротив, есть совокупность особых правил, которые, помимо «статичных» законов, обеспечивают реальное бытие прав и обязанностей. Они представляют собой различные формы средств правовой защиты (частными лицами) и самозащиты (государством) права, включающие в себя как судебные процедуры и меры, связанные с исполнением судебных решений или приговоров, так и, например, досудебные способы урегулирования споров. «Право легальных статусов» есть «дополняющий» вещное право раздел позитивного права, благодаря которому можно определить, к какому классу «юридических лиц» относится та или иная персона, обладающая определенным перечнем прав, обязанностей, «способностей» и «неспособностей».

Теоретико-практическая значимость исследования. Проведенное исследование позволяет, во-первых, восполнить пробелы отечественного правоведения (общей теории, философии и социологии права, истории политических и правовых учений), касающиеся аутентичного восприятия доктрины Дж. Остина – первой в истории юридической мысли концепции, предложившей всеобъемлющий теоретический портрет государственно-правовой действительности, выстроенный, по преимуществу, на базе правовых категорий (команд-законов, прав, обязанностей, статусов, вменения и др.), но все же предполагающий нерушимую связь с политической и этической проблемными областями.

Во-вторых, настоящая работа имеет значение для развития теоретико-правовой науки. Концепция английского правоведа есть прекрасный образец «социологического» или «эмпирического» юридического позитивизма, старающегося объединить реальность чувственно воспринимаемых фактов с реальностью абстрактных понятий. Примечательно, что под эмпирическими фактами правовед понимает не только тексты законов, но также явления и закономерности окружающей человека природной и социальной действительностей. Проблема «определения сферы юриспруденции» в учении Дж. Остина есть фактически проблема правопонимания.

С практической точки зрения, она, опирающаяся на начала утилитаризма,

способна выступить руководящим началом при формировании текущей политико-правовой (в частности судебной) практики в духе взаимного проникновения либеральных и консервативных идей, ибо старается, осторожно взвесив все «за» и «против», свести воедино общее и частное человеческое благо и дать практические советы по способам установления «наибольшего возможного счастья» путем реформ и народного (правового и этического) просвещения.

Помимо этого, практическая значимость проведенного исследования заключается в том, что впервые системно рассматриваются взгляды еще одного, помимо И. Бентама и Дж. С. Милля, представителя утилитаристской традиции в правоведении, могущие стать прекрасным дополнением к комплексной и фундаментальной сфере научного знания – теории государства и права. Взгляды Дж. Остина обладают большой объяснительной силой для общей теории как государства, так и права, философии права, социологии права, методологии юридической науки, истории политических и правовых учений.

Апробация результатов исследования. Диссертация подготовлена, обсуждена и рекомендована к защите на заседании кафедры теории государства и права и политологии Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

Основные положения и выводы диссертационного исследования отражены в научных статьях, одна часть которых была опубликована автором в журналах, сборниках и иных периодических изданиях из перечня ВАК и РИНЦ¹⁶, другая часть – в рецензируемых научных изданиях, рекомендуемых для защиты в диссертационном совете МГУ по настоящей специальности¹⁷.

¹⁶ См.: Иванов А.Е. Дж. Остин о сущности суверенной власти, ее персонификации и преемственности // Образование и право. 2022. № 11. С. 345-351; Иванов А.Е. Общая юриспруденция Дж. Остина: рациональный и эмпирический аспекты // Философия права. Очерки: монография / под общ. ред. Е.А. Фроловой. Проспект (М.). 2022. С. 64-77; Иванов А.Е. Правовая теория Дж. Остина: особенности и критика // Философия права. Очерки: монография / под общ. ред. Е.А. Фроловой. Проспект (М.). 2022. С. 78-96; Иванов А.Е. «Команды» в правовой теории Дж. Остина: позитивистский и культурологический аспекты // Основные тенденции развития современного права: проблемы теории и практики: Материалы VI Национальной научно-практической конференции. Казань. С. 2022. С. 294-300; Иванов А.Е. Формально-догматический метод как основа юридического мышления и мировоззрения // Основные тенденции развития современного права: проблемы теории и практики. Материалы V Всероссийской научно-практической конференции. Казань. 2021. С. 91-97.

¹⁷ См.: Иванов А. Е. Дж. Остин о мотивах подчинения публичной власти // Аграрное и земельное право. 2023. № 1. С. 8–11; Иванов А. Е. Исторический аспект командной теории права: Средневековье и раннее Новое время // Право и государство: теория и практика. 2021. № 8. С. 32-34; Иванов А. Е. Командная модель права в трудах И. Бентама //

Основная проблематика исследования обсуждалась на различных конференциях (международных, всероссийских, межфакультетских), в частности, на международной совместной научно-практической конференции «Актуальные проблемы истории политических и правовых учений и философии права» (2020), межфакультетской научной студенческой конференции «Проблемы правопреемства и исторической памяти в современном мире» (2021), XXIII ежегодной международной научно-практической конференции «Государство и право России в современном мире» (2022), научной конференции с международным участием «Философия и теория права в XXI веке: оценки и перспективы развития» (2022), XXIX международной научной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов-2022» (2022), и др.

Структура диссертации состоит из введения, четырех глав, разделенных на параграфы, заключения и списка литературы.

ГЛАВА 1. ОПРЕДЕЛЕНИЕ СФЕРЫ ЮРИСПРУДЕНЦИИ: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

«Определить область юриспруденции – значит провести различие между позитивным правом (как соответствующим предметом юриспруденции) и различными объектами, ... с которыми оно связано... путем сходства или аналогии». Это невозможно сделать без обращения к предметным областям или предметам иных наук и дисциплин. Правовед характеризует свой труд как «попытку выдвинуть гипотезу (suggest) о предмете науки, сопровождаемую такой мерой завершенности и конкретности, которая сочетается с общими рассуждениями и лаконичностью». Соответственно, любые общие выводы, касающиеся, например, созданных в ходе исследования понятий, исключают возможные детали и «аномальные случаи» и заключаются в описании только родовых объектов. Можно ли одновременно охватить определением родового объекта все или хотя бы большую часть признаков видовых объектов – большой вопрос. Тем не менее, правовед с уверенностью отмечает, что проанализированные особенности и выведенные им определения «близки к полноте»¹⁸.

Поскольку мы стремимся показать, почему определение сферы юриспруденции в принципе стало возможным и воспринималось Дж. Остином как необходимость, то представляется необходимым начать настоящее исследование с изложения этапов жизненного и творческого пути английского правоведа, которые продолжают ценностные и методологические установки, проявляющиеся, с той или иной степенью отчетливости, в каждой части теории правоведа.

1.1. Творческая биография Дж. Остина

Дж. Остин, самый старший из семерых детей деревенского мельника, родился 3 марта 1790 года в поселении Критинг-Сент-Мэри в графстве Суффолк на востоке Англии. Незадолго до семнадцатилетия, он вступил в английскую армию, в рядах которой служил под началом Лорда У. Кавендиша-Бентинка на Мальте и

¹⁸ См.: Austin J. The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence. London, John Murray, Albemarle Street. 1832. С. 383-385 (Далее по тексту – The Province).

Сицилии во время Наполеоновских войн¹⁹. По просьбе семьи, с учетом хрупкого здоровья и общей негодности к военной службе, а также в силу гибели второго по старшинству сына в семье Остин, молодой Джон в 1812 году подал в отставку. Обнаружив у себя склонность и живой интерес к правоведению, будущий основоположник позитивизма решает приобщиться к юридической специальности. Начав изучать право в 1813 году, он проводит 1814-1818 годы в подготовке к сдаче экзамена, чтобы в дальнейшем практиковать право как судебный юрист (barrister) в суде лорда-канцлера. В 1814 году Дж. Остин знакомится с Сарой Тейлор (1793 г.р.), уроженкой Нориджа, расположенного к северо-востоку от Лондона, - своей будущей супругой. В 1818 году правоведа был присвоен статус адвоката в Inner Temple – школе подготовки барристеров и особой корпорации адвокатов.

С 1820 года Дж. Остин работает в качестве барристера в судебном округе Норфолка. В том же году он вступает в брак с Сарой Тейлор. Вместе с супругой правоведа переезжает в центр Лондона, где их соседями становятся Иеремия Бентам и Джеймс Стюарт Милль (отец Джона Стюарта Милля). 24 июня 1821 года рождается дочь правоведа – Люси²⁰. Несмотря на изначальный живой интерес, практическая деятельность оказалась Дж. Остину не по душе. Чрезмерная тревожность и требовательность к себе, неуверенность, неприязнь к полумерам, незавершенности и несовершенству²¹, поспешность и атмосфера непрекращающегося ажиотажа юридической практики, неприспособленность к ускоренному темпу жизни и хрупкость здоровья оказали значительный отрицательный эффект над

¹⁹ Rumble W.E. Doing Austin Justice: The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-Century England. С. 13.

²⁰ Английский писатель и переводчик, известная миру под именем Люси Гордон (Дафф-Гордон) благодаря собственным сочинениям «Письма из Египта» (1865) и «Последние письма из Египта» (1875), высмеивающим правление Оттоманов через множества личных историй людей, с которыми ей довелось столкнуться за время пребывания в этой стране. Помимо этого, она знала арабский язык и в своих письмах затрагивала, в частности, египетскую культуру, верования и обычаи. 13 июля 1869 года в возрасте 48 лет она скончалась от усугубившегося туберкулеза.

²¹ Как отмечается, эта черта предопределяла темп и содержание работы и творчества правоведа вплоть до того, что «в обдуманном научном изложении он был так строг в требованиях к самому себе, так нетерпим ко всем, что не соответствует абсолютной завершенности, так нетерпелив, когда малейшая тень ложилась на любую часть предметной области, находящейся в его обозрении, что он был склонен перегружать свою работу избытком материала, и, благодаря разработке которого он уделял много внимания второстепенным аспектам, оказывали негативное воздействие на общий результат его разъяснений тех проблем, которые были действительно важными (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 193).

физическим и ментальным состоянием правоведа²². Дж. Остин решает полностью отказаться от адвокатской работы и покидает ее в 1825 году²³.

В 1826 году был основан Лондонский Университет, в котором, благодаря влиянию И. Бентама, Дж. Остин получает место профессора юриспруденции. Перед тем, как начать исполнять свои обязанности, он провел полгода в Германии, где изучал работы немецких пандектистов и представителей исторической школы права по цивилистике, что в последующем окажет влияние на его собственные труды²⁴. Дж. Остин начал чтение своих лекций в 1829 году с исключительной живостью и самоотдачей, старался провоцировать дискуссии. Ему, однако, не удалось удержать интерес аудитории и лекции не пользовались большой популярностью²⁵. В литературе выделяют множество возможных причин, обусловивших непопулярность лекций английского правоведа, основными из которых являются следующие: 1) чрезмерная абстрактность в высшей степени теоретического материала – Дж. Остин намеревался выработать «метафизику» права, т.е. философию позитивного права, упорядоченную формальной логикой и отделенную от непосредственной юридической практики; 2) минимальное значение для юридической практики, ибо не является привлекательным лекционный курс, несвязанный с научением навыкам, посредством которых можно достигнуть почетного положения и прибыльной должности²⁶; 3) продолжительный анализ этической проблематики, в частности, принципа общей полезности (*general utility*); 4) неудовлетворительное состояние академического юридического образования, поскольку считалось, что праву как прикладной специальности можно научить только в адвокат-

²² См.: Austin J. *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*. 1885. Т. 1. С. 4-5 (Далее по тексту – *Lectures*. Т. 1).

²³ Rumble W.E. *Doing Austin Justice*. С. 16.

²⁴ См.: Lewis A. “Darkening the Fair Face of Roman Law”: Austin and Roman Law // *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. Springer, Dordrecht, 2013. С. 41-49.

²⁵ Как указывал Дж. С. Милль, постоянный слушатель лекционного курса своего друга и наставника, занятия были чрезмерно монотонными, не охватывали рассматриваемую проблематику целиком и содержали слишком много исторического контекста (См.: *The Earlier Letters of John Stuart Mill: 1812-1848*. Toronto: University of Toronto Press. 1963. CWJSM. Т. 12. С. 51-53).

²⁶ Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 8, 12. Дополнительно, считается, что в попытках связать теорию с практикой, Дж. Остин проигнорировал главное – конкретные примеры конкретных судебных дел и известных прецедентов, которые оказали бы исключительно благотворное воздействие на лиц, пришедших за юридическим образованием, главным образом потому, что оно, по их мнению, способно дать необходимое понимание для будущего стремительного карьерного роста (См.: Hammond W.G. *John Austin and His Wife*. 1889. С. 51).

ских палатах и иных практикоориентированных организациях²⁷; 5) личностные особенности Дж. Остина, препятствующие эффективному преподаванию²⁸, и иные обстоятельства.

Последняя лекция была прочитана им в 1833 году. Годом ранее им были написаны и опубликованы шесть первых «вводных» лекций, прочитанных в Лондонском университете и получивших название «Определения сферы Юриспруденции»²⁹. Будучи воспринятой широким профессиональным юридическим сообществом, по большей части, лишь после смерти автора, его научная деятельность оказывалась практически неизвестной. Изложенная в лекциях философия права является наиболее крупным трудом Дж. Остина, изданным при жизни. По убеждению Дж. Остина, теоретическая юриспруденция оказывалась невостребованной для юристов того времени, стремящихся зарабатывать деньги, а не знать в тонких подробностях предмет собственной специальности. Разочаровавшись в целесообразности продолжения педагогической карьеры и восприняв собственную профессорскую должность, с учетом крайне низкого интереса и посещаемости студентов, в качестве «пустого титула», правоведа решает покинуть пост³⁰.

Несмотря на смену рода деятельности, Дж. Остин, по свидетельствам супруги, свое единственное призвание и величайший интерес никогда не прекращал связывать со вкладом в науку, неважно, окажется ли такой вклад должным образом воспринят, либо же нет. Идеалы нельзя так просто искоренить, поэтому глубоко академический взгляд на правовую проблематику сопровождал правоведа всю жизнь, за какую бы юридическую работу он не брался. В 1833 году

²⁷ См.: Rumble. W.E. Austin in the Classroom: Why Were His Courses on Jurisprudence Unpopular? // The Journal of Legal History. 1996. С. 23.

²⁸ В частности, можно выделить «боязнь сцены» правоведа, его неспособность к произвольному чтению лекций и предрасположенность к тревожности и переживаниям, сопряженных со страхом неудачи (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 4, 7). Исследователи полагают, что промахи и разочарования оказывали очень сильное влияние на «строгую, замкнутую, чувствительную и неуверенную в себе» натуру автора (Rumble. W.E. Austin in the Classroom: Why Were His Courses on Jurisprudence Unpopular? С. 34). Дополнительно, указанное влияние постоянно подталкивало правоведа к мысли либо о необходимости полного пересмотра собственных взглядов, либо отказа от какой-либо дальнейшей работы, связанной с исследованием. Вся совокупность факторов делала «тревогу чрезмерной» для «хрупкого» (delicate) «телесного здоровья» правоведа, испытывавшего хронические головные боли похожие на мигрень, которые преследовали его на протяжении всей жизни (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 4, 6). *Указанные и сопряженные с ними личностные особенности правоведа «оказались губительными для его успеха в профессии»* (Там же, с. 4; курсив наш – А.И.).

²⁹ Изначально их количество равнялось десяти, но, для удобства преподавания, их количество было сокращено до шести (Там же, с. 23).

³⁰ Там же, с. 8-9.

Дж. Остин был приглашен Лордом Канцлером в законодательную комиссию, занимавшуюся разработкой английского уголовно-правового кодекса. Свидетельством его плодотворной работы служит то, что правовед оставил значительное количество черновиков, заметок и набросков; после смерти Дж. Остина они были систематизированы и опубликованы его супругой³¹.

В 1834 Дж. Остин возвращается к преподаванию. Получив возможность читать лекции по юриспруденции в Inner Temple (профессиональном юридическом сообществе и учебном заведении для барристеров) благодаря Лорду Бикерстефу (будущему Лорду Лэнгделу), английский правовед, будучи прекрасно осведомленным в проблемах юридического образования в Великобритании, приступает к неблагодарной работе, связанной с попыткой установить новый образовательный стандарт. Вновь столкнувшись с незаинтересованностью студентов и собственной неспособностью привлечь больше слушателей, правовед подает в отставку в 1835 году и никогда больше не возвращается к преподаванию юриспруденции.

Спустя полтора года правовед согласился на должность королевского инспектора на Мальте, в должностные обязанности которого входило разрешение конфликтов между местным населением и властью метрополии. Возглавляя соответствующую комиссию, Дж. Остин успел внести значительный вклад в законодательную и судебную реформы и, в частности, в реформирование островных пошлин и тарифов. После смены руководства работа комиссии была внезапно прекращена в 1838 году.

После этой отставки Дж. Остин живет в Европе, где устанавливает тесные рабочие и дружеские отношения со многими выдающимися юристами (в частности, Ф.К. Савиньи). Это окрылило его настолько, что он продолжил отложенные общетеоретические изыскания, решив акцентировать внимание на дальнейшем продвижении в область позитивного права. В этот период были опубликованы еще две крупные работы, посвященные свободной торговле и политико-правовому явлению «централизации» (в 1842 и 1847 годах соответственно).

³¹ Austin J. Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law. 1885. Т. 2. С. 1040-1070 (Далее по тексту – Lectures. Т. 2).

В Париже Дж. Остина застала французская революция 1848 года. Всплеск революционного насилия оставляет глубокий след в душе правоведа и, в значительной степени, меняет его либеральные представления на строго консервативную и несколько реакционную позицию³². Апогеем либерально-консервативной мысли Дж. Остина является его брошюра «A Plea for the Constitution» («В защиту Конституции», т.е. сложившегося политического строя Великобритании), опубликованная в 1859 году³³. Проведя несколько месяцев в столице, супруги вынужденно наблюдают за ходом восстания, пока, наконец, «сорвавшись с насиженного места» (uprooted), им не удастся обустроиться в Вейбридже (графство Суррей) на юго-востоке Англии. По словам С. Остин, здесь начался наиболее счастливый период жизни ее супруга, так долго желавшего покоя³⁴. За пристальным наблюдением за политическими событиями (парламентскими реформами), творчеством и редкими приемами гостей беззаботно прошли последние двенадцать лет жизни юриста. Правовед ушел из жизни 17 декабря 1859 года на фоне обострившегося бронхита.

С. Остин покинула этот мир 8 августа 1867 года и была похоронена подле супруга на кладбище в Вейбридже. Пережив правоведа почти на десятилетие, она принялась за систематизацию его трудов и успела опубликовать все обнаруженные и ранее неизданные рукописи. Они вошли в состав второго и третьего издания Лекций правоведа, изданных в 1861 и 1863 годах соответственно. Этот колоссальный труд был назван газетой Times в выпуске от 12 августа 1867 года «наиболее величественным памятником, могущего быть воздвигнутым в память о ее супруге»³⁵. В состав томов были включены оригинальные шесть лекций «Определения сферы Юриспруденции», вновь упорядоченные и сокращенные С. Остин. Последующие четвертое и пятое издания (1875 и 1885) были опублико-

³² Резкая смена мировоззренческих установок ожидаемо провоцирует дискуссию о том, остался ли Дж. Остин верен своим первоначальным идеалам (См.: Hamburger L., Hamburger J. *Troubled Lives: John and Sarah Austin*. University of Toronto Press, 1985. С. 178). Подробнее об этом см.: Rumble W. E. *Did Austin Remain an Austinian? // The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. Springer, Dordrecht, 2013. С. 131 – 153.

³³ По словам С. Остин, «ее успех намного превзошел его самые скромные ожидания и доставил ему удовлетворение от мысли, что он внес какой-то вклад в разгром пагубных проектов. Это была единственная награда, которой он желал» (Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 20).

³⁴ Там же, с. 18.

³⁵ Цит. по: Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. Viii.

ваны по инициативе Дж. С. Милля, оставившим, совместно с Р. Кемпбеллом (издателем) собственные комментарии в сносках. Существуют и иные, современные издания: от 1954 года с предисловием Г. Харта и от 1995 года с предисловием В. Рамбла.

1.2. Утилитарная этика и теория познания. Нормативность социального бытия человека

1. Идея о всеобщей нормативной упорядоченности бытия человека.

Многие исследователи и правоведы, отрицая значимость утилитарных представлений Дж. Остина, тем самым транслируют в юридическую и смежную с ней мысль исключительно ошибочные взгляды, искажающие общую суть концепции английского правоведа³⁶. Мы признаем, что на первый взгляд парадоксальным является утверждение, в соответствии с которым общетеоретические взгляды на суверена и законы, заложенный основоположником правового позитивизма, являются не единственным и не центральным предметом исследования³⁷.

Как представляется, непризнание или непринятие во внимание намерений Дж. Остина обусловлены, главным образом, незавершенностью его работы³⁸. Регулярно встречаются мнения, согласно которым утилитарные (этические) рассуждения основоположника позитивизма должны быть вовсе вычеркнуты из юридического дискурса, либо их нахождение там является, по меньшей мере, нежелательным³⁹. Мы полагаем, что от критиков ускользает понимание того, что *утили-*

³⁶ Достаточно часто концепция автора рассматривается в негативном ключе, в силу чего и без того неизвестный «изначальный» позитивизм становится только дальше от нас. Перед нами складывается не образ правовой теории английского правоведа, а некий «соломенный человек», который, как считается, и есть действительный Дж. Остин (См.: Morison W. L. Some Myth About Positivism // The Yale Law Journal. 1958. Т. 68. № 2. С. 212).

³⁷ См.: Rumble W.E. Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence // Cornell L. Rev. 1981. Т. 66. № 5. С. 986.

³⁸ Rumble W.E. Doing Austin Justice. С. 9. С. Остин, будто предвидев подобное отношение к наследию своего супруга, оставила следующий комментарий, ссылаясь на слова некоего лица (вероятно, Дж. С. Милля), «оценившего труд Дж. Остина по достоинству»: «Поскольку... хотя из-за фрагментарной формы, в которой она (теория – А.И.) обязательно должна появиться, ее достоинства, вероятно, будут скрыты от большинства читателей, ее великая философская ценность будет очевидна тем, кто внимательно изучит ее» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 989).

³⁹ См., например: Maine H.S. Lectures on the Early History of Institutions. New York: Henry Holt. 1975. С. 369-370; Lobban M. The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850. Clarendon Press, Oxford. 1991. С. 246, 254; Bryce V.J. Studies in History and Jurisprudence. 1901. С. 613; Gray J.C. The Nature and Sources of Law. 1963. С. 304. Дж. Грэй занимал более умеренную позицию и отмечал, что «учения о морали в значительной степени... есть важнейший источник, из которого судьи черпают и должны черпать нормы, составляющие закон, истинная теория морали должным образом входит в сферу юриспруденции; и поэтому я не могу винить Остина, как это делают некоторые,

таризм не просто является релевантным применительно к теории Дж. Остина, он в принципе делает такую теорию возможной с логической точки зрения. Он есть ядро органа английского правоведа, ключевой элемент, обуславливающий определение определения сферы юриспруденции.

Категорически нельзя упускать из виду тот факт, что правоведа намеревался создать теоретическую систему, которая смогла бы одновременно охватить как все акты индивидуального человеческого поведения, так и представить социальную действительность в целом как нормативно упорядоченное бытие человека с опорой на некоторое универсальное мерило поведения⁴⁰. Для него обсуждение этических вопросов представляют собой «необходимые шаги»⁴¹ для построения здания юридической науки, т.е. для определения сферы юриспруденции⁴². Его теория права в значительной степени – в той, которая не касается догматического исследования права, – является нормативно-этической концепцией⁴³.

В предисловии «Определения сферы Юриспруденции» английский правоведа обозначает амбициозные намерения, указывая, что его «трактат не обращен

за то, что он имеет дело с основаниями морали в своем трактате» (Там же, с. 143-144). Тем не менее, он отмечает, что «трудно отстаивать последовательность Остина в связи с тем, что... он посвятил столь значительную часть работы обсуждению мерила морали» (Там же, с. 304).

⁴⁰ С. Остин указывала, что ее супруг «всерьез решил выполнить задуманную им грандиозную работу» (См.: Austin J. Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law. 1885. Т. 1. С. 16; далее по тексту – Lectures. Т.1). В его заметках она обнаружила «неоднозначное» название всеобъемлющего трактата, посвященного столь же неоднозначному и многогранному предмету: «Принципы и взаимоотношения Юриспруденции и Этики» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1071). Что примечательно, в более поздней и современной литературе наметилась тенденция критической и верной, на наш взгляд, переоценки теории Дж. Остина (См., например: Moles R. Definition and Rule in Legal Theory: A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition. Oxford: Basil Blackwell. 1987. С. 12-16).

⁴¹ Завершенное исследование было бы посвящено триединому предмету: «принципам и взаимоотношениям права, морали и этики, где под правом понимается позитивное право, под моралью – позитивная мораль, а под этикой – принципы, которые выступали бы должной оценкой первых двух» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 17). С работой сразу в трех направлениях Дж. Остином связывалось определение юриспруденции в «абстрактной» (общей) ее части. Между божественным правом, позитивным правом и позитивной моралью автор не усматривал непреодолимого водораздела, напротив, все перечисленное было связано в его концепции «многочисленными и неразрывными узлами» (Austin J. The Province. С. 383-384; курсив наш – А.И.). Без восприятия каждого из разделов как в самостоятельном качестве, особенно сущую позитивную мораль, так и в отношении к позитивному праву, понять и сколько-нибудь полно исследовать последнее попросту не представляется возможности (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 746).

⁴² Вероятно, задаче более правильного понимания роли философии права может послужить ссылка на следующее мнение Г.Ф. Шершеневича, оказывающееся практически тождественным мнению Дж. Остина: «специальная задача философии заключается в объединении тех выводов, которые даются отдельными науками, в видах построения цельного научного мирозерцания» (См.: Шершеневич Г. Ф. Философия права. Том I. Часть теоретическая. Общая теория права. Выпуск первый. 1910. С. 10; курсив наш – А.И.).

⁴³ Утилитаризм оказывается связан с внешними и предварительными для правовой теории логическими обстоятельствами, часто не проявляясь напрямую в исследовании английского правоведа, но неизбежно и незримо предопределяя его выводы (Rumble W. E. Did Austin Remain an Austinian? // The Legacy of John Austin's Jurisprudence. С. 138). Тем не менее, в той части его теории, которая касается исключительно позитивного права, философские идеи выносятся «за скобки» и та становится образцом «классического юридического позитивизма», существо которого «определяется не ими, а догматическим методом» (См.: Право. Порядок. Ценности: монография / под общ. ред. Е.А. Фроловой. – Москва: Блок-Принт, 2022. С. 16).

только лишь к той части аудитории, которая особенно специализируется в изучении юридической науки. Ведь природа и сущность права, а равно природа и сущность морали, есть общезначимые феномены, притягивающие общий интерес; и тот, кто хотел бы точно знать сущность права и морали, должен четко понимать различия между этими двумя, которые настоящий трактат («Определение...» - А.И.) и призван определить»⁴⁴.

Представляется, что подобная цель напрямую упирается в мировоззренческие установки Дж. Остина: его взгляд на поставленную проблему глубоко и даже полностью нормативен. Это означает, что для каждого акта человеческого поведения он мыслит разумные и целесообразные ограничения, упирающиеся, как минимум, в социальную необходимость принципиального наличия подобных границ и стандартов, которые были бы способны сковать произвол человеческой воли. Поведение любого лица, а значит и любого субъекта права, всегда соотносится с нормами, в том числе и когда оценивается при посредстве этих последних. Нормы пронизывают бесконечно широкий круг отношений, а общественный порядок и сама жизнь человека в обществе – сугубо нормативны, вне зависимости от наших оценочных суждений⁴⁵.

Вслед за И. Бентамом, Дж. Остин был убежден⁴⁶, что сущие позитивное право и мораль, взятые вместе с идеалами и принципами Должного, определяющими содержание их обоих, суть одно – неотделимые друг от друга элементы обширной этико-правовой системы⁴⁷. Венчает эту систему наука законодательства (Деонтология или Этика) которая, в соответствии с философией утилитариз-

⁴⁴ Austin J. *The Province*. С. XIX-XX. Это объясняется тем, что «право и мораль не только имеют общий словарь, так, что существуют и правовые и моральные обязательства, обязанности и права; но и все внутригосударственные (municipal) правовые системы воспроизводят сущность (substance) некоторых фундаментальных моральных требований» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 15).

⁴⁵ В указанном смысле, взгляд Дж. Остина весьма сильно совпадает со взглядами современных правоведов, указывающих, что конечная цель юридической теории есть самопознание общества через его нормативность (См.: Raz J. *Between Authority and Interpretation*. Oxford. 2009. С. 17-46), либо что она связана с нахождением ответов на метаюридические вопросы в духе «зачем нужно право?» (См.: Finnis J. *Law and What I Truly Should Decide* // *Am. J. Juris*. 2003. Т. 48. С. 107).

⁴⁶ См.: Mill J. S. *Dissertations and discussions: Political, philosophical, and historical*. Longmans, Green, Reader, and Dyer. 1867. Т. 3. С. 209.

⁴⁷ Austin J. *The Province*. С. XIX. Дополнительно, автор отмечает, что национальное позитивное право «в значительной степени» опирается на национальную позитивную мораль, а также и на «международную мораль» (Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 636, 754). В этой связи Дж. Остин предлагает решительно противопоставить две области знания, не разрывая связей между ними. Влияние позитивной морали настолько велико, что разбор возникшей благодаря ей путаницы «заполнил бы том внушительных размеров» (Austin J. *The Province*. С. 192).

ма, есть образ «наук о Праве и Морали, взятых в том виде, в каком им должно или следовало бы быть»⁴⁸. Иными словами, это наука о Должном, изучающая «предписания нравственности, обязанности, соотношения между должным и фактическим»⁴⁹.

Дж. Остин прекрасно понимает сходство двух дисциплин и необходимость их противопоставления: предметная область наук о сущих позитивных законах и сущих морально-этических нормах различна и сливать их недопустимо. И хотя обе науки работают с «законами в собственном смысле слова»⁵⁰, Этика делает ставку на вынесении оценочных суждений о «моральности» или «порочности» законов. Юриспруденция, напротив, оказывается условно более «строгой» дисциплиной, изучающей нормы Сущего, содержание которых эмпирически подтверждается, а не пребывающие в сфере сознания нормы Должного⁵¹. Разделение различных предметных областей знания более чем оправдано: лишь во взаимоотношении этих выкристаллизованных и несводимых друг к другу частей представляется возможным получить действительное знание об общем для них предмете⁵².

⁴⁸ Там же, с. 63. Правовед утверждает, что юриспруденция и позитивная мораль в единстве могут послужить подспорьем для выстраивания науки о должном праве и морали. Дж. Остин делился: «Я намереваюсь показать отношения позитивной морали и права... и того и другого в соответствии с их общим стандартом или мерилем; показать, что существуют принципы и различия, общие для всех правовых систем (или что право является предметом абстрактной науки); показать возможность и процедуры кодификации; показать приблизительный набросок системы законодательства, расположенной в естественном порядке...» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 31-73; курсив наш – А.И.). Содержание запланированных томов было бы следующим. Первый том касался бы Общей Юриспруденции («метафизики» права) и Особенной Юриспруденции (сущего позитивного права). Второй том касался бы Этики (Austin J. The Province. С. 133; Austin J. Lectures. Т. 1. С. 173). Позитивная мораль вошла бы в содержание обоих томов. Все вместе составило бы «триаду» из позитивного права, позитивной морали и этических принципов, которые являлись бы мерилем всех созданных человеком норм (Austin J. The Province. С. 131-133). Обвинять автора в незавершенности труда все же нельзя; сложность поставленной задачи ужасает, а масштабы запланированного «здания» – поражают.

⁴⁹ См.: Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. – 2-е изд., испр. и доп. – Москва: Проспект, 2023. С. 93.

⁵⁰ Закон, если понимать его в узком смысле, есть позитивный акт наиболее общего значения, исходящий от публичной власти. Такие акты имеют абстрактную форму, т.е. «форму общих... утверждений, оторванных от каких-либо реальных случаев» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 624, 637). Иными словами, они выступают императивными «приказами» такой власти. Иные формы законов – законы Бога и частных лиц (договоры).

⁵¹ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 32. По утверждению Дж. С. Милля, «юриспруденция... полагает их существование (законов и норм – А.И.) в качестве фактов и исследует их природу и свойства так, как естествоиспытатель исследует любое естественное явление» (См.: Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. Collected Works of John Stuart Mill. 1984. Т. 21. С. 108; курсив наш – А.И.; Далее по тексту собрание работ Дж. С. Милля будет упоминаться как «CWJSM»).

⁵² См.: Кант И. Критика чистого разума / Пер. с нем. Н.О. Лосского с вариантами пер. на рус. и европ. языки. М.: Наука, 1999. С. 115-116. По утверждению Дж. Остина, «невозможно рассматривать юриспруденцию совершенно отдельно от науки законодательства, поскольку при объяснении их происхождения и механизма функционирования необходимо учитывать побуждения или соображения целесообразности, которые приводят к установлению законов. Если причины законов и прав и обязанностей, которые они создают, не определены, сами законы оказываются непостижимыми. Если предмет один и тот же, но положения различных систем в отношении этого предмета

Цель построения науки и получения сколько-нибудь объективного знания препятствует подобному некритичному обращению с предметом, однако нельзя упускать из виду тот факт, что лишь в единстве Этика и Общая Юриспруденция как «интегральная часть науки законодательства» способны дать сколько-нибудь полное знание о нормативных системах, ибо познание (вернее, мышление в целом) есть собирание многообразия в единство, оно есть движение и индуктивное выведение непознанного из познанного⁵³.

Английский правовед пишет о своей глубокой убежденности в том, что созданные *человеком нормы* несовершенны, но именно они *должны стать предметом наук о сущих праве и морали*. Эти нормы – продукт жизнедеятельности и ежедневной практики человека; будучи в своем существе антропоморфными явлениями, нормы несут отпечаток своего создателя – их содержание неабсолютно и неточно, ибо понимание человеком сущности вещей весьма ограничено. «Правовые и моральные нормы, присущие отдельным нациям, есть, собственно, исключительно человеческое творение и установление. Поскольку содержание их фрагментарно и сами они преходящи, то есть не являются универсальными и устойчивыми феноменами, постольку *нельзя сказать, что человеческий нормотворец ориентировался на Божественное или естественное право при создании своего собственного*». Однако Сущее должно быть дополнено Должным. Признавая естественные ограничения человека, утилитарная теория указывает, что хоть сущие человеческие нормы и являются несовершенными, их понимание таковым быть не обязано.

Если критерии «правильного» и «справедливого» связывать с имеющимся нормативным материалом и полагать, что последний является не средством для действительного поиска и предметом всесторонней критики, а достаточным доказательством должного состояния вещей, то получится, что несовершенство и есть идеал. Этика, в отличие от наук о сущих нормах, не может искать оправдания и

различны, необходимо определить причины различия: заключаются ли они в необходимом разнообразии обстоятельств или в различии взглядов со стороны их соответствующих авторов относительно целей закона...» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1078; курсив наш – А.И.).

⁵³ Кант И. Критика чистого разума. С. 165; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1012, 1097.

обоснования реально существующим явлениям в самом факте их существования⁵⁴, ибо это не дало бы ровно никакого представления о том, какие именно недостатки свойственны наличным праву и морали; в этом же смысле, Этика обязана отрываться от сущей нормативной системы и искать критерии, могущие обосновать ее идеальный должный образ, вне такой нормативной системы. Этика должна способствовать тому, чтобы науки о сущих праве и морали получили как можно более полное представление о своих предметах и оказали такое обратное воздействие на них, когда те освободились бы от «огромного объема» и «непревзойденной запутанности», порожденных превратным их пониманием.

Конечная роль комплексного научного знания (Сущего и Должного) сводится к обслуживанию человеческой практики, т.е. к выявлению и обоснованию таких принципов, благодаря которым можно было бы действительно познать логические основания позитивных норм, свести к возможному минимуму вероятные и наличные изъяны систем права и законодательства, а равно убедить адресатов таких норм в полезности и необходимости правопорядка. Наука, таким образом, должна стать обобщенным опытом человеческого взаимодействия с эмпирическими фактами и даровать практике осознанность, четкость и разумность, следовательно, верное и понятное руководство⁵⁵.

Наука Деонтологии, выступая одновременно мерилем актов человеческого поведения и теоретическим наброском схемы осуществления оценки этого поведения, должна, по замыслу Дж. Остина, связать человеческие нормы с куда более серьезным основанием. Задача Этики раскрывается через поиск и теоретическое оформление наилучшего из доступных человеческому разуму критериев оценки человеческих поступков⁵⁶. Такой критерий был бы предметом Деонтологии и, несмотря на свою неполноту и приблизительность, послужил бы опорным пунктом

⁵⁴ Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 18.

⁵⁵ Austin J. The Province. С. Xii, 49-50, 85-87. В противном случае, т.е. без обобщения, выводы науки были бы случайными и недостоверными, ибо *опыт* как таковой, рассматриваемый в качестве «первого основоположения», не имел бы в своем распоряжении рассудочных понятий, логики и каких-либо правил, чтобы отстоять достоверность своих выводов (Кант И. Критика чистого разума. С. 55; курсив наш – А.И.).

⁵⁶ Можно сказать, что наука законодательства в целом воспринимает нормы в качестве инструментов, посредством которых оказывается возможно достигнуть той или иной цели: «она учит о необходимых элементах хорошего закона и о том, что конкретные законы являются хорошими или плохими либо универсально, либо в силу предположенного перечня обстоятельств» (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 108).

для человечества в понимании *высшего критерия оценки должного поведения*, который только существует в мире – *Божественных законов и предписаний их норм*⁵⁷. Ярко выраженная роль Божественного права в утилитарной теории английского правоведа⁵⁸ есть то, что отличает его мысль от воззрений иных наиболее значимых утилитаристов (И. Бентама и Дж. С. Милля), а равно то, без чего ни один элемент его общетеоретической системы не смог бы быть объединен с остальными в некое логически цельное единство⁵⁹.

2. Абсолютное ценностное обоснование порядка. По поводу вопроса о высшем нормативном критерии Дж. Остин пишет, что Бог, помыслив и сотворив мир, оставил для разумных и чувствующих существ своего рода «ключи» к понимание тварного мира и должного существования в нем. Что-то из ведомых только Божественному Разуму знаний о благе, добре, справедливости и прочих этических вопросах были явлены человеческим существам посредством Божественного Откровения⁶⁰ - «это команды, сообщенные явным образом, это части слова Божьего, это команды, выражаемые людям посредством человеческого языка и произносимые непосредственно Богом или посланниками (servants), которых он посылает объявить о них». Их смысл, что роднит команды (властно-волевые установления)

⁵⁷ Austin J. The Province. С. Xiii. Получается, что право и мораль имеют конечный источник, они проистекают и дедуцируются (изначально) не из человека как «субъекта свободы», но из высшего разумного и духовного единства (См.: Гегель Г.В.Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 75) – абсолютной идеи или идеи Бога при условии, что саму Его суть вообще можно передать словом «идея».

⁵⁸ Взгляд Дж. Остина в условиях «просвещенного» XIX века вовсе не является гротескным: «преобладающую часть своей истории человечество прожило в условиях господства религиозного сознания... В XIX и XX столетиях... казалось бы, условия светской культуры должны были полностью отодвинуть тему религии на задний план, но на самом деле и в философии, и в науке она продолжала жить. Так, вся идеалистическая философия от Р. Декарта до Э. Гуссерля и М. Хайдеггера, нацеленная на выявление природы сознания и бытия, есть завуалированные под светский рационализм рассуждения о Боге как начале и конце мира» (См.: Жуков В.Н. Философия права: Учебник для вузов. М.: Мир философии. Алгоритм. 2019. С. 74-75). Концепция Дж. Остина, как нам представляется, есть не что иное, как теологический вариант утилитаризма, где последний надлежит понимать не просто как этическую теорию, но как методологию познания – в качестве исторического эмпиризма.

⁵⁹ Мы находим удачной для нашего изложения следующее высказывание И. Канта: «В самом деле, *высшее систематическое и целесообразное единство*, которое ваш разум желает положить в основу всего исследования природы как регулятивный принцип, было именно тем, что дало вам право полагать в основу идею высшей интеллигенции как схему регулятивного принципа; и насколько вы встречаете сообразно этому принципу целесообразность в мире, настолько вы находите подтверждение правомерности вашей идеи; но так как этот (gedachtes) принцип имел целью не что иное, как искать необходимого и возможно большего единства природы, то, поскольку *мы находим это единство, мы обязаны этим идее высшего существа...*» (Кант И. Критика чистого разума. С. 529; курсив наш – А.И.).

⁶⁰ По мнению Т. Гоббса, их действительность в качестве норм обеспечивается авторитетом Божества: «если сам Бог сделал заповеди Библии законами, то они имеют характер писаных законов, которые являются законами лишь для тех, кому Бог их настолько ясно возвестил, что никто из них не может оправдываться, говоря, что не знал, что они исходят от Бога» (См.: Гоббс Т. Левиафан. Мысль. М., 2001. С. 540).

Бога с позитивными законами, может быть воспринят только благодаря буквальному пониманию их словесной формы⁶¹. И если И. Бентам выводит Откровения из рассмотрения Этики, отказывая тем в признании в качестве подлинной воли Бога (это лишь человеческая трактовка и понимание Божественных норм, изложенных в доступной человеку форме)⁶², то Дж. Остин молчаливо признает их статус и не вступает в подобную дискуссию, концентрируясь (используя ровно ту же аргументацию, приведенную нами в сноске) на поиске Божьего соизволения в косвенно сообщенных нормах.

Оставшаяся большая часть знаний о бытии не была явлена человечеству, т.е. «была исключена из света Откровения», что вовсе не препятствует их обнаружению. Дж. Остин утверждает, что хоть содержание прочих Божественных законов и не было прямо сообщено человеческому роду, оно, тем не менее, нам является – в упорядоченном окружающем нас мире. Бог косвенно сообщает людям иные нормы через само существование человека, ибо нормы эти являются растворенными в естественной среде и служат «законами» существования живой и неживой природы. Поэтому в задачу Этической науки входит не только лишь создание концепции «позитивной» морали, посредством дедукции «извлеченной» из некоторой априорной этической идеи. Главная задача Этики связана с разработкой органа, логического инструментария на базе философии утилитаризма, который был бы адекватен Божественным законам и нормам, которые не были явлены в Божественном Откровении⁶³. Выявить подобные законы, а впоследствии

⁶¹ Austin J. The Province. С. 32, 42. Что примечательно, Дж. Остин не указывает, кто именно является посланником Божественной воли. Мы признаем, что еще Т. Гоббс посвятил значительную часть своего трактата точному определению указанных лиц (Гоббс Т. Левиафан. С. 512-602), однако в трудах английского правоведа не содержится ни единого указания на то, что следует обращаться за соответствующими разъяснениями к утверждения великого предшественника. Это создает существенный пробел в теории правоведа, ибо не представляется возможности определить не только лиц, выступающих посредником между Богом и людьми, но и способов, в соответствии с которыми лица становятся такими посредниками и транслируют волю Бога.

⁶² «Воля Бога, подразумеваемая здесь, не может быть его явленная воля... воля, понимаемая в этом случае, есть то, что может быть названо *предполагаемой* (presumptive) волей, т.е. та воля, которая предполагается таковой волей вследствие сообразности ее правил с правилами какого-нибудь другого принципа». Им, несомненно, является *принцип полезности*, к которому мы обратимся далее. «Ясно поэтому, что, выводя откровения из рассмотрения, стандарт хорошего и плохого не может быть никак объяснен тем, что могло бы быть сказано о том, что есть высшая воля», ибо тогда норма или воля оценивались бы при посредстве них самих, что порождает своего рода порочный и замкнутый круг (См.: Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства / пер. с англ. Б.Г. Капустина. М.: РОССПЭН, 1998. С. 12).

⁶³ Austin J. The Province. С. Xiii-xiv, 32. Т. Гоббс отмечал, что Бог сообщает их либо через природу, либо через «особенных подданных» Царства Божьего – царей, пророков, апостолов и святых (Гоббс Т. Левиафан. С. 566).

выстроить вокруг них систему научного знания позволяют, по мнению Дж. Остина, только две теории. Одна из них посвящена сопутствующим актам человеческого поведения этическим (моральным) переживаниям, вторая - принципу общей полезности.

В литературе *принцип общей полезности* обоснованно связывают с именем И. Бентама. Он указывал, что «под принципом полезности понимается тот принцип, который одобряет какое бы то ни было действие, смотря по тому, имеет ли оно (как нам кажется) стремление увеличить или уменьшить счастье той стороны, об интересе которой идет дело, или, говоря то же самое другими словами, содействовать или препятствовать этому счастью»⁶⁴. Дж. Остин же отмечал, что принцип полезности есть требование «действовать с наибольшей эффективностью, то есть действовать так, чтобы породить наибольшее благо»⁶⁵. Полезность может, таким образом, касаться как всего общества или государства, так и частного лица, однако она всегда означает некую выгоду и «величайшее возможное счастье и благоденствие». Кроме того, «известное действие может называться сообразным с принципом общей полезности (относительно целого общества), когда его стремление увеличить счастье общества больше, чем стремление уменьшить его».

Указанный принцип, несмотря на его предельную абстрактность, можно наполнить конкретным содержанием при подробном анализе проблемной ситуации: И. Бентам предлагает проводить тонкий расчет, взвешивая все «за» и «против» в каждом отдельно взятом случае. Ориентирами должны служить переживания удовольствия и страдания как два «верховных властителя», поставленные природой над человеком и генерализированные утилитарной теорией⁶⁶. В указан-

Они, с очевидностью, будучи производными от воли Бога в том же смысле, в каком ими выступают законы, явленные в Откровении, не будут противоречить какой-либо иной части Божественного закона.

⁶⁴ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 4.

⁶⁵ Austin J. The Province. С. 118.

⁶⁶ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 4-5, 16; Austin J. The Province. С. 42. В приведенном смысле, добро, счастье и благо оказываются тождественны удовольствию. Разумеется, подобное мышление уходит корнями в философию Древней Греции, однако в рамках английской философской традиции подобные параллели проводили и до появления утилитарной теории. Так, Т. Гоббс отмечал, что «удовольствие есть представление, или ощущение, добра, а страдание, или неудовольствие, – представление, или ощущение, зла. Следовательно, всякое желание и любовь сопровождаются большим или меньшим удовольствием, а всякая ненависть и отвращение – большим или меньшим неудовольствием и неприятностью (Гоббс Т. Левиафан. С. 69). Утилитарные представления, близкие к теологическому утилитаризму Дж. Остина и Т. Гоббса, можно обнаружить и у

ном смысле утилитаризм оказывается возможно считать разновидностью гедонистической этики, рассматривающей проблемы счастья и добра в категориях «удовольствия» и «страдания», а рассматриваемый принцип – методом мышления, «подчиняющим все этим двум двигателям»⁶⁷, но не строгой формулой для рассудка. В рамках указанного понимания категории «добра» и «блага» приобретают объективное значение и выражение, поскольку связаны с явлениями, способными позволить человеку испытать счастье и удовольствие⁶⁸. Носителями этих качеств становятся либо конкретные явления, либо родовые объекты: собственность, государство, право и т.д.

И. Бентам предлагает определять ценность каждого удовольствия и страдания в связи с их воздействием на общее благо, противопоставляя суммы последствий двух крайностей для вынесения точного и взвешенного решения⁶⁹. Дж. Остин уточняет этот метод, предлагая, во-первых, оценивать не единичные действия, а их классы, т.е. видовые объекты через родовые. Во-вторых, нужно оценивать последствия бездействия и воздержания от совершения действий в связи с их влиянием на общее благо. Наконец, совпадая во мнении с предшественником, правовед говорит о необходимости сопоставить конечные последствия для нахождения «баланса преимуществ, который дает больший остаток вероятного

Дж. Локка: «"Бог дал нам все обильно" (1 Тим 6, 17) – вот голос разума подтвержденный вдохновением. Но для чего он дал нам это? Для наслаждения» (См.: Локк Дж. Сочинения в 3 томах. Т.3., М., 1988. С. 279).

⁶⁷ Цит. по: Фролова Е.А. История политических и правовых учений: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – Москва: Проспект, 2021. С. 326.

⁶⁸ Известно, что удовольствия, которые хоть и могут служить мотивом, являются больше побочным продуктом достижения цели, либо следствием конкретного этапа на таком пути, но не самоцелью (См.: Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 129-131). Мы полагаем, что удовольствия трактуются утилитаризмом в достаточно широком смысле, что не позволяют обвинить указанную теорию в узости взглядов. Так, удовольствия лишены смысла без конечного счастья, которое, в свою очередь, в значительной степени связано с существованием явлений как в объективной действительности, так и в сфере сознания. Такие явления, например, правопорядок, сами по себе лишены смысла; они, напротив, обретают его единственно в сопряжении с высшими целями человеческого общества, выработанными Этикой. Удовольствия и вещи, таким образом, есть взаимообусловленные феномены.

⁶⁹ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 20-21. Обращать внимание на последствия человеческих действий, например, при вменении наказания, предлагал еще Т. Гоббс: «когда какое-нибудь действие приносит вред не только в настоящем, но и, к примеру, в будущем, то оно является большим преступлением, чем когда оно приносит вред лишь в настоящем. Ибо первое преступление является плодотворным, порождая все больший ущерб, последнее же преступление бесплодно» (Гоббс Т. Левиафан. С. 427). И далее: «все преступления усугубляются в зависимости от производимых ими скандалов, т. е. в зависимости от того, насколько они становятся камнями преткновения для слабых людей, которые смотрят не столько на тот путь, на который они вступают, сколько на тот свет, который несут перед ними другие» (Там же, 428). Неудивительно поэтому, что преступления против государства воспринимались английским философом в качестве наиболее тяжких.

добра или... который оставляет меньший остаток вероятного зла»⁷⁰. Еще одно большое совпадение заключается в том, что оба предлагали оценивать полезность позитивных законов и правления по последствиям, оказываемым ими на общее счастье человеческого общества. Оба, таким образом, верили в возможность возведения «здания счастья руками разума и закона»⁷¹.

Без сомнения, принцип полезности есть интеллектуальный продукт уже зрелого человеческого общества. Если так, то им было бы невозможно руководствоваться древним людям, что подталкивает к выводу о существовании иного мерила актов человеческого поведения, впоследствии вытесненного и поглощенного полезностью. «Светом естественного разума» (формулировка У. Пейли), следует поэтому считать *внутренние психологические переживания* содержания Божественных норм, руководящие человеческим поведением «непосредственно или в момент действия». Дж. Остин указывает: «человеческое поведение, подчиняющееся Божественным командам, руководимо не только нормами, но также и переживаниями, ассоциирующимися с этими нормами». «Законы Бога, которым эти чувства и служат в качестве индикаторов, ... запечатлены, как говорят, в наших сердцах рукой своего великого Создателя широкими нестираемыми символами». Исходя из того, что естественное моральное чувство есть индивидуальное переживание и частное суждение о добре и зле, оно глубоко иррационально.

Правовед предупреждает: не стоит воспринимать идею о врожденности переживаний в качестве изначально данного этического содержания; она означает лишь природную способность и восприимчивость человека выносить нормативные суждения, вырабатывать этические категории и устремляться к их постижению. Им выдвигается иная гипотеза, определяющая назначение естественных качеств человека через апелляцию к благой воле Божества. «Эти переживания, подобно прочим нашим страстям и неприязням, были задуманы Творцом нашего бытия с определенной целью» - для прикосновения к Божественным законам, чтобы с помощью этого знания воплотить замысел Бога об общем благе для чело-

⁷⁰ Austin J. The Province. С. 42-43; Austin J. Lectures. Т. 1. С. 111.

⁷¹ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 4-5.

вечества. Чувства, отражающие команды Бога – объективные и неоспоримые факты, однако сами чувства далеко не являются действительным содержанием Божественных законов⁷².

Чувства и эмоции есть, в значительной мере, иррациональная часть человеческой природы. Исключительная опора на субъективные представления о человеческих поступках имела бы следствием принципиальную невозможность судить о них в целом, ибо каждый из них оказался бы равноценным единичным фактом. Дать обобщенное, рациональное и сколько-нибудь объективное объяснение частным нормативным суждением есть, по мнению Дж. Остина, задача принципа полезности. Если человек действительно стремится познать законы Бога (с учетом естественных ограничений своего разума), то эмоции, как непосредственную реакцию на них, необходимо дополнить утилитарным расчетом (*calculation*)⁷³. Правовед полагает, что необходимо переориентировать человеческую дедукцию с Божественных норм на выявление общего принципа, на котором строятся любые нормативные суждения, и принимать во внимание эффект таких поступков, оказываемый на общее благо и счастье. Иными словами, *моральной философии следует выводить долженствование суущих норм (человеческих и тем более Божественных) не из них самих, а из принципа, делающего такие нормы обязательными*⁷⁴. Этим руководящим принципом должна послужить априорная логическая посылка (гипотеза) общей полезности или блага нормативного регулирования⁷⁵.

⁷² Austin J. *The Province*. С. 35, 51-52, 103-104. Более того, они не связаны с принципом полезности и есть непосредственное следствие природы человека. Естественное право, вырастающее на основе «морального чувства», есть продолжение и интерпретация Божественного закона, а не результат позитивного нормотворчества. Эти представления о воле Божества непосредственно связаны с законами Природы, а не человеческими законами – это то, что человек постигает естественным разумом, распространяя выводы найденных норм и принципов на все времена, народы и места (Там же, с. 135).

⁷³ Не стоит допускать «грубую и ужасную ошибку», утверждая об отрицании рациональной полезностью «неразумных» чувств и эмоций. В действительности, полезность выступает естественным следствием этических переживаний: она есть «руководство для эмоций, а не их противник». Полезность желает не сокрушать, а направлять человеческие чувства, «освободив нас от тирании бессмысленных неприязней, утвердить (*fix*) любовь в отношении полезного и ненависть – в отношении вредного» (Там же, с. 52-53).

⁷⁴ Там же, с. 52-54. «Мы должны испытать его (акт человеческого поведения – А.И.), напрямую прибегнув к высшему или главенствующему принципу, а не к Божественной норме, на которую ясно указывает этот принцип» (Там же, с. 54).

⁷⁵ Дж. Остин делает вывод: «в той части, в какой законы Бога не были нам явлены, мы должны руководствоваться иным, а именно возможными последствиями, оказывающими воздействие на общее счастье и благо, где последние сами являются объектом регулирования Божественного Законодателя во всех его законах и приказах» (Там же, с. 42). Отметим, что указанная точка зрения была воспринята Дж. Остином не только благодаря представлениям о естественном законе Т. Гоббса и Дж. Локка, но также и горячо критикуемого им У. Пейли. Можно легко заметить

Поскольку выявленный правоведом принцип указывает на всеобщее значение воли Божества, тот делает весьма закономерный вывод о тождестве Божественного и естественного права (придерживаясь так называемой космологической трактовки естественного права), критикуя за разделение единого объекта традицию юснатурализма⁷⁶.

Представители утилитаризма в целом заключают, что *подчинение человека социальному порядку есть результат принятия необходимости и полезности нормативного регулирования, в первую очередь – для достижения «наибольшего возможного счастья»*. Выдвигается гипотеза о том, что порядок для счастья и счастье для порядка есть реализация Божественного Провидения, ибо главная добродетель - подчинение воле Божества⁷⁷. В определенном смысле, идея порядка оказывается самоцелью следующего за ней управления – это идеальная причина и «естественная цель» последнего⁷⁸. Дж. Остин презюмирует добрую волю Бога с опорой на сообщенные Божественные команды и, таким образом, делает следующий вывод: «в силу решительного преобладания добра... в миропорядке, мы можем сделать радостный вывод о том, что его Творец добр и мудр... Поскольку Бог

предполагаемое нами сходство, обратившись к следующим высказываниям английского богослова. Так, последний полагал, что неявленные Божественные законы можно обнаружить в «свете природы», т.е. в мире в целом как результате акта Божественного Творения. Познание подобных норм предполагало бы утилитарный расчет, который сводился бы к анализу «тенденции действия содействовать распространению или уменьшению общего счастья» (См.: Paley W. The Works of William Paley: Moral & Political Philosophy. 1837. С. 42). Расчет сводился бы к анализу действий, оказывающих влияние на социальное «целое, в долгосрочной перспективе, со всеми его последствиями, второстепенными и отдаленными, а также... непосредственными и прямыми» (Там же, с. 51). В этом же сочинении богослов обосновывал зависимость содержания моральных норм от «принципа счастья», а обязательность моральных норм – от всемогущества источника Божественных команд.

⁷⁶ Austin J. The Province. С. 3, 110-115. «Но, отвергая название “Закон Природы” (Law of Nature) как двусмысленное и вводящее в заблуждение, я называю эти законы или нормы, рассматриваемые в целом или в совокупности, Божественным законом или законом Бога» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 86). Отметим, что о естественном праве как продукте Разума Бога или «божьей воли» высказывался еще Дж. Локк (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 341). Более тонкую классификацию проводил, в частности, Ф. Аквинский, подразделяя естественный закон на Божественный и человеческий. Этой же позиции придерживается Дж. Остин, называя «позитивным» закон Бога, защищаемый силой государственного принуждения (Austin J. The Province С. 174; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 548).

⁷⁷ Указание на это обнаруживается еще в трудах И. Бентама: «В самом деле, мы можем быть совершенно уверены, что все, что хорошо, сообразно с волей Бога...» (Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 12; курсив наш – А.И.). Уверенность эта обусловлена выводами, которые позволяет сделать принцип полезности. Очевидно, что для достижения указанных выводов следует прибегать к силлогизму. О его применении в отношении норм см., например: Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лёзова. СПб.: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс. 2015. С. 251 и др.; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1015-1020.

⁷⁸ Фролова Е.А. История политических и правовых учений: учебник. С. 73. Г. Харт отмечает, что высшее благо как «оптимальное состояние не есть благо или цель человека потому, что он его желает; напротив, он желает его потому, что это уже есть его естественная цель» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 193). *Концепция Дж. Остина*, таким образом, *может быть названа одной из форм телеологического взгляда на природу*.

есть совершенное добро, он желает блага всем своим созданиям»⁷⁹. Ссылка на, как представляется, помысленные Богом благо и счастье позволяет обнаружить не только конечную цель смертных созданий - стремление к счастью, индивидуальному и коллективному, - но и целые классы объектов, несовместимые с состоянием всеобщего благоденствия: «большинство Его повелений носят общий или универсальный характер. Полезные действия, которые Он предписывает, и пагубные действия, которые Он запрещает, *Он предписывает или запрещает*, по большей части, *не индивидуально, а относясь к ним как к классам*: не командами, которые являются частными или направлены на отдельные случаи; но *законами или нормами, которые являются общими и обычно однозначными (inflexible)*»⁸⁰.

В силу указанной логики, такие явления как, например, акты отрицания сложившегося порядка (правонарушения в целом) или состояние анархии есть некое «очевидное зло», противоречащее одновременно позитивному и Божественному порядкам. Правовед отдельно заостряет внимание на предполагаемой несовместимости зла с абсолютной мудростью и добротой Бога. Божеству и Его воле несвойственно «зло», однако «злом» можно считать все те инструменты, к которым Бог прибегает для упорядочения Творения: законы, обязанности и санкции. «Ибо, видя, что каждый закон налагает ограничение, каждый закон сам по себе является злом: и, если он не является результатом злонамеренности или не исходит из совершенной глупости, он также предполагает зло, которое он призван предотвратить или исправить»⁸¹. В указанном смысле «зло» есть благо, оно сопряжено с «естественной» необходимостью и обусловлено существованием несовершенства в бытии, в частности, - существованием человека.

Какое-либо отрицание предусмотренного Богом порядка есть, во-первых, отрицание реальности и «нормативности» установленного Им общего и высшего

⁷⁹ Austin J. The Province. 93. Идея о благодати и соответствии порядка воле Божества воспроизводится Дж. Остином в развитие, как представляется, утверждения Т. Гоббса: «не можем мы считать законом Бога ничто противоречащее гражданскому закону, которому Бог определенно заповедал нам повиноваться» (Гоббс Т. Левиафан. С. 724).

⁸⁰ Austin J. The Province. С. 39 (курсив наш – А.И.).

⁸¹ Austin J. The Province. С. 91. Но почему тогда совершенное Божество создает несовершенный мир и почему Бог допускает «зло», если они очевидно противоречат Его желанию блага? По мнению Дж. Остина, обнаружить ответ на это невозможно. Разум и вера человека, работая сообща, могут лишь констатировать тождество Бога и абсолютного добра, что, в своем существе, есть «истина величайшего практического значения» (Там же, с. 93). В указанном смысле, *законы Бога естественны и истинны, поскольку морально необходимы*.

для всего человечества мерил, во-вторых, отрицание разумной упорядоченности мира («законов природы» и социальных норм) и благой воли Божества, в-третьих, это отрицание возможного общего основания, потенциально приложимого к любой этической теории – мы полагаем, что теория Дж. Остина универсальна и нейтральна несмотря на консерватизм, - и, наконец, это вовсе «абсурдно». Если мы придерживаемся подобной «абсурдной» логики, мы допускаем, что «Бог не установил для людей общей нормы. Если они различны у разных людей, то нет общего критерия человеческого поведения: нет мерил, с помощью которого один человек может судить о поведении другого». Утилитаризм Дж. Остина полагает, что если этическая разобщенность норм и является устоявшейся практикой, то это доказывает лишь то, что человечество «недостаточно просвещено», а не принципиальную невозможность преодоления подобной превратной данности⁸². Правовед, тем не менее, не разъясняет, тождественно ли содержание норм христианского Бога нормам, например, мусульманского Божества или хотя бы одного из пантеонов Богов, существовавших или ныне существующих. Неясно, таким образом, на чем основано единство Божеств в их многообразии.

Дж. Остин признает, что принцип общей полезности выступает лишь приблизительным мерил Божественных законов. Приблизителен он в том смысле, что не способен дать с абсолютной точностью некий конкретный и окончательный ответ на вопросы заведомо метафизического, сверхестественного характера, ибо нельзя однозначно утверждать, что человеческий разум оказался способен познать и понять разум Божественный, либо в принципе способен это сделать. Оценивать акты Божества по возможным последствиям было бы невозможно и абсурдно – замысел Бога есть содержание только Его разума, - а потому единственная возможность для человека попытаться познать эту «вещь-в-себе» усматривается правоведом в приложении полезности и гипотезы о благой воле Божества. Из этого непосредственно вытекает мысль о том, что *закон Бога не является, если*

⁸² Там же, с. 107-108, 325-326. Эта невероятно трудная миссия – одна из задач этической и юридической наук, а обозначенное устремление к этическому оправданию любого подчинения нормам – отличительная особенность этической концепции английского правоведа. Вероятно, возможные критики обозначенной нормативистской позиции могли бы упрекнуть Дж. Остина в чрезмерной апологетике правовых форм, т.е. в «правовом фетишизме».

мерилом выступает он сам, очевидно благим или полезным; такими качествами его наделяет человеческое представление о полезности, которую Божественная воля, вероятно, признает и «санкционирует»⁸³.

Утверждать о возможности сколько-нибудь полного познания Абсолюта также означало бы, что он лишен приписываемой Ему совершенности, ибо смертный разум оказался способен постигнуть его подлинное содержание. Однако поскольку Божественные законы оказываются абсолютным мерилем человеческого поведения⁸⁴, то полезность выступает лишь «ведущим принципом», методом и средством логического доказывания им же определенного принципа, в соответствии с которым якобы выстраивается содержание абсолютных норм. Несовершенство текущего человеческого понимания Божественного закона связано с несовершенством средств познания. Однако это не является поводом оставлять попытки постижения тех или иных явлений. Более того, это также не повод отдавать целые разделы знания на откуп несистематизированной метафизики. Дж. Остин делает вывод: лучше «находить наш тернистый путь с помощью мерцающего све-

⁸³ «В самом деле, мы не можем быть совершенно уверены, что все, что хорошо, сообразно с волей Бога; но это так мало отвечает цели показать, что хорошо, что *сначала необходимо знать, какая вещь хороша, чтобы узнать потом, сообразна ли она с волей Бога*» (Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 12; курсив наш – А.И.). «Сказать, что они есть благо, потому что они установлены Божеством, значит сказать, что они есть благо в соответствии с оценками их собственных положений. Но утверждать это - значит говорить несуразичу: *ибо каждый объект, подвергаемый оценке, ... сравнивается с иным данным объектом, отличным от него самого*» (Austin J. The Province. С. 134; курсив наш – А.И.). Именно на таком понимании настаивает Дж. С. Милль, указывая, что обязательность норм Бога в теории Дж. Остина основывается не на них самих, а в их разумной и этической интерпретации человеком. Они есть, несомненно, высшее мерило человеческого поведения, но из соображений безусловной действенности сперва необходимо объять их содержание, насколько это вообще возможно, человеческим разумом (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 194). Разум человека, естественно склонный понимать и интерпретировать факты действительности, сам неизбежно должен до этого прийти. Если так, если человечеству суждено ступить на путь просвещенного самосовершенствования, то пускай лучше он сам постигнет эту мысль во всей полноте, нежели она будет в готовом виде предоставлена им кем-либо, даже самим Богом. *Богу нет необходимости давать человеку общие принципы полезности в Откровении, ибо они доступны естественному разуму человека, обращенному на анализ классов явлений и их последствий.*

⁸⁴ «Под Божественным законом я подразумеваю тот закон, который Бог установил для действий людей, независимо от того, провозглашен ли он им светом природы или голосом откровения. Это *единственный истинный критерий моральной добродетели.* И, сравнивая человеческие действия с этим законом, люди судят о... добре или зле в своих действиях: то есть, будь то обязанности или грехи, эти действия могли бы послужить причиной... счастья или несчастья, исходящего от Всевышнего» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 202). **Бог, таким образом, является конечным и высшим источником любых моральных и легальных, ибо они есть часть более обширной этической системы, обязанностей.** Ср. с позицией Дж. Локка: «Я думаю, никто не безрассуден настолько, чтобы отрицать, что Бог дал правило, которым люди должны руководствоваться. Он имеет право делать это: мы — его создания. Он имеет доброту и мудрость направлять наши действия к тому, что лучше всего. Он имеет также власть придать силу этому закону наградами и наказаниями бесконечной значимости и продолжительности в иной жизни, ибо никто не может вырвать нас из его рук. Этот закон есть единственный подлинный пробный камень строгой нравственности. Сравнивая свои действия с этим законом, люди судят о наиболее важном нравственном добре или зле их, т. е. о том, могут ли они как исполнение долга или как грехи доставить им счастье или несчастье из рук всемогущего» (См.: Локк Дж. Сочинения: В 3-х т. Т. 1. М.: Мысль, 1985. С. 406).

та», чем «блуждать в кромешной тьме»⁸⁵.

Вполне очевидно так же и то, что ни одна из человеческих норм не способна ни охватить своим содержанием волю Божества, ни оказать обратное воздействие на законы Бога⁸⁶. В ведении человека остаются лишь дела светские и земные, где одним из руководящих принципов любого позитивного нормотворчества, совершения и несовершения действий, а также воздержания от совершения тех или иных актов, выступает и должен был бы выступать принцип общей полезности⁸⁷. «В конце концов, единственное правильное основание для действия, какое только может существовать, есть соображение полезности, которое, если оно составляет истинный принцип действия и одобрения в каком-нибудь одном случае, составляет его и во всяком другом»⁸⁸. Или, говоря словами Вольтера, писавшего о необходимости разумности и здравого смысла в поступках людей: «у нас нет иной идеи справедливости, кроме той, что мы образовали сами себе путем обобщения действий, полезных для общества и соответствующих законам, учрежденными нами во имя общего блага; но идея эта, будучи лишь идеей об отношении человека к человеку, не содержит в себе никакой аналогии богу»⁸⁹. Человек анализирует знаки, полученные от Бога, однако итог такого рассмотрения остается в полной зависимости от разумного усмотрения исследователя. Неудивительно поэтому, что отраженный в человеческом сознании Божественный закон получает различные интерпретации⁹⁰.

3. Полезность как методологическое основание. Таким образом, общая

⁸⁵ Austin J. The Province. С. 46

⁸⁶ Там же, с. 31. Когда человек отмечает «хорошесть» или «плохость» Божественных законов, он перемещает оцениваемые объекты в измерение человеческих законов. Каждый оцениваемый объект соотносится с чем-либо внешним по отношению к себе же, иначе оценка была бы невозможной. Оценивать же Божественный закон по критериям, относимым сугубо к человеческим законам – «абсурд». Единственный способ оценить подобные законы – приложение принципа полезности. Полезность подсказывает о «благости» законов Бога, двигаясь от противного – Бог не может быть «злодеем, достойным осуждения». Дополнительно, законы Бога могут быть предметом мысли, но не предметом критики – человеческое понимание не способно полностью охватить волю Божества, только примерно предположить ее содержание (Там же, с. 134).

⁸⁷ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 122.

⁸⁸ Бентам И. Введение в начала нравственности и законодательства. С. 13.

⁸⁹ См.: Вольтер. Философские сочинения. Пер. с фран. / Ин-т философии. – М: Наука, 1988. С. 240.

⁹⁰ Согласно Т. Гоббсу, известный человеку Божественный закон есть позитивный Божественный закон – система руководящих принципов и норм, исходящих от набожного сознания и естественного разума человека. «Священное писание, предоставив мир и мирскую философию спорам людей для упражнения их естественного разума, было написано, дабы показать людям Царство Божие и подготовить умы людей к тому, чтобы стать послушными поданными Бога» (Гоббс Т. Левиафан. С. 105). Презюмируется, что Священное Писание написано человеком от имени Бога, но таким образом, чтобы человеческий разум был способен осознать написанное.

полезность есть сугубо человеческий принцип, созданный для определения устремлений людей при выборе модели поведения, являющийся способом оценки тенденций человеческих действий и человеческой справедливости. Но важно постоянно иметь в виду, что общая полезность есть лишь путь к истине и способ ее постижения, а выявленные ею ценности не являются застывшей во времени данностью – совокупность обстоятельств изменяет оценку даже наиболее полезных явлений человеческой культуры⁹¹. На настоящий момент нельзя сказать, что нормативные системы права и морали оказываются целиком выстроены на принципе полезности; в противном случае уже были бы доподлинно известны разумные основания таких систем, а равно существовали бы соответствующая система знаний и осознанная и активная поддержка большинством людей действующего правопорядка. Однако к такому состоянию, по мнению Дж. Остина, можно и нужно стремиться, по крупицам выстраивая, в первую очередь, здание науки.

Правовед презюмирует, что принцип полезности как этический принцип оказывается должным ядром какого-либо суждения о нормах, выступает критерием разумности законодательной деятельности и нормативного регулирования в целом. Тем не менее, *разум человека позволяет только отыскивать нормы, но те не становятся обязательными благодаря разуму*. Полезность есть ведущее средство познания и этической интерпретации, пока ее выводы не заменят строгие «нормы». «Нормы», с одной стороны и в широком смысле, есть любые обобщен-

⁹¹ Если полезность неизбежно испытывает мощное влияние человеческого субъективизма, то она является не только возможной моделью решения проблем этического характера, но и «одой» в адрес того, чью необходимость и выгодность стоит доказывать и отстаивать при посредстве разрешения этих проблем – путем помещения ценностного аспекта в самое ядро аргументации. Так, верно указывается, что полезность и общее благо есть «оправданное (или, лучше, оправдательное – А.И.) значение выражений “общее благоденствие” или “общественный интерес”» (Финнис Дж. Естественное право и естественные права. С. 198). Дж. Остин специально оговаривает эту тонкость: «...хоть принцип полезности и не позволяет найти конкретное (раз-навсегда данное и единственно верное – А.И.) решение, обществу повезет, если оно будет соотносить свое мнение и переживания с ним» (Austin J. The Province. С. 55-56). Лишь в отдаленной перспективе мы можем допустить ситуацию, когда «наши нормы были бы основаны на полезности; наше поведение - на наших нормах» (Там же. С. 47). Правовед указывает, что полезность «будет мерилем нашего поведения лишь в конечном счете, но не здесь и сейчас» (Там же). В противном случае, уже в настоящий момент «если бы наше поведение было действительно адаптировано (adjusted) к принципу общей полезности, наше поведение соответствовало бы, по большей части, законам или нормам: законам или нормам, которые установлены Божеством и для которых побудительные мотивы классов действий являются руководством или указателем» (Там же, с. 61). Соответственно, отпала бы всякая необходимость в обращении к нему, ибо он уже руководил бы поведением человека (Там же, с. 60). Непосредственным мерилем же индивидуальных человеческих актов полезность не выступит никогда, ибо ее объект – нормы как обобщенный опыт всех индивидуальных актов. Суждения о видовых объектах выносились бы исключительно в связи с особенностями того рода или класса, к которому принадлежит соответствующий объект.

ния частных суждений, представлений, толкований и знаний. С другой стороны, и в узком смысле, нормы есть «команды»; они есть стандарты поведения и единицы информации, производные от конкретного источника (человека или Бога), в чем и мыслится, опуская некоторые подробности, их обязательность – о ней мы скажем в другом месте.

Появление «нормы» имеет следствием отказ от полезности в том же смысле, в каком строгое научное знание отказывается от философского знания, пускай первое и рождается в недрах последнего. В рамках философии формируется онтология объекта и способы работы с ним. Результат философской деятельности заключается в том, что разрозненные представления суммируются, отбираются и образуют систему – онтологию будущей науки. По аналогии, проложив путь к «норме», полезность стала «бы явно излишней, поскольку результат этого процесса был бы воплощен в известной норме. Она была бы явно вредной, поскольку истинный результат был бы выражен такой нормой...»⁹².

Полезность есть инструмент критики, полное сохранение его притязаний на охваченной «нормой» предмет означало бы оспаривание предписания установленного общего авторитета: «если полезность является непосредственным мериллом позитивного права и морали, то просто невозможно, чтобы позитивное право и мораль были свободны от дефектов и ошибок... если принцип общей полезности является нашим ведущим принципом, приложенным к Божественным заповедям, невозможно, чтобы поведенческие нормы, действительно существующие среди человечества, полностью и должным образом соответствовали законам, установленным Божеством». Принцип полезности позволяет обобщить человеческий опыт и выработать должное отношение к явлениям, событиям и действиям определенного класса, дать им соответствующую оценку и дать толчок для появ-

⁹² Austin J. *The Province*. С. 49. Иными словами, «эти нормы обнаруживаются путем расчета и сравнения вероятных последствий альтернативных вариантов действий, оказываемых на общее счастье. Эти вычисления являются основой для выбора модели поведения, совокупность последствий которой является наиболее предпочтительной. Существование таких норм означает, что прямое приложение принципа полезности к конкретным действиям не требуется» (Rumble W. E. *Divine Law, Utilitarian Ethics, and Positivist Jurisprudence: A Study of the Legal Philosophy of John Austin*. С. 150).

ления соответствующих «норм» в науке и законодательстве⁹³.

Приведенный взгляд, как представляется, имеет универсальное значение и его можно легко сочетать, например, с точкой зрения Р. Иеринга. Немецкий юрист указывал, что «каждый есть прирожденный борец за право в своих интересах», ибо выгодное каждому выгодно всем и наоборот; «в моем праве попирается и отрицается право вообще, в нем оно защищается, утверждается и восстанавливается»⁹⁴, из чего следует, что в условиях формального равенства покушение на права одного есть покушение на правопорядок в целом, поскольку субъект права есть органично вплетенное в него условно самостоятельное бытие. Если «борьба за право» есть «обязанность морального самоутверждения» (т.е. исполнение требований правопорядка в форме исполнения легальных обязанностей есть моральное благо; правомерная реализация субъективных прав в целом есть моральное благо), то каждый обязан защищать свои законные интересы и свое состояние (достоинство) правового субъекта, поскольку такая защита корреспондирует общему интересу – желанию правовой защищенности в целом⁹⁵.

Представляется, что Дж. Остин оказался прав, указывая на назначение принципа полезности и его роли в вынесении морально-правовых суждений о феноменах и их сущностях с опорой на человеческие интересы и человеческое понимание этических категорий. Философско-правовой принцип общей полезности имеет не меньшее значение для рождающейся общей науки о праве, чем для эти-

⁹³ При наличии общего представления о сущности явления и его влиянии на общее благо отпадает необходимость в проведении утилитарного расчета. Так, «чувство неприятия ассоциируется в моем сознании с мыслью или представлением о краже» (Austin J. *The Province*. С. 52, 84-85), а значит оказывается возможным вывести суждение о принципиальной пагубности краж из общего принципа и общей нормы, тесно переплетенных с частными переживаниями. Тем не менее, любая общая норма знает исключение, знает их и тезис о принципиальной пагубности краж – будет ли кража хлеба из соображений крайней необходимости пагубной? Дж. Остин утверждает, что нет (и с юридической, и с этической точки зрения), но в спорных ситуациях необходимо вновь проводить утилитарный расчет – ради объективности, защиты интересов частных лиц, поддержания и укрепления авторитета властных органов и общих норм (Там же, с. 37-38). Отступление от нормы в этом случае, казалось бы, расшатывает ее авторитет, однако игнорирование индивидуальных особенностей дела причинит еще больший вред; принятие специфики во внимание, напротив, подчеркнет разумность и авторитетность деятельности властных органов, равно и исходящих от них норм (Там же, с. 53). Это ярко проявляется в судебной деятельности. Итогом этического воздействия принципа полезности было бы такое состояние общественного нравственного сознания, когда «мы стали бы любить справедливость беспристрастной любовью и ненавидеть несправедливость беспристрастной ненавистью» (Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 450). По мнению И. Бентама «преступление есть преступление независимо от удовольствия и страдания лиц – удовольствие преступника не принимается в расчет, так как оно неправомерно» (Фролова Е.А. *Рациональные основания права: классика и современность: монография*. С. 338).

⁹⁴ Фролова Е.А. *История политических и правовых учений: учебник*. С. 398.

⁹⁵ См.: Иеринг Р. *Борьба за право* / Иеринг Р. *Избр. труды*. В 2 т. Т. 1. СПб., 2006. С. 24-36.

ки. Дж. Остином постулируется *желание изучать институты и нормы, понимаемые им в качестве стандартов массового и общепринятого поведения, а также концентрированного выражения человеческой оценки и отношения к событиям и действиям*⁹⁶. Этот подход к предмету в равной степени справедлив для наук о праве и морали; Должному в той же мере, в какой и Сущему, следует основываться на «наблюдении и индукции»⁹⁷. Обобщение человеческого опыта и представлений имеет своей целью обеспечение разумности человеческой жизни и действительного накопления знания о явлениях окружающего мира. Этот опыт уже представлен в бытии, науке остается его осмыслить и дать соответствующий анализ⁹⁸.

Подход Дж. Остина указывает на глубокую убежденность автора в принципиальной необходимости работы именно с эмпирическими фактами⁹⁹. По его мнению, следует создавать не некий «воздушный замок» как обитель правовой реальности, но «заземлять» норовящего отправиться в полет правового «призрака», расположив его подле иных эмпирически исследованных феноменов в общей библиотеке научного знания с присвоением соответствующего индивидуализирующего номера. Все сущее доступно для отображения в категориях эмпирических фактов¹⁰⁰. Истинность знания обязана проходить проверку практикой – дока-

⁹⁶ Правовед также указывает, что прямое приложение принципа полезности практически не осуществляется – этот акт попросту заменили нормы. «И аномалий, в конце концов, сравнительно немного. В подавляющем большинстве случаев общее счастье требует соблюдения норм» (Austin J. *The Province*. С. 60). Если же норма отсутствует, то принцип полезности позволяет либо обнаружить иную существующую и применимую норму по аналогии, либо выработать новую. Указанной деятельностью, в частности, занимаются судьи.

⁹⁷ Там же, с. 63.

⁹⁸ Автор полагает, что *людям в каждой конкретной ситуации нужно руководствоваться не самим принципом полезности, а выведенным в связи с ним нормами*. Нормы уже содержат те необходимые обобщения, способные указать человеку на правильность и справедливость его поступков, их связанность с общим благом. Обращаться каждый раз напрямую к полезности – слишком долго и непрактично; разумнее оценивать не конкретные деяния, но отталкиваться от суждений о классе деяний, к которому принадлежит оцениваемый акт (Там же, с. 49, 77 и др.).

⁹⁹ Так, Дж. С. Милль, анализируя методологию Дж. Остина, указывал, что выражаемые правоведом в понятии свойств объекта соответствовали, как правило, реальным свойствам этого объекта. По мнению утилитарного философа, правовед верно понял, что «значение имени всегда следует искать в отличительных свойствах наделенной именем вещи; а их (свойства – А.И.) можно обнаружить только путем точного изучения самой вещи или любой другой вещи, от которой ее требуется отличать» (Mill J.S. *Essays on Equality, Law, and Education*. CWJSM. Т. 21. С. 194).

¹⁰⁰ За это Дж. Остин подвергается критике. Отмечается, что правовед стремится объяснить «факты юридического опыта» в специальных терминах юридической науки, однако «сами определения вначале просто постулируются, а впоследствии принимаются как данность» (Финнис Дж. *Естественное право и естественные права*. С. 21). Действительно, теория правоведа, хоть и направленная на критику языка, не обосновывает как тонкости избранной методологии, так и то, почему та или иная языковая форма оказалась наиболее предпочтительной – Дж. Остин предлагает читателям итоги мыслительного процесса, но не знакомит их с самим процессом. Тем не менее, несмотря на возможные пороки в логике, размышления английского правоведа сводятся к созданию формализованного отра-

зывать, что теоретически сконструированный предмет соотносится с реальными объектами (действительно ли существуют мораль, законы, суверен, государство и т.д.). В противном случае мы бы говорили о непреодолимом противоречии между теорией и практикой¹⁰¹. Если однажды правовая наука предпочтет реальность абстракций реальности эмпирических фактов, то наука в целом станет «бессмысленной абстракцией», лишенной всякой жизненности¹⁰². Описание объекта и его свойств оказалось бы сведенным к пустому фантазированию. Допустить подобное означало бы приговорить целую сферу знания к медленной смерти: изначально описываемый ею предмет заменил бы нереалистичный образ, сформированный при посредстве более не отвечающих практике понятий.

Значимость общей полезности следует из ее назначения. Во-первых, этот метод вносит серьезный вклад в те науки, которые им руководствуются. Утилитарный подход, эмпирическое исследование и нормативное мышление позволяют определить наиболее ценные и необходимые социально-правовые институты и общественные отношения, дополненные благами, для человека, государства и общества¹⁰³. Они дают критический анализ перечисленным и связанным с ними явлениям, выделяют наиболее общие принципы и «нормы», предлагают критерии для распределения объектов по соответствующим классам. Во-вторых, роль общей полезности сводится к согласованию частных убеждений человека с различными нормативными системами, принятию человеком идеи о необходимости по-

жения позитивного права в сфере абстрактной мысли, являющегося истинным по отношению к эмпирическим фактам, что говорит об очевидном сходстве его теории с любой другой позитивистской концепцией.

¹⁰¹ Austin J. *The Province*. С. 47-51, 62, 87, 201, 369 и др.; Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 1083, 1089, 1095-1096 и др.; Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права: В 8 т. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. - М.: Статут. 2011. С. 142-143; Mill J. S. *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation*. Parker, Son, and Bourn, 1862. Т. 1. С. 148, 163, 345.

¹⁰² Austin J. *The Province*. С. 50.

¹⁰³ Ярким примером выступает институт собственности, это необходимое социальное «зло», порождающее неравенство, но позволяющее преодолеть неудобства существования в этом мире. По мнению правоведа, никакие возможные неудобства и контраргументы, даже усугубляющееся социальное неравенство, вовсе не обладают силой «в сравнении с действительными причинами, вызывающими к институту собственности» (Там же, с. 72-75). Каждый оказывается заинтересован в защите собственности, потому как каждый нуждается и пользуется благами этого института, хотя бы косвенно. Иными словами, жизнь человеческого рода невозможна без института собственности, ибо блага (главным образом материальные), которые окружают людей ежедневно и ежемоментно, оказались бы невыносимы без эксплуатации той или иной формы собственности. Социалистические движения, критикующие фактическое неравенство людей, порожденные неравенством в обладании материальными благами, тем самым подрывают основы человеческого общежития, следовательно, являются этически недопустимыми и связаны с заблуждениями (См.: Austin J. *A Plea for the Constitution*. London: J. Murray. 1859. С. 18, 20-22, 26-27, 40).

рядка. Наука должна дать человеку наставление, состоящее не из звонких и пустых фраз, апеллирующих к эмоциям, «моральному чувству» или к невежественному недовольству толпы, а из ключевых этических и практических принципов, проливающих свет как на корыстные мотивы иных «просветителей», так и на человека и его социальное бытие в целом¹⁰⁴.

Утилитарный расчет, таким образом, имеет результатом создание некоего обобщенного представления о человеческих поступках определенного класса и их последствиях (т.е. выработку «нормы»). Однако остается нераскрытой проблема того, кто именно должен создавать подобные представления. Сущностно, ответ на этот вопрос предполагает комплексный анализ двух человеческих авторитетов или двух человеческих властей: моральной и легальной, рекомендательной и принудительной. От верного определения наиболее подходящего субъекта-нормотворца – частного лица и его индивидуального морального сознания, «народного духа», публичной власти или объединений независимых политических обществ – зависит наиболее точное определение сферы юриспруденции. Думается, действительное определение предмета правоведения лежит через разрешение противоречий между правом и моралью, связанных с необоснованным синтезом их источников, причин и условий нормативности предписаний, целей и понятий, веками воспроизводимых как философами права (философами в широком смысле), так и лицами, принадлежащими к юридической специальности. Этот путь будет неизбежно сопряжен с попыткой поиска, обоснования необходимости установления и определения общественного (правового) идеала, чему принцип полезности должен послужить не просто методом мышления, но методом практи-

¹⁰⁴ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 214-217. Станут ли, таким образом, человеческое общение по поводу вещей и идей, а равно бытие и взаимодействие людей с создаваемыми ими институтами, совершенным или приближенным к совершенности? Ответ, вероятно, может быть только отрицательным. *Полезность и общее благо есть принципы без конкретного содержания, их понимание субъективно, а бытие – обусловлено эмпирическими обстоятельствами.* Даже обнаружение общего принципа, дедуцированного из фактов, предположительно вскрывающих (логически доказывая) содержание воли Бога, не решает проблему, поскольку понимание Его законов никогда не будет полным. Подобный скептицизм, тем не менее, автоматически не отрицает необходимости поиска наилучших разрешений этических казусов. Мнение Дж. Остина в указанной части разделяют множество мыслителей. В частности, П.И. Новгородцев указывал, что «вечное искание новой правды не может прекратиться, как не могут исчезнуть общественные различия и разногласия» (См.: Новгородцев П.И. Право и нравственность. Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1 / под ред. Ю.С. Гамбарова. С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О.Н. Поповой. 1899. С. 129), ибо сама жизнь оказывается невероятно богаче и шире любого содержания даже самой всеобъемлющей и идеально изложенной нормы, человеческой – несомненно.

ческой реализации этических принципов – руководством к действию.

Мы полагаем, что наиболее целесообразным было бы начать с рассмотрения не того, что должно быть определено лишь в конечном итоге, но с того, при помощи чего мы смогли бы достигнуть желаемой цели, подвергая это что-то комплексному анализу по мере нашего продвижения к искомому¹⁰⁵. Нам, таким образом, следует начать с анализа норм морали в правовой теории Дж. Остина, органично переплетенными с проблемами правопорядка и публичной власти, и, в конечном итоге, самим позитивным правом. Или, что более правильно, нам следует начать с человека – истинного творца правовой плоскости¹⁰⁶.

1.3. Позитивная мораль: «естественный» продукт человеческой жизни

1. Введение в начала человеческих нормативных суждений. Человечеству свойственна естественная склонность к нормативной интерпретации природы, порождаемая желанием знать «причины и начала вещей»¹⁰⁷, т.е. получить ответы на метафизические вопросы. Человек силится познать мир через предполагаемую разумность, а значит смысл и ценность последнего; он стремится созидать и творить в духе своего Создателя, пытаясь самостоятельно упорядочить окружающую действительность в силу, как считается, инстинктивной тяги к реализации возможностей свободной воли. Итогом такой деятельности выступают не только ощутимые изменения в окружающем мире, но и нормы – обобщенный опыт человеческой практики, направленный на урегулирование бесконечного множества

¹⁰⁵ Логика восхождения от абстрактного к конкретному была хорошо прокомментирована Г. Хартом: «ясно, что наилучший метод – это отложить ответ на вопрос “Что такое закон?” до тех пор, пока мы не найдем, что такое есть в законах, что на самом деле запутывало тех, кто отвечал или пытался ответить на него, даже если их знакомство с правом и их способность понимать отдельные примеры находятся вне сомнения» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 13-14).

¹⁰⁶ Поставив во главу угла человека, теория Дж. Остина в полной мере солидаризируется со следующим мнением Г.Ф. Шершеневича, касающегося философии права: «...право, в его целом, есть понятие социологическое, а не юридическое. Если право есть произведение человеческое, то уяснение его сущности невозможно без понимания природы человека во всех ее проявлениях, без проникновения в потребности человека, его способности, стремления. *Теория права должна начинать с антропологического момента*» (Шершеневич Г. Ф. Философия права. Том I. С. 25; курсив наш – А.И.).

¹⁰⁷ Гоббс Т. Левиафан. С. 140. «Истина - одно из первых желаний человека; это один из элементов нашего существования; она так же необходима нам, как дневной свет» (См.: Bentham J. Theory of Legislation. Trübner, 1871. С. 260).

индивидуальных ситуаций¹⁰⁸. В этом выражается «двуликость» права: оно одновременно есть социально-исторический факт, даже сейчас являющийся собой процесс и движение, и нормативная система¹⁰⁹.

В настоящем параграфе мы, по большей части, ограничимся теми нормами, которые обычно именуется «нормами морали» или просто «моралью». По нашему мнению, проблемы генезиса как норм морали, так и законодательных норм, сущностно совпадают. Они, в конечном итоге, преследуют одну цель и имеют единый предмет регулирования – человеческое поведение. В этой связи надлежит сперва рассмотреть философско-правовую проблему норм в целом, преломленную через философскую проблему существования человека в мире и его потребности, и лишь затем переходить непосредственно к нормам морали или права¹¹⁰.

Для аутентичного понимания правовой теории Дж. Остина, необходимо остановиться на следующих уместных комментариях. Г. Кельзен указывает, что право как таковое есть «нормативная интерпретация природы, поскольку норма о возмездии определяет взаимные отношения людей как специфический социальный принцип»¹¹¹. Природа явления «нормативности» была проанализирована Г. Еллинеком в рамках его теории нормативных фактов. Нормативное он выводил из фактического (из практики жизни), ставил первое в подчиненное положение. Норма позитивной морали, которая нередко впоследствии становится нормой позитивного права, есть определенная длящаяся в своем осуществлении нормаль-

¹⁰⁸ Дж. Остин не приводит самостоятельного определения «нормы», однако его можно составить из признаков, относимых к ней и перечисляемых самим автором. Строгое понятие «нормы» включает в себя характеристики «закона» и «команды», однако охватывает более широкий круг объектов. Так, о наличии именно «нормы» свидетельствует то, что *правило поведения в целом предписывает совершать, воздерживаться от совершения, либо не совершать в принципе действия определенного класса* в течение конкретного времени или неопределенного срока (т.е. до дальнейшего распоряжения). «Норма» Дж. Остина ограничивается ситуациями, направленными на классы объектов, т.е. на действия и воздержания от совершения действий в целом. Если понимать этот термин в узком смысле, то он не охватывает правила, однократно предписывающие определенную модель поведения, если требование считается исчерпанным после первого же акта человеческого поведения (Austin J. The Province. С. 8, 14).

¹⁰⁹ См.: Finnis J. The Fairy Tale's Moral // LQR. 1999. Т. 115. С. 170.

¹¹⁰ Это, по выражению Г.Ф. Шершеневича, послужило бы «мостом, перекинутым от философии к правоведению» (Шершеневич Г. Ф. Философия права. Том I. С. 26), так сильно необходимым юридической общей теории, ибо последняя имеет «потребность в синтезе» в силу дифференциации научного знания (Там же, с. 4).

¹¹¹ Принцип, состоящий в том, что за определенное поведение человеку назначается награда или наказание, есть принцип воздаяния. Более общим по отношению к понятиям «награда» и «наказание» можно считать понятие «санкция» (Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 39 и др.). Проблему нормативной интерпретации, т.е. права в целом, затрагивает и Г. Харт: «наиболее важной общей чертой права везде и во все времена являлось то, что его существование означает, что определенные типы человеческого поведения более не являются произвольными (optional), но в некотором смысле обязательными» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 14).

ность¹¹². Состояние «нормальности» – некий стереотип и даже социальный «миф», появившийся вследствие длительного воспроизводства различных форм социального поведения людьми. Убежденность в нормативности «нормальности» есть «психологически обусловленное отношение человека к фактическим событиям. То, что постоянно окружает человека, что он непрерывно воспринимает и делает, он рассматривает не только как факт, но и как норму, в соответствии с которой он оценивает, судит то, что от нее отклоняется». Поэтому «правом первоначально считается у всякого народа то, что фактически осуществляется как таковое»¹¹³.

Г. Кельзен разъясняет, что исторически существовал синкретизм каузального (природного) и нормативного (общественного) порядков. На отношения вещей накладывался «человеческий» отпечаток, они получали социальную интерпретацию, одушевлялись¹¹⁴. Итогом социо-нормативной интерпретации выступает норма как стандарт массового поведения. В своем существе, норма есть общая сумма всех обстоятельств и правовых оценок (распространенная на предполагаемую бесконечность ситуаций), в соответствии с которыми необходимо оценивать некоторое деяние. Следовательно, норма есть условие, определяющее объекты правового интереса, действующих, воздерживающихся от действий и бездействующих субъектов, их желаемое поведение и процедуры воздействия на такое поведение. Нормативная (дедуктивная) система как таковая – «это множество высказываний (деонтического/нормативного характера), которое содержит все свои следствия»¹¹⁵. *Норма есть весь человеческий опыт ситуаций определенного класса, типа или рода и, одновременно, все будущие и еще не произошедшие казусы;*

¹¹² Публичной власти как правовому порядку остается лишь выявить этот стандарт типичного поведения и перенести его как нечто социально значимое и нормальное в плоскость публично-правовых норм, потому как именно «закон закрепляет то, что является правом и по праву, только превращает право в долг для других» (См.: Фейербах Л. Соч. Т. 1. 1923. С. 319). Публично-правовой порядок начинает принуждать извне к исполнению порожденных жизнью норм, надстраивая над последними особую реальность юридической фикцией – реальность позитивного права. Не последнюю роль здесь играет и момент легитимности как частного и общественного признания – «вырабатывается презумпция, что существующий социальный факт есть в то же время и правомерный» (См.: Еллинек Г. Общее учение о государстве: Юридический центр Пресс; Санкт-Петербург; 2004. С. 338). Последний же шаг связан с повсеместной юридизацией – нормативность перемещается в новую плоскость и становится неотъемлемым качеством создаваемых публичной властью нормативно-правовых актов.

¹¹³ Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 336-337.

¹¹⁴ Дидикин А.Б. Аналитическая философия права: истоки, генезис и структура. С. 227.

¹¹⁵ См.: «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / К. Э.Альчуррон, Е. В. Булыгин, П. Герденфорс, Д. Макинсон; под ред. Е. Н.Лисанюк. — СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2013. С. 90.

она есть описание бесконечности индивидуальных ситуаций через описание видовых и родовых объектов¹¹⁶. Включая в себя представление о будущем, любая норма автоматически становится стандартом должного, ибо ожидает от участников отношений поведения определенного рода.

Что касается Дж. Остина, то он усматривает естественную необходимость любых норм в силу того, что люди не моральны от природы¹¹⁷. Правовед связывает отсутствие врожденной моральности с открытостью человека к возможному злу; в духе Аристотеля и И. Бентама он утверждает: человеческой природе свойственна «беспристрастная злая воля». Без нравственных ориентиров и общеобязательных норм субъективная воля, интерпретирующая действительность, не имеет иной господствующей мотивирующей причины помимо удовлетворения своих потребностей, каждый выступает высшим судьей собственного блага и выгоды. Подобные мотивы не просто эгоистичны (хотя, справедливости ради, любой мотив своим ядром имеет «Я»), они антисоциальны¹¹⁸. Но важно понимать: эти мотивы не исчерпывают содержания человеческой природы, а составляют лишь неотъемлемую ее часть. Однако само их существование и однозначная вредность обуславливает необходимость правопорядка, о чем и утверждает утилитарная теория. В частности, на это ссылаются Дж. С. Милль и разделяющий подобные взгляды Г. Харт¹¹⁹. «Добро» и «зло» должны получить квалификацию в общих нормах, их измерение должно упираться в сколько-нибудь объективное мерило,

¹¹⁶ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 997.

¹¹⁷ Эта проблема отсылает нас к проблеме несовершенства человеческой природы: «из столь кривого дерева, из какого сделан человек, не может быть вытесано ничего совершенно прямого. Природа избрала для нас лишь путь приближения к этой идее (нравственной, а потому свободной личности – А.И.)» (См.: Кант И. Идея истории во всемирно-гражданском плане // И. Кант. Сочинения. Т. 1. М., 1994. С. 99).

¹¹⁸ Austin J. The Province. 122-125.

¹¹⁹ Дж. С. Милль приводит следующий комментарий: «в связи с надлежащей целью или задачей политического правления и общества я могу упомянуть одну причину, которая всегда будет создавать политическое правительство... делать его необходимым или в высшей степени целесообразным: а именно, неопределенность, скудость и несовершенство позитивных моральных норм. Отсюда необходимость в общем управлении (или общем руководстве), главе которого общество может согласованно подчиняться» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 294; курсив наш – А.И.). «Люди – не дьяволы, у которых господствует желание уничтожить друг друга, и демонстрация того, что при наличии всего лишь скромной цели выживания основные правила закона и морали являются необходимостью, не должна отождествляться с ложным представлением о том, что люди преимущественно эгоистичны и не имеют никакого бескорыстного интереса в выживании и благосостоянии своих собратьев. Но если люди не дьяволы, они и не ангелы; и тот факт, что они – нечто среднее между этими двумя крайностями, делает систему взаимной сдержанности и необходимой, и возможной... где альтруизм не является безграничным, требуется установленная процедура для таких действий по связыванию самих себя обязательствами для того, чтобы создать минимум уверенности в будущем поведении других и обеспечить предсказуемость, необходимую для сотрудничества» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 198-199; курсив наш – А.И.).

ибо указанные этические категории есть, по определению, родовые признаки оцениваемых (нормативно интерпретируемых) людьми человеческих деяний и иных явлений.

Позитивные нормы как таковые отсутствуют в естественном состоянии. Но естественный Разум подсказывает человеку: необходимы институты, полезность которых исключительна для общей безопасности и Мира. Ими становятся государство и право как некий минимум, низшая ступень нравственности¹²⁰. Они представляются необходимыми в силу того, что «естественное отношение есть вещь, одинаково стоящая вне области справедливости и несправедливости»¹²¹, поэтому создание государства и права есть попытка преодолеть, предупредить и сдержать естественные недостатки, устремления и пороки человека, следствия отсутствия врожденной моральности¹²². Иными словами – это попытка запретить человеку реализацию «естественного права» или запрет произвола частной воли, частной «интерпретации» и частного усмотрения. Получается, что общая безопасность и ее осуществление – это «основные цели политического общества и права»¹²³, реализация которых возлагается на публичную власть. Таким образом, проблема социального порядка получает ярко выраженный утилитаристский «окрас», поскольку она напрямую соотносится и апеллирует к общественной и даже общечеловеческой выгоде.

Дж. Остин утверждает о естественной необходимости преодоления обществом несовершенства человека в результате усложнения социального бытия за

¹²⁰ См.: Еллинек Г. Социально-этическое значение права, неправды и наказания. М., 1910. С. 61-62. «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...*» (Харт Г.Л.А. Понятие права. 195).

¹²¹ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 157.

¹²² Более того, государство также снимает проблему бессмысленности выражений «общий интерес» и «общая воля». Частные устремления бесконечно разнородны и, в конечном итоге, несводимы друг к другу. Однако именно суверен выступает той унифицирующей силой, которая вырабатывает, устанавливает и поддерживает этот общий интерес возможностями государственного вменения. «Государственная воля», сменившая «общую волю» также есть безжизненная абстракция, но она выражается посредством юридических фикций. Этот интерес постольку проявляет себя, поскольку есть сила, способная его обеспечить; вне понятия общественного (государственно-принудительного) интереса нет понятия нравственности и права. «Общественно-полезное и нравственное – одно и то же» (См.: Горбань В. С. Эмпирико-социологический юридический позитивизм Р. Иеринга и М. Вебера // Общество: политика, экономика, право. 2017. №. 4. С. 75).

¹²³ Austin J. The Province. С. 99. Это так, поскольку «всегда найдутся те, кто пожелает злоупотреблять ею («системой взаимной сдержанности и компромиссов» - А.И.), одновременной живя под ее защитой, и нарушая ее ограничения. Это действительно... является одним из естественных фактов, делающих необходимым шаг от только моральных к организованным, правовым формам контроля» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 197).

счет усложнения индивидуальных и коллективных форм человеческого существования¹²⁴. По мнению правоведа, нормы морали и права не даны человеку изначально. Они, в первую очередь, результат опыта (существования человека в этом мире) и практической целесообразности, во-вторую – воспитания морального сознания¹²⁵ и воспитания со стороны правопорядка действовать в соответствии с законом. Правовед говорит об общественно-историческом развитии общества и институтов, а заодно дает набросок этой идеи, как бы вскользь намекая на колоссальную разницу между человеком как природным существом и человеком как существом, личность которого выстраивается в связи с непрекращающимся движением различных элементов, компонентов и форм социальной жизни¹²⁶. Его основная мысль сводится к тому, что право и государство есть требование Разума (Божественного и человеческого) и исторической необходимости.

Вероятно, можно сказать, что *появление желания порядка и безопасности совпадает по времени с генезисом права и публичной власти*, какими бы ни были иные и непосредственные причины их возникновения. Таким образом, идея социального порядка есть идея, проистекающая из правового сознания человека¹²⁷. Право в целом как регулятор поведения оказывается подчинено идее порядка, существует ради ее реального воплощения.

2. Нормы морали. Мораль как древнейшая «позитивная» нормативная система провозглашает стандарт ожидаемого от человека должного поведения, выступает желаемым стандартом этого последнего. Как и любые другие нормы, мо-

¹²⁴ Отмечается, что и конечный «общественный порядок, и государство, и право, и правопорядок суть моменты саморазвития общества» (Цит. по: Право. Порядок. Ценности: монография. С. 389).

¹²⁵ Austin J. The Province. С. 98-99.

¹²⁶ «Единственная общая причина постоянства политических властей и единственная общая причина возникновения политических властей в точности или почти одинаковы... а именно, что основная часть естественного общества, из которого было сформировано политическое, хотела *перейти в политическое состояние из естественного состояния или состояния анархии*» (Там же, с. 322). Эта проблема имеет огромное значение для науки законодательства, занимающейся вопросами должных государства и права. Так, необходимо рассматривать не просто конкретное и изменяющееся (историю отдельных обществ), но искать постоянное в преходящем: «*должным формам власти и права для развитых обществ не следует учиться на примере несовершенных институтов варваров*. Обстоятельства, при которых они существовали, отличались от наших собственных; их способность выносить суждения об институтах, наилучшим образом приспособленных к их собственным обстоятельствам, была не так развита, как наша собственная... *Законодательство должно основываться на общих принципах, вытекающих из точного наблюдения за человеческой природой, а не на неточных записях, именуемых историей...*» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1030; курсив наш – А.И.).

¹²⁷ По этой теме см., например: Корнев А.В. Право – неотъемлемый элемент культуры: к 85-летию профессора РУДН Геннадия Илларионовича Муромцева // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2021. Т. 25. № 3. С. 711-718.

раль всегда обращена на проявления человеческой воли – она старается обусловить его поведение¹²⁸. Отмечая рукотворность подобных норм, Дж. Остин предлагает, из соображений понятийной ясности, именовать их нормами позитивной морали. «Позитивность» их мыслится правоведом в волеустановленности (set by position)¹²⁹. Позитивная мораль не имеет четкой дефиниции – это, скорее, весьма неопределенный в собственных пределах комплекс или класс человеческих норм и правил, отличных от законов Бога и законов человеческих политических руководителей¹³⁰. Это моральные суждения и переживания, действительно распространенные в конкретном или в большинстве человеческих обществ, куда входит практически все, что не подпадает под класс «законов в собственном смысле слова»¹³¹ – от правил клуба джентльменов до правил внутри семьи, международного права (о чем мы скажем позднее) и «всего того, о чем обычно говорят и думают как о морали»¹³².

Будучи нормативной системой, мораль стремится охватить бесконечное множество нормативных суждений, а также будущих поступков людей и их следствий. Со всей очевидностью, человеческий разум не способен объять бесконеч-

¹²⁸ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 25.

¹²⁹ Austin J. *The Province*. С. 3, 130. «Но, в отличие от естественного права или закона природы (подразумевая под этими выражениями закон Бога), совокупность норм, установленных политическими руководителями, часто называют позитивным правом или законом, существующим в силу установления» (Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 87). Иными словами, позитивными «являются те законы, которые не существовали извечно, а стали законами благодаря воле тех, кто имел верховную власть над другими...» (Гоббс Т. *Левифан*. С. 396).

¹³⁰ Austin J. *The Province*. С. 3-4, 130-132.

¹³¹ Иногда встречается мнение, согласно которому Дж. Остин, именуя «законами» и Божественные нормы, и команды суверена, закладывает в собственную классификацию существенное противоречие. Ибо, если, по утверждения правоведа, любое право в собственном смысле слова есть позитивное право, но эпитет «позитивный» служит для указания на волеустановленность и производность права сугубо от человеческого законодателя (Там же, с. 130-131), то неясно, как «естественное» позитивное право (собственно закон Бога, а не его человеческие интерпретации) оказывается тождественно человеческому позитивному праву (См.: Murphy J. V. *Positive Divine Law in Austin // The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. 2013. С. 172-173). Указанная критика является, тем не менее, не совсем точной. С одной стороны, нормы Бога есть, несомненно, Его Законы. С другой стороны, более обстоятельное знакомство с контекстом теории Дж. Остина убедительно показывает, что порядок создания позитивного закона связан с бытием правового порядка, верховной власти и факта ее господства, определенного перечня легальных нормотворческих процедур. Действительно, использование правоведом терминов можно признать не совсем корректным и отметить, что лучше бы законы суверена (из соображений различения с Божественным правом) именовались «человеческим правом» в его концепции (См.: Clark E. C. *Practical Jurisprudence: a Comment on Austin*. Cambridge. 1883. С. 132), однако путаница в именах есть лишь формальная сторона его мысли. Очевидно, что его теорией обусловлено иное и единственно верное понимание приведенного утверждения, в соответствии с которым только закон публичной власти есть единственный для человеческого общества «закон в собственном смысле» (Austin J. *The Province*. С. xvii, 130, 136-139, 198-199, 209 и др.).

¹³² Харт Г.Л.А. *Понятие права*. С. 264. Г. Харт поэтому весьма справедливо отмечает, что указанное расширение термина «мораль» в теории предшественника «затемняет слишком важные различия в ее формах и социальных функциях» (Там же). Исходя из логики Дж. Остина, сюда же можно отнести и правовые принципы – идеи законности и справедливости, имеющие значение логических начал и «источников» позитивного права.

ность¹³³. Но, устремленные к бесконечности, человеческие нормативные системы идут следующим путем: они являют собой наиболее абстрактные и общие принципы мышления и модели поведения, которые можно было бы приложить к бесконечному множеству индивидуальных ситуаций. Сделав предметом изучения нормы, науки способны описывать нормы такими, какими они являются сами по себе, т.е. обособленно от оценки «справедливости» их содержания и моральных достоинств в целом¹³⁴.

Говоря о социальном назначении норм, они служат цели обуздания и сдерживания несовершенной человеческой природы, «компенсируют» возможное зло, исходящее от сущности человека¹³⁵. Если сила законов обеспечивается государственным принуждением¹³⁶, то не совсем ясно, на что именно опираются моральные или религиозные нормы. Согласно Дж. Остину, нормы морали нельзя приравнять к позитивным законам в силу того, что отсутствует постоянное конкретное лицо, ответственное за реализацию санкций, а равно отсутствует легальная санкция: «законы общественного мнения» признаются и обеспечиваются самим этим мнением. Они упираются в конвенциональное признание большей частью

¹³³ Гоббс Т. Левиафан. С. 32-33.

¹³⁴ См.: Hart H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford. 1983. С. 10.

¹³⁵ «...Нравственные стандарты утверждаются для противодействия буйной игре страстей, которую эти стандарты ограничивают, и ценой принесения в жертву интересов индивида...» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 177). Мы бы в своей оценке зашли даже дальше, предположив, что главное достоинство, например, концепции естественного права (благодаря ее мощной нравственно-критической оценке) и иных «гуманистских» философско-правовых взглядов, так или иначе связанных с той же проблемой, мыслится в том, что они явно или косвенно утверждают о необходимости сохранения «естественной» человеческой природы, т.е. определенного перечня задатков и качеств людского рода, через организационно-институциональное и нормативное воздействие на его желания и конечное волеизъявление. Однажды созданные позитивные нормативные системы и само государство, таким образом, противостоят человеку для сохранения человечности в человеке. Эта мысль, вероятно, неизбежно приобретает возрастающую актуальность, поскольку современные тенденции, когда слишком многое начинает отдаваться на исключительное усмотрение гражданского общества (например, проблемы гендерной принадлежности и связанных с ними вопросов самоидентификации) однозначно безжалостно подрывают сами основы человеческого бытия, нанося разрушительный удар по «природе» человека. Таким образом, ответ на вопрос, является ли человеческая «природа» постоянной или изменчивой, - один из ключевых вопросов современных нормативных систем и институтов, ибо он связан с дальнейшей судьбой их взаимодействий с человеком, обществом и друг с другом, а также с самой их сущностью и конечной целью.

¹³⁶ Austin J. *The Province*. С. 8-9. Т. Гоббс поэтому отмечал, что ни один человеческий акт не считается правонарушением или «грехом» сам по себе, он становится ими только в связи с появлением закона, запрещающего эти действия, и распространения знания о нем. Такого закона люди «не могли знать до тех пор, пока он не был издан, а изданным он не мог быть до тех пор, пока люди не договорились насчет того лица, которое должно его издавать... Там, где нет общей власти, нет закона, а там, где нет закона, нет несправедливости» (Гоббс Т. Левиафан. С. 168-169). Философ делает вывод: «...там, где нет собственного, т. е. собственности, нет несправедливости, а там, где нет организованной принудительной власти, т. е. где нет государства, нет собственности, ибо там все имеют право на все. Поэтому там, где нет государства, нет несправедливости» (Там же, с. 193-194); правопорядок как социальная конвенция «без меча лишь слова, которые не в силах гарантировать человеку безопасность» (Там же, с. 228). В указанном смысле, государство и законы являются фактором, сдерживающим естественную свободу человека и его страсти.

общества добра или зла за некоторым явлением, мыслью и мотивом, поступком или результатом человеческих действий¹³⁷.

Однако моральное содержание человеческого сознания не является свойственным всем без исключения людям. Гарантировать исполнение этических предписаний громадным большинством народа попросту не представляется возможным. Говоря словами Т. Гоббса, «справедливость и несправедливость не являются ни телесными, ни умственными способностями»¹³⁸. Действительность морали обеспечивают «социально-имманентные санкции», восходящие от кровной мести до цивилизованных одобрений и осуждений¹³⁹. Действительность ее мыслится в том, что Дж. Остин назвал бы принципом общей полезности, а, например, Г. Кельзен – долженствованием, слившимся с актом принуждения, принявшим характер санкции¹⁴⁰.

Мы убеждены в том, что позитивная мораль оказывается несовершенной в том же смысле, в каком является ограниченным природой и сам человек¹⁴¹. Если мы посчитаем истинным утверждение, в соответствии с которым «там, где нет государства, нет справедливости»¹⁴², то идея публично-правового порядка как единственного источника социальной справедливости и действительного «субъекта совести», что вполне закономерно, должна была появиться с естественной

¹³⁷ Обязательность и всеобщность морали крайне условна: ей не свойственна нормативность, единообразная реализация, конкретная санкция и гарантированность исполнения в принципе (мораль есть совет и рекомендация в отличие от позитивных законов) – Дж. Остин не верит в сознательность и просвещенность народа в современную ему эпоху, достаточных для того, чтобы возвысить мораль до уровня законов. Более того, *моральные нормы не обязательно имеют непосредственную связь с законами Божества*: это либо «Божественное» естественное право, либо позитивная мораль, уподобившаяся этике истинного естественного права (Austin J. The Province. С. Xiii, 3, 135, 169).

¹³⁸ Гоббс Т. Левиафан. С. 169. Нормы позитивной морали характеризуются тем, что они не несут императивного характера в том смысле, в каком им обладают нормы позитивного права, и не создаются людьми, для приобретения, изменения или прекращения легальных прав и обязанностей. Они могут предполагать обязанности и санкции, но ни то, ни другое не будет обладать легальностью и нормативностью (Austin J. The Province. С. 21, 140, 167, 193 и др.). «Законы» общественного мнения обеспечиваются, хотя и не становятся легально принудительными, *нормативностью мышления человека*. Социальное зло и добро есть продукт человеческой культуры. Это социальный факт, неотделимый от человеческого мышления, восприятия и исторического опыта.

¹³⁹ Там же, с. 42-45.

¹⁴⁰ Кельзен. Г. Чистое учение о праве. С. 24.

¹⁴¹ Ошибки и заблуждения в ее суждениях попросту неизбежны. Действительно, если бы сознанию человека было свойственно врожденное моральное содержание, то оно, «подобно ощущениям и страстям, должно было бы быть присуще и человеку, существующему изолированно. Но справедливость и несправедливость есть качества людей, живущих в обществе, а не в одиночестве» (Austin J. The Province. С. 169-170). По мнению Гераклита, «для Бога все вещи красивы [благородны], и хороши, и справедливы, лишь люди полагают, что одни вещи справедливы, другие – нет» (цит. по: Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. С. 110).

¹⁴² Austin J. The Province. С. 193.

необходимостью¹⁴³. Возникшее государство своей командой начинается активно вмешиваться в регулирование общественных отношений и создавать обязанности, бремя исполнения которых впредь ложится на всех подвластных лиц без исключения. Ослушание или нарушение теперь воспринимается как деяние, противоречащее «воле» и непререкаемому авторитету законодателя, за что вменяется соответствующее наказание. Государство и правопорядок, таким образом, следовало бы признать следствием существования несовершенного человека и следствием существования норм морали, неспособных в своей совокупности выступить в качестве безусловного принудительного порядка, в котором нуждается человеческое общество¹⁴⁴.

Законы, сопряженные с фактическими возможностями организованной публичной власти и ее «волей», обеспечили общество должным пониманием «справедливости» как согласованности факта действительности с неким критерием оценки, что в своем существе и есть норма позитивного закона. Именно закон как формально-определенное опосредствование «воли» будет выступать непосредственным критерием «справедливого», должного и ожидаемого поведения. Этого критерия как всеобщего достояния и представления не существует в силу естественных причин, но он с естественной необходимостью создается человеком, столь же естественно «стремящимся к миру»¹⁴⁵. Мэтью Хейл указывал, что «за-

¹⁴³ Так, например, утверждается, что «было совершенно правильно признать великое значение общественных учреждений, исторической традиции, твердых правил и навыков общности, которые, как первые впечатления развивающейся личности, воспитывают и дисциплинируют ее и таким образом организуют собирательный нравственный прогресс. Связь с общей нравственной средой... сдерживает крайности субъективного произвола, смягчает противоречия и контрасты, умеряет грозные бури общественных переворотов и приводит все к определенному уровню» (См.: Новгородцев П.И. Об общественном идеале. М., 1991. С. 175-176). Иными словами, идея порядка как системы общественных институтов, а также иные сопряженные с ней идеи, подвергают человеческую личность такому организующему воздействию, в результате которого постепенно воспитывается и дисциплинируется его самобытный дух.

¹⁴⁴ «Среди индивидов, живущих в тесном соседстве друг с другом, возможности нанесения ущерба другим посредством обмана, если не прямого нападения, столь велики, а шансы избежать последствий столь значительны, что никакие простые естественные удерживающие факторы в любой, кроме самой простейшей, форме общества, не могли бы быть достаточными для того, чтобы ограничить тех, кто слишком порочен, глуп или слаб для того, чтобы подчиняться закону» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 219).

¹⁴⁵ Важно помнить, что само позитивное право не имеет прямого отношения к чему-либо естественному, поскольку его происхождение и сама его природа связана с искусственными причинами и сущностями – политической властью и государством. С одной стороны, конечно, все право в целом можно признать «естественным» в силу того, что оно есть историческое явление, а равно, что оно производно от «естественной» способности человека мыслить – это продукт его разума, усилий его мысли. Другая сторона проблемы, напротив, указывает на то, что в каком-либо ином смысле, т.е. в качестве оторванных от разума человека, «природных» юридических норм не существует (См.: Муромцев С.А. Образование права по учениям немецкой юриспруденции. 2-е изд., испр. и доп. М., 1886 // Немецкая историческая школа права. Челябинск, 2010. С. 262).

кон... необходим, чтобы быть правилом для моральных действий, данных тому, кто наделен их пониманием, имеет власть и авторитет дать то же самое другим, и требовать повиновения в качестве команды, управляя и запрещая какие-либо действия некоторой выраженной санкцией или неявно содержащейся в таком законе»¹⁴⁶. Т. Гоббс делает закономерный и близкий по духу философии утилитаризма вывод: «там, где нет власти, способной держать всех в подчинении, люди не испытывают никакого удовольствия (а напротив, значительную горечь) от жизни в обществе». Публичная власть и ее команды попросту необходимы, они – залог самосохранения общества¹⁴⁷; их следует мыслить в качестве необходимого зла (где от принуждения неизбежно страдают единицы, но выигрывает все общество) эффективной альтернативы им нет, только противоположность – хаос анархии как еще большее зло. «Справедливость и собственность», как можно было бы добавить, «начинаются с основания государства»¹⁴⁸.

Мы полагаем, что Дж. Остин выделяет позитивную мораль в различных формах из соображений противопоставления ее позитивным законам, однако он не отрицает ни самостоятельного значения или влияния морали, ни возможности ее объективного познания в том же смысле, в каком ему доступна любая норма, ни ее значимости для Общей Юриспруденции¹⁴⁹. Индифферентная, казалось бы, к морали плоскость позитивного права на деле оказывается тесно переплетенной с ней нормативной реальностью. В частности, это явно видно при обращении к естественно-правовой (договорной) теории происхождения государства и права. К ней как к антагонисту позитивистской концепции, ибо первая предлагает иные

¹⁴⁶ Цит. по: Дидикин А.Б. Аналитическая философия права: истоки, генезис и структура. С. 16.

¹⁴⁷ «Есть человеческие ценности, или виды блага, которые могут быть обеспечены только при посредстве институтов права, и есть требования практической разумности (practical reasonableness), которым могут удовлетворять только эти институты» (Финнис Дж. Естественное право и естественные права. С. 19).

¹⁴⁸ Гоббс Т. Левиафан. С. 165, 174-175, 192.

¹⁴⁹ «Влияние утилитарных аргументов составляет... одну из причин его непоколебимой приверженности [основным компонентам его концепции права и суверенитета]. Трудно понять, как эта приверженность могла не повлиять на некоторые основные идеи его философии права... Влияние подобной линии рассуждений на его теорию права и суверенитета объясняет, почему он уделял так много места анализу этики» (См.: Rumble W. E. The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution. 1985. С. 107-108).

основания для валидности (действительности) власти и законодательства¹⁵⁰, мы и переходим.

1.3.1. Публичная власть как объект моральных норм и Божественных законов. Общественный договор

Дж. Остин полагает, что выделенные им аспекты в достаточной мере и степени соответствуют как исследованию норм этической наукой, так и юриспруденцией. Более «настойчивое разрешение их происхождения ни в малейшей степени не требуется и, действительно, невозможно»; любые попытки искажают действительное содержание рассматриваемых объектов (т.е. того их «портрета», способного получить отражение в человеческом разуме), ибо прибегают к противоречивым оправдательным теориям. Среди них можно выделить, в частности, «ошибочную» теорию общественного договора, именуемого правоведом «ковенантом», «соглашением» или *pactum civile fundamentale*¹⁵¹.

¹⁵⁰ «Проблема» естественно-правовой доктрины мыслится в том, что она предстает в качестве формы этической оценки Сущего и не способна подвергнуть критикуемые объекты иному анализу, кроме аксиологического. Теория естественного права приобретает форму перечня идей-принципов, которые «абсолютно автономны (self-existent) и которым соответствует, либо должен соответствовать... закон». Юснатурализм, утверждающий о выявлении и согласованности его построений, в частности, с человеческой природой, постулирует этико-правовой идеал, не столько критикующий Сущее, сколько старающийся его заменить и вытеснить. Теория «мистифицирует» реальную политическую власть и общество абстрактными понятиями, стремящимися осуществить «глобальное распространение... империи права или справедливости. Казалось бы, это право или справедливость, подобно старой-доброй справедливости Ульпиана, абсолютны, вечны и неизменны... это право или справедливость не являются порождением закона: они предшествовали любому закону; существуют независимо от любого закона; и является мерой или критерием всякого закона и морали» (Austin J. *The Province*. С. 332-333). О «вытеснении» Сущего юснатурализмом высказывались многие правоведы. В частности, Г. Еллинек отмечал, что «доказывать, что государство есть реальная власть, естественное право считало излишним; речь шла только о том, чтобы доказать правовое основание, правомерность этой власти» (Еллинек Г. *Общее учение о государстве*. С. 678-679). Действительно, сама целесообразность исследования наличного бытия может быть подвергнута огромному сомнению, если руководствоваться установкой, согласно которой «почти все искусственное» считалось чем-то «тягостным» в отличии от того, «что считалось естественным»; естественно-правовая идеология, сменившая в один период «освобождающую от предрассудков силу» науки естественного права, наиболее предпочтительной и «здоровой тенденцией» считало все, что является следствием природного порядка (Mill J.S. *Essays on Equality, Law, and Education*. CWJSM. Т. 21. С. 203).

¹⁵¹ Austin J. *The Province*. С. 330. «Я называю гипотетический ковенант “изначальным ковенантом или конвенцией”, а не “изначальным контрактом”. Каждая конвенция, соглашение или пакт не являются контрактом в собственном смысле слова: хотя каждый контракт, собственно так называемый, является конвенцией, соглашением или пактом. Контракт... представляет собой конвенцию, которая юридически связывает обязавшуюся сторону или стороны. Но, признавая эту гипотезу, предполагаемый “изначальный ковенант” не породил бы и не мог породить правовых или политических обязанностей» (Там же, с. 331). Не мог бы в силу того, что права и обязанности – продукт гражданского (государственного) состояния и государственной власти; только суверен легально управомочивает и обязывает. Правовед продолжает: «Каждая конвенция..., каждый пакт или соглашение..., состоят из обещания (или взаимных обещаний), данного и принятого. Всегда, когда даются и принимаются взаимные обещания, там, строго говоря, есть две или больше конвенций: ибо данное каждой и принятое противоположной из договаривающихся сторон обещание, есть само по себе обещание». «Поскольку каждая двусторонняя конвенция образуется путем соединения (implication) нескольких односторонних конвенций, каждая конвенция есть, собственно, одно-

Согласно Дж. Остину, идею гипотетического общественного договора как форму позитивной морали необходимо переосмыслить на юридических и *эмпирических* началах. Допустив, из соображений критики, реальность «изначального соглашения», преодоление естественного состояния происходит в три последовательных этапа. Во-первых, большая часть будущих членов политического тела принимает совместное решение об учреждении публичной власти¹⁵². Сразу обозначаются цели будущего государства – воплощение абсолютных и вечных идей-принципов добра, права и справедливости¹⁵³, т.е. «нравственно должного в праве»¹⁵⁴. Во-вторых, потенциальные подвластные лица создают конституцию (структуру) государства: совместно избирают персону или персон (совместно формирующих коллективное политическое тело), которые будут носителями суверенной власти - сувереном. Заключительный вопрос – проблема взаимных обязанностей; суверен и подданные обещают друг другу стремиться к «высшей цели независимого политического общества», т.е. к идеалам естественного права¹⁵⁵. Обязанность суверена заключается в должном («справедливом») общем управлении, обязанность подданных – в подчинении суверену в той степени, в какой это подчинение содействует воплощению «высшей цели» и целесообразно с позиции морального закона.

По мнению Дж. Остина, только последний этап может именоваться «договором», поскольку именно принятие на себя обязанности подчиняться некоему политическому руководителю единственно есть «фундаментальный гражданский

сторонняя конвенция или данное и принятое обещание». Наконец, каждая конвенция с необходимостью заключает в себя три элемента: 1) сформированное в разуме каждой из сторон желание вступить в фактическое отношение для достижения конкретного результата; 2) обоюдное волеизъявление (прямое или косвенное), свидетельствующее о намерении достигнуть того или иного результата; 3) обоюдное ожидание, что другая сторона исполнит данное обещание (Там же, с. 354-357).

¹⁵² Этот и дальнейшие этапы не обязательно должны иметь текстуальную или даже вербальную форму выражения, ибо «там, где не используются языковые формы, общее значение действий сторон извлекается из конкретных обстоятельств дела и их последствий...». Тем не менее, стороны должны иметь четкое представление о предмете фактически заключенного договора и, в частности, достигнуть согласия в части иных его существенных условий и не иметь порока воли или понимания (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 907-908).

¹⁵³ Austin J. The Province. С. 332-333.

¹⁵⁴ См.: Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. Москва, типография Императорского Московского Университета, 1909. С. 60.

¹⁵⁵ Austin J. The Province. С. 333.

пакт»¹⁵⁶. Согласование индивидуальных волей, а равно определение строения будущего государства (именуемые «союзным» или «учредительным пактом»), лишены безусловного и обязательного значения, ибо они не обеспечивают подчинения и выступают предваряющим публичную власть условием. Более того, они оформляют структуру изначальной верховной власти, т.е. той, которая не имеет никакого практического и реального значения для нынешнего правительства¹⁵⁷. Представители юснатурализма полагают, что с момента заключения «договора» взаимные обязанности являются не моральными требованиями, но абсолютными и сродни легальным¹⁵⁸ - создание государства понимается как юридический акт; изначальные обязанности распространяются не только на лиц, заключивших «договор», но также и на всех потомков, что с необходимостью порождает правопреемство¹⁵⁹. Неисполнение или недолжное исполнение сувереном «договорных» обязательств (т.е. в случаях «управления с незначительным игнорированием или вообще без учета надлежащей задачи или цели суверенного политического правительства») дает подданным право не выказывать должного повиновения, либо повиновения в принципе¹⁶⁰.

Дж. Остин, напротив, решительно отрицает подобные выводы. *Для исследования Сущего нет никакой необходимости обращаться к умозрительным гипотезам*, поскольку они породят выводы не о том, какое государство есть само по

¹⁵⁶ Там же, с. 335-336. Сделанное обещание якобы вылилось в принятое обязательство, которое обусловило неизменность фундаментальных принципов и «законов» общества: «поскольку это было, так сказать, личным делом первого или первоначального правительства», какое-либо законодательство верховной власти-преемника оказывается ограниченным в указанной части. Нынешнее правительство не обладает законодательной компетенцией снять наложенные первым правительством ограничения, ибо ординарная прерогатива текущей власти упирается в «торжественное обещание», данное первым правительством (Там же, с. 353). Получается, что *одним из ключевых оснований договора выступает обещание, взаимно связывающее стороны*, ожидающие друг от друга должного исполнения того, по поводу чего они договорились (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 906).

¹⁵⁷ Austin J. The Province. С. 364.

¹⁵⁸ «Государство “назначается” быть законодателем лишь при условии, что оно будет считать себя связанным собственными законами» (См.: Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. М.: Международные отношения. 2004. С. 203).

¹⁵⁹ «Гоббс, Кант и другие прямо или косвенно предполагают, что тот, кто обязан, с необходимостью дал обещание, и что тот, кто дал обещание, с необходимостью обязан» (Austin J. The Province. С. 371). «Ошибка» юснатурализма сводится к тому, что первостепенной важностью для него обладает идея правового оправдания публичной власти, затрагивающее как ее нынешнее состояние, так и ее существование в принципе. Из этого следует, вероятно, ошибочный вывод представителей указанного направления о том, что следует искать ответ на вопрос «почему некоторые лица имеют право управлять и чем обосновывается существование такого правления?», а не на вопрос «что есть реальная публичная власть, отделенная от категорий морали?».

¹⁶⁰ Там же, с. 336. «Все из восхищающихся “древностями”, несомненно, обвинили бы его в нарушении принципа, который был частью самой основы, на которой зиждилось общество: который мудрые и почтенные авторы самого фундаментального пакта формально приняли и освятили» (Там же, с. 352).

себе, а о том, какие проблемы у него есть в силу противоречия «природе человека» или целям политического общества, заложенным его «договорным» происхождением¹⁶¹. В указанной части правовед подвергает критике взгляды Т. Гоббса¹⁶². В действительности, государственно-правовое бытие есть автономное нормативное бытие, выдвигающее самостоятельные требования адресатам-подданным и не связанное напрямую с моралью, Богом или «фундаментальным пактом». «...Изначальный суверен не является обязывающейся стороной фундаментального гражданского пакта», ибо суверен, исходя из своей природы, «не согласен с подданными в том, что суверенные полномочия должны использоваться для определенной задачи или целей, или что эти полномочия должны использоваться определенным способом или способами»¹⁶³. Изначальный «договор» не содержит указаний на то, какие именно негативные последствия следует ожидать суверену в случае, если он отклонится от конечной цели или сопутствующих ей задач независимого политического общества; невозможность принятия решения о «наказании» суверена связано еще и с тем, что сама конечная цель «неизбежно выражается в чрезмерно размытых и абстрактных формулировках»¹⁶⁴.

¹⁶¹ «...гипотеза об изначальном ковенанте... является излишней и, хуже того, – не является необходимой... гипотеза о фундаментальном пакте есть не просто фикция, но практически невероятная фикция... вряд ли нужно добавлять, что гипотеза... в любой из ее форм или обликов не имеет под собой никаких оснований в реальных фактах. Нет никаких исторических свидетельств того, что эта гипотеза когда-либо была воплощена в жизнь: что формированию любого политического и независимого общества на самом деле предшествовало надлежащее изначальное ковенант или что-то близкое к нему» (Там же, с. 353-354, 362-363; курсив наш – А.И.).

¹⁶² Т. Гоббс критикуется им за «софистское и спорное» постулирование общественного договора как исходной посылки теоретической системы. Несмотря на это, Дж. Остин отдает своему предшественнику должное: Т. Гоббс приходит к тем же выводам, за исключением некоторых утилитарных и юридических тонкостей. Например, английский «теоретик абсолютизма» так же выводил «правомерность» власти из природы человека и факта преодоления естественного состояния; суверенитет как верховенство и независимость отождествлялся им с государством и королевской властью, последняя изображалась абсолютной по самой своей природе. Различие мыслится лишь в исходной посылке, аргументации и терминологии, но не в выводах. Тем не менее, согласно Дж. Остину, теоретик абсолютизма будто бы пропустил несколько шагов в аргументации, чрезмерно оторвавшись от реальной жизни благодаря приоритету сверхъестественного перед человеческим. Так, Т. Гоббс связывал появление государства с гипотетическим общественным договором, хотя должен был обратиться к более простому и очевидному факту – восприятию людьми необходимости (полезности) публичной власти. (Там же, с. 82, 298-299).

¹⁶³ Там же, с. 336.

¹⁶⁴ Там же, с. 345. «Изначальный ковенант был бы просто бесполезен, если бы он просто определял абсолютную цель суверенной политической власти: если бы он просто определял, что абсолютной целью власти является продвижение общего счастья или благосостояния максимально возможным образом. Ибо, хотя ковенант мог бы придать единообразие мнениям множества подданных, он повлиял бы только на их мнения относительно этой абсолютной цели: и... единообразие их мнений относительно высшей цели вряд ли повлияло бы на поведение их суверенной политической власти». Это же касается и определения общественным «договором» вспомогательных целей, соответствующих абсолютной. Так, «изначальный ковенант» может определить, что политическое правление обязано быть законным и справедливым, однако содержание понятий «законность» и «справедливость» оформляется актами верховной власти – формально определенные требования законов сами выступают мерилем сферы должного, т.е. являют собой самостоятельную нормативную (этико-правовую) систему. Правовед делает вывод о

Дополнительно, едва ли можно утверждать о тождестве представлений лиц, заключивших «фундаментальный гражданский пакт», и их потомков. Нельзя также утверждать о тождестве представлений и пониманий условий общественного договора всеми основоположниками политического общества; если «согласие сторон», письменное, устное или косвенное (следующее из их фактических действий), из которого явствует понимание ими содержания договора и сам факт его заключения, «является сущностью контракта», то «фундаментальный гражданский пакт» весьма плохо подпадает под вводимый правоведом ключевой критерий¹⁶⁵. Отсутствие аутентичного понимания положений и обещаний «договора» приводит Дж. Остина к выводу о том, что нынешним гражданам неизвестно содержание изначального пакта; нет также никаких гарантий, что древние подданные доподлинно сами уяснили смысл договора и цели политического общества, а равно, что такое представление оказалось неискаженным спустя века и эпохи¹⁶⁶.

Т. Гоббс указывал, что «обязательная сила соглашений начинается лишь с установления гражданской власти»¹⁶⁷. Однако неясно, является ли соглашение обязательным для самой гражданской власти. Дж. Остин полагает, что изначальный «договор» не является обязывающим, поскольку с момента его заключения решение об источниках права принимает исключительно суверен. Обязанности не распространяются на верховную власть, ибо обязанности в независимом политическом обществе рассматриваются в связи с ограничением свободы – они могут быть только легальными. Поскольку факт политического господства предваряет и обеспечивает бытие гражданского состояния, то власть имманентно пребывает в «негативном состоянии» полной политической свободы и не способна обратить на себя действие позитивного права. *Ограничить правом можно лишь подвласт-*

том, что права, обязанности и обещания не были сообщены сторонам должным образом. Это противоречит ключевому критерию, необходимому для признания некоторого акта двусторонним соглашением. Критерий сводится к следующему: «без указания намерения не было бы обещания в собственном смысле этого слова: без указания ожидания не было достаточных оснований для приведения в исполнение реального обещания, которое действительно могло бы быть озвучено (proffered)» (Там же, с. 350, 358).

¹⁶⁵ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 984.

¹⁶⁶ Austin J. The Province. С. 351-352.

¹⁶⁷ Гоббс Т. Левиафан. С. 194.

ное и уполномоченное верховной властью лицо, но не сама власть¹⁶⁸. К этой идее мы вернемся в третьей главе.

Таким образом, поскольку ни мораль, ни право, ни Божественные законы не могут предопределить «телесные движения» Левиафана, «изначальный ковенант был бы просто бесполезен или был бы позитивно противоправен (pernicious)»¹⁶⁹; общественный «договор» противоречил бы реальной политической практике в том числе и потому, что позволил бы усомниться в ее целесообразности. Публичная власть действительно конвенциональна, поскольку зависит от витающих в сфере позитивной морали настроений, однако практика осуществления такой власти, даже если правители являются просвещенными личностями, едва ли всецело и безусловно руководствуется общественным мнением, ожиданием, настроениями, веяниями или представлениями, лишенными единообразия, последовательности и системности.

Природа верховной и суверенной публичной власти сводится к тому, что она не подчиняется никакой человеческой норме в том же смысле, в каком ей подчиняется гражданин или подданный как адресат предписаний той или иной нормативной системы¹⁷⁰. Принятие верховной властью на себя некоторой обязанности, если понимать ее строгом в юридическом смысле, означало бы правовое ограничение такой власти, т.е. предполагало бы отсутствие действительного верховенства¹⁷¹. Реальность обязанности можно связать с сувереном, изначально со-

¹⁶⁸ Austin J. *The Province*. С. 342. Действенность положений общественного «договора» упирается в их этическое содержание; если общественный «договор» предполагает естественное право (нормы Природы и Бога), то как можно утверждать о том, что обязывать будет сам «договор», а не действительный источник его норм – Божественный закон? Что касается позитивной морали, то она также будет предшествовать общественному «договору», поскольку это общее мнение собравшегося для создания государства общества, имеющее самостоятельное значение, качественно отличное от заключенного пакта. Дж. Остин делает следующий вывод: «я не могу понять, почему или как обещание изначального суверена или подданных должно... связывать последующих суверенов или подданных» (Там же, с. 341, 343).

¹⁶⁹ Там же, с. 350. К этому же сводится мнение Т. Гоббса, однако он отказывает публичной власти в свободе от обязанностей, ибо «люди должны выполнять заключенные ими соглашения», что следует не только из требований разума, но и из общественно-исторической практики – гражданский мир и государства действительно существуют. «Соглашения являются лишь словами и сотрясанием воздуха и обладают силой обязать, сдерживать, ограничить и защитить человека лишь постольку, поскольку им приходит на помощь меч государства» (Гоббс Т. *Левиафан*. С. 240).

¹⁷⁰ Austin J. *The Province*. С. 207.

¹⁷¹ Однако это именно та позиция, на которой настаивают представители юснатурализма. Так, Т. Гоббс приравнивает общественный договор к любым договорам и соглашениям, присутствующим в гражданском состоянии. Общественный договор для английского философа – «взаимное перенесение прав» (Гоббс Т. *Левиафан*. С. 177-178), с чем оказывается категорически не согласен Дж. Остин.

гласившимся с условиями общественного «договора»; однако с момента образования публичной власти все затмевает авторитет государства¹⁷². Новоиспеченные подданные делегируют публичной власти «право» выносить окончательное решение о том, что именно является законом и обладает его признаками; что именно следует считать правонарушением и преступлением и в каких формах осуществляется наказание; в какой части нормы позитивного божественного права и позитивной морали должны получить распространение в данном политическом обществе¹⁷³; как именно нужно толковать и понимать существующие нормы и их понятия и т.д.

Публичная власть имеет последнее слово во всех перечисленных вопросах, ибо, используя слова Т. Гоббса, «сводит все воли граждан в единую волю»¹⁷⁴, не столько представляя первые, сколько их замещая. Признавать иное (в чем проявляется некоторая непоследовательность упомянутого философа), утверждая, например, о примате абсолютных ценностей естественного права, означало бы оспаривание авторитета и самой реальности сущей государственно-правовой действительности через призму мнения о том, какой ей следовало бы быть. Практика, напротив, показывает, что ни суверен, ни его подданные с необходимостью не связаны фундаментальным пактом. Вместе с этим видно, что представители юснатурализма Нового времени пытались «осуществить одновременную дедукцию права и морали из конвенциально установленного естественного закона. Однако это пожелание остается неосуществленным, поскольку не раскрыто само понятие конвенции, природа и источник его субъектности»¹⁷⁵. Иными словами, неясно, что именно, помимо ничем не подкрепленного (ибо эта обязанность является моральной) обещания справедливо властвовать и повиноваться, или кто именно и в

¹⁷² Это же касается ситуаций, когда монарх или высшее должностное лицо приносят клятву или дают народу и государству обещание во время коронации или вступления в должность. «Но такая клятва или обещание и изначальный договор, в котором изначальный суверен является обещающей стороной, имеют мало общего или вообще не имеют ничего общего» (Austin J. *The Province*. С. 364).

¹⁷³ «От этой власти будет зависеть, какие учения должны быть приняты и какие отвергнуты... Ибо пункты учения, касающиеся Царства Божьего, имеют столь огромное влияние на царство людей, что они должны быть установлены лишь теми, кто... имеет верховную власть» (Гоббс Т. *Левиафан*. С. 624-625).

¹⁷⁴ Там же, с. 233.

¹⁷⁵ *Право. Порядок. Ценности: монография*. С. 97.

силу чего, является действительным источником обязанностей, понимаемых в строгом смысле юридических обязанностей.

1.3.2. Власть как конвенция и эмпирический факт

Из названия параграфа следует, что нами будет затронут вопрос социальной (государственной) власти, изложенный в категориях эмпирических фактов. Анализ концепции Дж. Остина и иной специализированной литературы привели нас к выводу о том, что изложение следует проводить в два последовательных этапа. В первую очередь, обозначенные нами в предыдущем параграфе представления должны получить дальнейшее развитие; мы покажем, как именно английский правовед предлагает интерпретировать природу социальной и, главным образом, публичной власти, в отличие от толкования, к которому прибегает юснатурализм. Это предмет настоящего параграфа. В нем, тем не менее, частично окажется затронутым предмет исследования следующего параграфа, являющего собой второй этап рассмотрения обозначенной проблематики. Необходимость именно такой системы вызвана тем, что мотивы подчинения государственной власти в интерпретации Дж. Остина невозможно рассматривать как в отрыве от теории, «социологически» оперирующей категориями эмпирических фактов, так и отдельно от концепций так называемых «моральной» (содержащихся в обоих параграфах) и «юридической» легитимностей (легальности)¹⁷⁶.

Отвергая естественно-правовую интерпретацию возникновения права и государства, Дж. Остин утверждает следующее. Власть как субъект-субъектное отношение, в частности, политическая власть, не является чем-то естественным сама по себе. Ее можно назвать естественной при условии, что мы мыслим ее в ка-

¹⁷⁶ В этой связи отмечается, что «правопорядок, выстроенный без учета критерия легитимности, с неизбежностью вызовет отторжение и не будет восприниматься как ценность ни массовым, ни групповым, ни индивидуальным правосознанием» (Право. Порядок. Ценности: монография. С. 267). По проблемам легитимности, являющимся сравнительно новыми для науки, см., например: Applbaum A. I. *Legitimacy in a Bastard Kingdom*. 2004. С. 76; Thomas C. A. *The Concept of Legitimacy and International Law*. 2013. С. 6-7, 11; Кельзен Г. *Чистое учение о праве*. С. 67-68, 90, 251 и др.; Харт Г.Л.А. *Понятие права*. С. 105-115 и др.; Kelsen H. *The Natural Law Doctrine Before the Tribunal of Science* // *Western Political Quarterly*. 1949. Т. 2. №. 4. С. 481, 485; Parsons T. *Authority, Legitimation and Political Action* // *NOMOS: Am. Soc'y Pol. Legal Phil.* 1958. Т. 1. С. 197-221; Habermas J. *Legitimation Crisis*. Boston: Beacon Press. 1975. С. 46; Habermas J. *Communication and the Evolution of Society*. Beacon Press. 1979. С. 178.

честве следствия существования человека в этом мире¹⁷⁷, где человек понимается как биологический организм, бытие которого обусловлено естественными процессами. Власть, исключая отсюда абсолютную власть Бога (единственную подлинно абсолютную власть в мире), есть сугубо человеческое отношение и изобретение. Действительность и воспроизводство публичной власти (стабильного общества) следует связывать с так называемым *привычным подчинением*. Привычное подчинение есть сложный эмпирический факт, обуславливающий происхождение и постоянство публичной власти и правопорядка. Подчинение – нормативный факт, устоявшееся объективное состояние и укоренившаяся субъективная реакция, заключающаяся в признании и повиновении одной общей власти большей частью представителей некоторого общества; сама политическая власть (за исключением ее представителей) никому не подчиняется в пределах управляемого общества.

По убеждению Дж. Остина, не гипотетический общественный договор¹⁷⁸, но реальная человеческая практика подтолкнула людей к выводу о полезности и необходимости преодоления естественного состояния, иными словами, состояния анархии¹⁷⁹. Власть как социальная конвенция есть эмпирический факт, а не подкрепленная лишь логикой презумпция и предположение¹⁸⁰. Практика такова, что *главную роль в бытии публичной власти играет не навязывание воли политически господствующим лицом, а признание и принятие такого лица и его воли*, в т.ч.

¹⁷⁷ Отмечается, что власть, государство и право есть «антропогенные явления»: «1) феномены биологической жизни, 2) сферы сознания, 3) сферы бессознательного, 4) мира ценностей, 5) сферы поведения» (Жуков В.Н. Философия права: Учебник для вузов. С. 426).

¹⁷⁸ Дж. Остин критикует в этой связи Т. Гоббса, поскольку, по мнению первого, в основу теории должно закладываться не теоретическое допущение как логическая посылка, а эмпирический факт (Austin J. The Province. С. 298). При обращении к теории Дж. Локка мы можем обнаружить то же мнение, что и у Т. Гоббса: формулировка «договор, который существует или должен существовать между личностями, вступающими в государство или его создающими» ставит акцент на том, что альтернатива договорной гипотезе даже не допускается (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 319). Дж. Остин, напротив, утверждает следующее. Восприятие полезности подчинения общей власти в прошлом не сильно отличается от ее восприятия и объективность такого восприятия в сфере общественного сознания в настоящее время. Признавать факт отношений власти и подчинения, неотъемлемо принадлежащей качественной стороне публичной власти, означает выдвижение более серьезной исходной позиции для размышлений. Форма исторически изменчива, изменчиво и человеческое отношение к форме, однако с точки зрения сущности явление власти остается неизменным. В указанном смысле, позиция правоведа претендует на вневременную истинность и универсальность.

¹⁷⁹ Austin J. The Province. С. 364.

¹⁸⁰ Здесь усматривается очевидная связь с точкой зрения И. Бентама. Тот указывал, что «понятие общественного договора противоречит практике, так как государства создавались насильем и утверждались привычкой» (Фролова Е.А. История политических и правовых учений: учебник. С. 325).

при образовании чувства зависимости от них, *в качестве общего главенствующего авторитета*. Поскольку любая публичная власть предполагает людей ее составляющих и ей подчиняющихся, постольку каждое государство каждым мигом своего существования обязано «народному согласию»: «...власть суверена исходит от народа, или народ является источником суверенной власти»¹⁸¹. Иными словами, государство и народ есть две условно равновесные силы, перманентно пребывающие в состоянии взаимного сдерживания¹⁸².

Дж. Остин отмечает: главная сторона отношений власти и подчинения – субъективная (интеллектуальная и психологическая), т.е. отношение потенциальных и действительных подвластных к публичной власти. Даже в условиях крайней тирании человек остается существом со свободной разумной волей, ибо полностью обусловить эту последнюю невозможно¹⁸³. Власть можно жестоко навязывать, можно устанавливать суровые наказания заслушивание, однако эффективность конечного подчинения зависит исключительно от усмотрения частных лиц и их общностей¹⁸⁴; дополнительно, некоторые нормы вовсе не предполагают принудительного осуществления для рядовых граждан. Молчаливое признание власти, а равно политический конформизм в целом, следующий за «физическим принуждением или ограничением, не является подчинением или повиновением», по-

¹⁸¹ Austin J. *The Province*. С. 323 (курсив наш – А.И.). Ср. со мнением Ж. Бодена: «суверенитет кроется в совокупности свободных и разумных существ, составляющих народ» (См.: Боден Ж. *Шесть книг о государстве* / Антология мировой политической мысли: в 5 т // Москва. 1999. Т. 2. С. 692). Отметим, что народ воспринимается французским политическим мыслителем в качестве источника суверенной власти вне зависимости от формы государства.

¹⁸² Непосредственным или опосредованным (через уполномоченных лиц) руководством в политическом обществе ведает суверен, например, монарх. «В неопределенной, хотя и ограниченной степени монарх руководит подвластными: его власти обычно достаточно, чтобы заставить подчиняться его воле. Но подвластные, взятые все вместе или коллективно, также руководят монархом, который сдерживается в злоупотреблении своей властью из-за боязни вызвать их гнев и пробудить к активному сопротивлению силу, которая дремлет в массах» (Austin J. *The Province*. С. 20; Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 97). Это руководство имеет неправовую природу, а налагаемые им ограничения есть неправовые ограничения (Харт Г.Л.А. *Понятие права*. С. 73).

¹⁸³ Эта проблема связана с конечной невозможностью норм урегулировать все бесконечное множество фактических отношений: «нет такого государства в мире, в котором было бы установлено достаточно правил для регулирования всех действий и слов людей (ибо это невозможно)» (Гоббс Т. *Левиафан*. С. 293-294). В развитие указанной мысли следует привести следующий комментарий Дж. Локка: «...ничто не в состоянии поставить его (человека – А.И.) в подчинение какой-либо земной власти, за исключением его собственного согласия» (Локк Дж. *Сочинения*. Т. 3. С. 331; курсив наш – А.И.).

¹⁸⁴ Как утверждает Экимов А.И. со ссылкой на Коркунова Н.М., «все, от чего человек чувствует себя зависимым, властвует над ним... Для факта властвования нет необходимости, чтобы зависимость была реальной» (См.: Экимов А.И. *Коркунов*. М.: Юрид. лит. 1983. С. 57). Власть, таким образом, есть «сила, вытекающая из сознания гражданами их зависимости от государства» (См.: Коркунов Н.М. *Сборник статей*. СПб., 1898. С. 12). Получается, что психологическая сторона подчинения и подчинение как факт обусловлены чувством зависимости подвластных от власти.

сколькo главный элемент «истинного» подчинения – осознанное и взвешенное желание и согласие подчиняться, не входящее в конфликт с волей человека¹⁸⁵.

Правовед полагает, что жизненность государства непосредственно связана с подвластным народом, поэтому делает закономерный вывод: «если бы основная часть общества перестала ему привычно подчиняться, правительство прекратило бы свое существование». В этой связи Дж. Остин считает целесообразным оказывать влияние на народ как легитимизирующую силу, ибо вдохнуть новые силы в социальную конвенцию способно общенародное просвещение и научение утилитарному мышлению. Даже если нынешняя власть не устраивает и вызывает негодование людей, восприятие общей полезности государственной власти пресекла бы большую часть недовольства «если бы каждое современное общество было должным образом наставлено или просвещено»¹⁸⁶.

Субъективная реакция на власть не исчерпывает проблему подчинения. Так, пересекаясь во мнении с Ф. Лассалем¹⁸⁷, Дж. Остин среди прочих выделяет отношение народа к юридической и фактической конституции государства. Формальное и действительное государственное устройство могут совпадать, но могут и противоречить друг другу¹⁸⁸. Подобное противопоставление может быть полезно с социологической точки зрения, однако в нем кроется большая опасность – используемые понятия могут послужить орудием разрушительной критики установленной власти. Люди главным образом обращают внимание на формальную сторону власти и судят о ней на основании критериев Должного – норм «позитивной» морали и норм законодательства. Применительно ко второму случаю, люди

¹⁸⁵ Austin J. The Province. С. 323. Субъективный характер подчинения ярко проявляется в трудах Дж. Локка: «...власть богатого собственника и подчинение нуждающегося нищего начинаются не с богатства хозяина, а с согласия бедняка, который предпочел стать его подданным, чтобы не умереть с голода» (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 170).

¹⁸⁶ Austin J. The Province. С. 324-325.

¹⁸⁷ «Любая писаная конституция хороша и долговечна... только при соответствии с конституцией действительной, т.е. фактически существующими в стране соотношениями общественных сил... Раз писаная конституция не будет соответствовать фактической, действительной... между ними неизбежно, рано или поздно произойдет столкновение... писанная Конституция, этот лист бумаги, этот акт, неизбежно побеждается конституцией естественной, действительными отношениями между общественными силами страны» (См: Лассаль Ф. О сущности конституции. Речь, произнесенная в одном берлинском бюргерском окружном собрании в 1862 году. СПб., 1906 // Конституционное право. Общая часть: Учебное пособие. Ч. II. Хрестоматия. 2-е изд. М., 1996. С. 44).

¹⁸⁸ Наличная верховная власть может быть «незаконной», «неконституционной» и «несправедливой» или фактическое верховенство публичной власти может вовсе отсутствовать, пускай ее суверенный статус и закреплён на бумаге (Austin J. The Province. С. 373).

забывают, что любая действительно существующая верховная власть – уже *de facto* публичная власть, она уже «установлена и действительна»¹⁸⁹; вопросы конституции или государственного устройства – «прежде всего вопросы силы, а не права, действительная конституция страны заключается лишь в существующих в стране реальных фактических отношениях силы»¹⁹⁰. В противном случае мы бы утверждали, что фактическая власть находится в зависимости у имманентно прикладной и подчиненной юридической силы государства, будто бы первая из них – адресат позитивных норм, не отличающийся от типичного подвластного лица. Однако как не способны законы охватить весь спектр общественных отношений без исключения, так не способна юридическая сторона государства затмить и предопределить деятельность его фактической и политической стороны¹⁹¹, «ибо не названия составляют правительства, а использование и применение той власти, которая, как предполагалось, должна им сопутствовать»¹⁹². Власть правительства (суверена) в системе Дж. Остина является безусловно ограниченной и служит высшей по отношению к ней идее – идее верховной политической власти; не король использует возможности короны, но корона властвует над королем, ибо тот суть лишь «название». Этой проблеме мы посвятим значительную часть третьей главы.

В качестве особого вида позитивной морали следует отдельно выделить патриотические настроения. Так, «специфичная привязанность людей к конституции своего суверенного государства... может быть названо конституционным чувством (the sentiment of constitutionality)»¹⁹³. Дж. Остин отмечает: это чувство не

¹⁸⁹ Там же, с. 374.

¹⁹⁰ Лассаль Ф. Указ. соч.

¹⁹¹ Суждения о «законности» лишены смысла, поскольку мы руководствуемся в своем мнении положениями позитивных законов (Austin J. *The Province*. С. 373-376). Они могут касаться полномочий и ответственности конкретных должностных лиц за злоупотребление властью, но они никогда не охватывают «неуязвимую» и незримую участницу любых правовых отношений – суверенную власть. Другое дело – оценка противоречия между формальной и действительной конституциями при посредстве «законов» общественного мнения: чувств, идей, переживаний, суждений, образов и ассоциаций, возникающих в связи с «законностью» и «незаконностью» действий публичной власти. Критерием оценки фактической власти будет выступать позитивная мораль конкретного общества (главным образом она, поскольку государственное устройство – предмет переживаний и мысли населения этого государства), а не его позитивные законы. Сюда же относятся такие нормативные системы как международное право и Божественное право, рассматриваемое через принцип полезности (Там же, с. 377-378).

¹⁹² Локк Дж. Сочинения. Т.3. С. 387.

¹⁹³ Austin J. *A Plea for the Constitution*. С. 37. Ставка на «конституционное чувство» в поздние периоды жизни не означает отказа автора от примата утилитаризма. Напротив, подобная конкретизация еще сильнее разрабатывает

тождественно родственной ему привычной и устоявшейся привязанности к государству, проистекающей из веры в полезность последнего для общего благополучия; оно имеет своим источником идею и дух права, «сильное чувство справедливости как лучшее качество Английской расы»¹⁹⁴. Оно есть чувство легитимности, или, что одно и то же, народного признания власти в качестве «хорошей» и «справедливой».

Наконец, политическая власть как социальная конвенция обеспечивается силой различных нормативных систем: Божественных законов, позитивного права и позитивной морали. В известной степени, и суверен, и подвластные ему лица, пребывают в состоянии взаимного сдерживания и на них распространяются обязанности различных классов. *Религиозные обязанности* предусмотрены законами Бога и предстают перед людьми в том виде, в каком их содержание преломляется через принцип полезности; сосуществуя, суверен и подданные обязаны «способствовать общему благу в максимально возможной степени»¹⁹⁵. *Легальными обязанностями* обладают только подданные, поскольку подчинение государства позитивным законам означало бы его политическую зависимость, следовательно, его бытие лишь в качестве подчиненной, а не верховной публичной власти. *Моральные обязанности* подданных заключаются в эмоциях, переживаниях, мнениях, привычках, обычаях, традициях и оценках общества, касающихся представлений о благе и необходимости подчинения¹⁹⁶. Моральные обязанности суверена также покоятся на общественном мнении, которому суверену следовало бы соответствовать, чтобы не подтолкнуть народ к оспариванию авторитета верховной

этот особый этический принцип. «Чувство» конституции есть не разумный принцип, а иррациональное переживание народа, особая форма общественного сознания; «считать, что утилитарная теория заменит чувственный расчет, - это является грубой и вопиющей ошибкой» (Austin J. *The Province*. С. 52). Кроме того, «принцип общей полезности, применяемый к такому обширному предмету, как формирование суверенного правительства, обычно приводит к неодолимому разнообразию мнений» (Austin J. *A Plea for the Constitution*. С. 37). Дж. Остин делает вывод: «хотя это (конституционное – А.И.) чувство не основывается непосредственно и исключительно на соображениях общей полезности, оно не отвергается этим высшим мерилем и действительно является обязательным условием устойчивого политического и социального прогресса» (Там же, с. 37).

¹⁹⁴ Там же, с. 31.

¹⁹⁵ Austin J. *The Province*. С. 329.

¹⁹⁶ Желание власти «сыграть» на чувствах подданных – одна из главных причин превращения обычаев в правовые обычаи: «ибо, если привычки и ожидания общества или влиятельных классов общества были согласованны с данным обычаем, это является веской причиной для превращения обычая в закон, при условии, что применение юридической санкции придаст обычаю дополнительную эффективность или силу» (Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 543).

власти¹⁹⁷.

Огромное количество форм подчинения, а равно видов его мотивов препятствуют строгой классификационной работе¹⁹⁸. Принципиальной важностью для утилитариста обладают здесь не частные и не гипотетические истины, а также не факт их возможного отсутствия, в т.ч. отсутствия мотивов. Решающее значение имеет сам эмпирический факт подчинения как основополагающей социальной «нормы», обуславливающей воспроизводство социального порядка. Тем не менее, изучение мотивов позволяет пролить свет на бытие социального порядка и возможности поддержания такого бытия. Эти представления имеют ценность и для юридической науки.

1.3.3. Мотивы подчинения государственной власти и законам

Роль мотивов, когда мы касаемся проблемы обязательности формальных требований законодателя, является центральной, поэтому следует уделить больше внимания соответствующим представлениям Дж. Остина. Во-первых, *Дж. Остин не связывает обязательность и действенность норм с наличием нормативной системы, а равно не выводит требование подчиняться правопорядку из него самого*. Должное поведение есть итог не столько самого правопорядка, сколько человеческого признания и субъективного отношения к власти. У правоведа вовсе отсутствует проблема долженствования в позитивном праве в том смысле, в каком она поставлена, например, Г. Кельзенем. Долженствование есть не логическая посылка самой системы, это внешнее по отношению к системе условие, выводимое при посредстве утилитаристской полезности¹⁹⁹. Поэтому обязательность

¹⁹⁷ Austin J. The Province. С. 328-330. Эффективность морального сдерживания и обязывания суверена опирается в два ключевых момента. «Во-первых, количество его (государства – А.И.) подчиненных целей (или количество целей, подчиненных его абсолютной цели), относительно которых множество его подвластных субъектов думает одинаково или единообразно; во-вторых, степень ясности и точности, с которой подвластные представляют себе цели, в отношении которых их мнения, таким образом, совпадают. Чем больше это количество и чем выше эта степень, тем более активно и более эффективно правительство связано или контролируется позитивной моралью общества» (Там же, с. 346).

¹⁹⁸ Это признает, в частности, Г. Харт: «на самом деле их (адресатов норм – А.И.) верность системе может основываться на множестве различных соображений: расчете относительно долгосрочных интересов; бескорыстной заинтересованности в благе других; неотрефлексированном унаследованном или традиционном отношении, или всего лишь желании поступать так, как и другие...» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 205).

¹⁹⁹ Этот факт, разумеется, порождает претензию, касающуюся «чистоты» сугубо позитивистского взгляда в концепции Дж. Остина. По мнению Г. Кельзена, английский правовед не способен обеспечить свою теорию качеством

права в духе социологии связывается основоположником позитивизма с совокупностью условий: привычкой подчиняться, наличием санкции, моральности подчинения (т.е. из-за влияния иных нормативных систем – позитивной морали, явленного и неявленного Божественного закона), легитимностью власти (оформляющейся, в частности, благодаря подпаданию поведения государственных лиц под требования законов) и так далее²⁰⁰.

Второй аспект касается логического обоснования фундаментального этического принципа соблюдения и ненарушения норм законодательства. Можно отметить, что концепция Дж. Остина отдаленно напоминает и фактически воспроизводит основную идею моральной философии И. Канта – она также предлагает нормативный (этический) стандарт, однако провозглашает ее непосредственной и доступной человеку высшей формой не индивидуальную мораль, но некое объективное, принципиально поддающееся познанию (с оговорками) благо – счастье и удовольствие, помысленные Богом для своих смертных существ. Долженствование, таким образом, следует искать в чем-либо, существующем помимо разума, но при помощи разума.

Вместе с тем, взгляды И. Канта и Дж. Остина имеют существенное различие: первый, если логически (хоть и односторонне) продолжить его систему, полагает, что достаточным является приложение лишь индивидуальных усилий для создания нормальных и нравственных отношений²⁰¹ - истина имманентно пребывает внутри нравственного сознания; второй (согласно такой же логике) указывает, что, поскольку разум личности заведомо не обладает врожденным этическим

необходимой замкнутости на формальных категориях права (Kelsen H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. С. 61-63).

²⁰⁰ Сущностно, указание на это же содержится в трудах, например. Б.Н. Чичерина: «Законность не падает внезапно с неба... Доверие и уважение к нравственным силам укореняются вековой привычкой. Главное дело здесь принадлежит власти. Воздерживаясь от произвола, обставляя себя законными формами, твердо следуя законному порядку, она указывает путь и заставляет общество видеть норму и гарантию в том, что прежде казалось ему насилием и притеснением» (См.: Чичерин Б.Н. *Философия права*. СПб., 1998. С. 456-457). Указывается так же, что справедливое право (справедливость которого полностью открывается при его реализации) является легитимной формой человеческого общежития; справедливость в целом оказывается единственным критерием для вынесения суждения о легитимности власти при условии, что в оценке будет отсутствовать примесь «вкусовщины» (См.: Хеффе О. *Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства*. М., 1994. С. 11-12, 30).

²⁰¹ Фролова Е.А. *Рациональные основания права: классика и современность: монография*. С. 272.

содержанием²⁰², постольку просвещение и развитие личности должно упираться в опыт и его осмысление, а также должно быть инициировано на уровне так называемого «объективного», а не «субъективного» духа – государством и его представителями, наукой и учеными, профессиональными сообществами, просветителями и обществом в целом. Индивидуальное сознание может быть «судьей собственного блага», но никогда не может быть высшей инстанцией при вынесении решений о подчинении законам или по иным «публичным» делам. Если предписанное Богом благо фактически воплощено в социально-правовом порядке, то Дж. Остин (в духе философии Г.В.Ф. Гегеля) якобы пребывает в шаге от того, чтобы в известной мере подчинить свободную разумную волю единственно возможному «субъекту совести» - государству²⁰³. Объективность государственного мнения, сообщаемого людьми, является, конечно, крайне приблизительным, если вообще сколько-нибудь беспристрастным мнением.

Мы полагаем, что априорные принципы, выявленные И. Кантом, кажутся представленными в гораздо более выгодном свете, ибо они не зависят ни от опыта, ни от субъективных представлений о полезности со стороны граждан, ни от воли законодателя; будучи доэмпирическим порядком долженствования, они являются подлинно универсальными и объективными нормами, основанными исключительно на разуме – на тех условиях, в соответствии с которыми только и существует человек и возможна его умственная деятельность. Тем не менее, созданный разумом нравственный закон есть нечто устремленное к воздействию на желания людей, но неспособное обусловить их волю. Следовательно, он не содержит гарантий того, что такая воля действительно будет обусловлена – нравственный «закон» есть принцип возможного поведения, но не само поведение и уж тем более не результаты этого поведения. «Последнее у Канта подразумевается и требуется категорическим императивом, но недостаточно обосновано»²⁰⁴; теория Дж. Остина, напротив, предпринимает более активную попытку показать

²⁰² Гоббс Т. Левиафан. С. 169; Локк Дж. Сочинения: В 3-х т. Т. 1. М.: Мысль, 1985. С. 125, 146.

²⁰³ «Вне учреждений, нравов и положительных законов долженствование», согласно немецкому философу, «является “чистой отрицательностью”» и лишено реального содержания (цит. по Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. С. 119).

²⁰⁴ Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. С. 228.

взаимосвязь частного (индивидуального) и общего (социального). Взгляд английского правоведа похож на взгляд Г. Еллинека (дополняющий И. Канта) и может быть выражен следующей формулой: «если ты желаешь существования общества и его развития, ты должен поступать так, чтобы твой образ действий способствовал сохранению и благосостоянию общества»²⁰⁵, ибо объективно справедливое и этически оправданное благо каждого (равенство, безопасность, собственность и др.) есть благо для всех.

По нашему мнению, взгляды И. Канта и Дж. Остина, несмотря на различия в интерпретациях, совпадают в части определения высшего мерил человеческого поведения, т.е. первоисточника и высочайшего авторитета для этических представлений людей – воли Бога и Его законов. В духе естественно-правовой традиции английский правоведа «признает абсолютный стандарт определения хорошего и истинного не как необходимую форму мышления (совпадая с И. Кантом), а как стандарт, содержащийся в Божественном законе, который установлен человеку кем-то высшим, а именно Божественным разумом»²⁰⁶. Кроме того, Дж. Остин вовсе не впадает в крайность и солидарен с мнением И. Канта, относящимся к природе свободной разумной воли человека.

Утилитарная теория делает ставку не только на разумности человеческой природы и окружающего бытия, но и на потребностях людей. Утилитаризм провозглашает, что *наиболее полезной моделью поведения выступает взвешенный эгоизм, важный элемент которого – «разумный» гедонизм*. Так, в качестве *основной конечной цели (мотива) правомерного поведения* правоведа выделяет чувства и переживания, иными словами, *удовольствия* людей; они могут быть представлены «удовольствием... позитивным; или удовольствием, которое возникает непосредственно от устранения или предотвращения боли», т.е. негативным удовольствием²⁰⁷. Здесь Дж. Остин касается мотивов правомерного поведения в целом,

²⁰⁵ Цит. по: Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. С. 239.

²⁰⁶ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 451. Этот комментарий принадлежит издателю «Лекций...» Дж. Остина и содержится в сноске.

²⁰⁷ Там же, с. 422. Примечателен следующий пример автора: «...там, где удовольствие, которое (строго говоря) является целью акта, может быть достигнуто только через определенное внешнее следствие, это внешнее следствие неотделимо от цели; и называется (с достаточной точностью) целью акта и волеизъявления. Например, если вы застрелите меня, потому что сильнее ненавидите, моя смерть - необходимое условие для достижения вашей

т.е. любой формы реализации прав и обязанностей. Стоит выделить два основных момента. С одной стороны, если мы говорим, вторя Т. Гоббсу, что мотивом привычного подчинения является страх наказания, а не сама санкция - мы искажаем позитивистское понимание проблемы и ту ее часть, которая касается рассуждений Дж. Остина по вопросам формально-юридической логики. Голое физическое насилие и страх перед этим насилием ничего не стоят для юридического бытия обязательства, поскольку правовая санкция (санкционированность) – его единственное условие.

С другой стороны, позиция английского правоведа касается ключевых аспектов «философии разума» и, затрагивая проблему нормативности предписаний, не может не затронуть не только частный юридический взгляд, но также и то, каким образом человеческий разум допускает, что следует учитывать содержания формальных требований суверена при выборе конкретной модели поведения. В частности, нормативность предписаний и моральность подчинения обеспечиваются предполагаемым содержанием воли Бога, выявленной полезностью.

Таким образом, концепция основоположника позитивизма включает в себя два ключевых положения: лицо является обязанным, поскольку оказывается подвержен возможному злу в силу существования санкции (юридическая сторона) и поскольку оно не желает наступления подобного зла (этическая сторона)²⁰⁸.

Юридическая сторона проблемы обязанности подчинения будет рассмотрена несколько позже. Пока что мы остановимся лишь на этическом, интеллектуально-волевом и психологическом аспектах. Дж. Остин указывает, что *любое подчинение есть следствие внутреннего согласия* с тем, что полезнее было бы исполнять обязанности и воздерживаться от их нарушения во всех случаях, когда это предписывает закон²⁰⁹. Привычное подчинение народа есть объективный факт. Любой факт, если он связан с человеком и является нормативным (отражает

цели. Цель акта - развеять сильнейшую антипатию. Но цель может быть достигнута только через мою смерть. И моя смерть (которая является предполагаемым следствием акта), следовательно, может быть названа целью акта и волеизъявления» (Там же).

²⁰⁸ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 444.

²⁰⁹ Там же, с. 448-450. «...Необходимым условием существования принудительной власти является то, что по крайней мере некоторые должны добровольно сотрудничать в этой системе и принимать ее правила. В этом смысле верно то, что принудительная сила закона предполагает признание его авторитета» (Харт Г.Л.А. Понятие права. 204).

устоявшуюся практику²¹⁰), имеет свою причину – коллективную человеческую волю; но поскольку любое человеческое множество есть совокупность индивидуальных субъектов, постольку действительный источник некоторого социального факта следует искать в общих закономерностях разумной человеческой воли. Считается, что формальные требования оказывают прямое воздействие на человеческую волю, тем самым предопределяя конечное поведение правового субъекта – привычное подчинение. Таким образом, можно было бы говорить о том, что акт волеизъявления оказывается тождественным ожиданиям и требованиям суверена. Это не совсем верно, поскольку совпадение еще не есть равенство. Правильней было бы сказать, что *действительным предметом правовых санкций и обязанностей выступают человеческие желания*²¹¹. Если конкретное поведение есть «акт» внешнего проявления воли и конституирующих ее желаний, то остается неясным в какой мере и степени нормой оказывается воздействие на саму волю конечного адресата.

По мнению Дж. Остина, это *влияние существует*²¹², *но меру и степень его следует признавать с некоторыми оговорками*. Можно согласиться с тем, что нормативно-правовой акт государства способен оказать воздействие на формирование желания, умысла и мотива, поскольку предполагает причинение «страдания» за нарушение обязанности («акт» отрицания санкции, закона, правопорядка и власти суверена). Можно сказать, что каждая обязанность «санкционирована» страданием, ибо без санкции та лишена какого-либо смысла; из чего следует, что понуждение к страданию есть непосредственная цель санкции, каким бы ни было его конкретное проявление. На первый взгляд, подобная направленность предполагает, что воле лица навязывается конкретное желание – желание не допустить

²¹⁰ Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 336.

²¹¹ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 445-446.

²¹² В литературе по этой части указывается, что «...законодатель рассчитывает на то, что послушание граждан будет обеспечиваться не только принуждением, но и угрозой его применения, которая доводится до всеобщего сведения вместе с содержанием самого предписания» (Право. Порядок. Ценности: монография. С. 247). Ср. с критическим выпадом со стороны Г. Харта: «Если бы в действительности было так, что всякий раз, как некто находится на грани того, чтобы нарушить правило поведения, *лишь* угроза физического наказания или возникновения неприятных последствий служили бы аргументом, удерживающим его от этого, - было бы невозможно рассматривать такое правило как часть нравственности общества, хотя это не служило бы препятствием трактовать это правило как закон» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 183). В концепции Дж. Остина законы, как можно было заметить, *есть часть нравственности общества*. При условии, разумеется, что они не подрывают основ общего блага.

страдания²¹³. Предположим, что это действительно так и что по собственному обыкновению каждое лицо с необходимостью отвергает любое зло и страдание или, по крайней мере, стремится минимизировать их эффект. Эта позиция была бы абсолютно верна в случае, если бы мы согласились, что у человека отсутствует воля как таковая или что она ему не принадлежит, а равно, что успешно воздействовать на нее можно с той же гарантией, с какой подброшенный в воздух предмет через мгновение начинает стремиться к земле. Следовательно, мы бы исключили возможности свободной разумной воли человека и подчинили бы его внутреннее усмотрение любому внешнему условию, какое только способно первым заявить на него свое «право».

Дж. Остин, напротив, подчеркивает: *обязывание, направленное на человеческие желания (волю) и волеизъявление, возможно лишь юридически, но не фактически*²¹⁴. Воля человека свободна и ее невозможно принудить делать или не делать что-либо, если лицо не считает подобную модель поведения наиболее желаемой в той или иной ситуации²¹⁵. Получается, что конечное поведение человека находится в зависимости от его самого сильного желания – воля окажется реализованной

²¹³ В общем смысле, человек, ведомый страхом, ведом к подинению благодаря внешним условиям и внутренним переживаниям, ассоциируемым с конкретной мерой ответственности конкретной нормативной системы. Его поступок будет правильным с позиции нормы, но несправедливым с позиции внеюридического нравственного должностования – человек должен подчиниться норме благодаря пониманию ее полезности и по собственной воле, а не с оглядкой на императивность властных предписаний. Действительно, страх подавляет нарушение обязанности (Austin J. Lectures. T. 1. C. 449), однако ценой порока воли. Напротив, отсутствие страха было бы тождественно отсутствию желания нарушать правовые предписания; в указанном смысле, легальная и моральная справедливость совпали бы (Там же).

²¹⁴ Там же, с. 446-447. Что примечательно, сомнение по поводу объективного присутствия мысли в правовой теории Дж. Остина, в соответствии с которой обязательность правовых предписаний не следует из них самих, высказывает Г. Харт. Оба правоведа, тем не менее, сходятся в том, что «...предсказуемость наказания является одним из важных аспектов правовых правил; но невозможно принять это как исчерпывающее описание того, что имеется в виду под положением, что социальное правило существует, или того, что элемент должностования и обязательности включен в правила» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 18).

²¹⁵ Это справедливо в случае, если поступки лица являются в полной мере осознанными. Однако возможны ситуации, когда следование норме или отступление от нее упирается в неосторожность, легкомыслие и небрежность человека. Таким образом, конечный адресат норм может либо знать о содержании своих обязанностей, либо примерно и приблизительно понимать их, либо не знать или не учитывать их вовсе при выборе конкретной модели поведения. Формальное требование нормы не имеет прямого воздействия на человеческую неосведомленность или невежество, хотя всегда стремится либо прямо воздействовать на человеческие желания, либо (с информационной и косвенной точки зрения) указывать на существующие права и обязанности, а равно на ответственность за их нарушение. Знание прав и обязанностей, как правило, презюмируется. Эта презумпция подтверждается или оспаривается в момент непосредственного вменения, ибо именно тогда лицо узнает о действительном содержании тех прав и обязанностей, которые были затронуты его поведением или следствиями такого поведения (Austin J. Lectures. T. 1. C. 468-469).

в соответствии с наиболее предпочтительным поведением²¹⁶. «Желание избежать санкции может подчинять себе и контролировать, но оно не способно устранить желание, которое понуждает нарушить обязанность». Иными словами, «...никакой обозримый мотив не обеспечит безусловного подчинения»²¹⁷.

Далее, могут справедливо заметить, что в условиях политического общества на волю (действительные желания) лица оказывается давление со стороны публичной власти. Предполагается, что это может привести к классическому внутреннему конфликту между волей и волеизъявлением, когда лицо желает одного, но вынужденно делать другое. Подобное противоречие действительно возможно, но лишь в случае, если мы понимаем его иным, нежели Дж. Остин, образом. Если мы ошибочно убедим себя в том, что человеку свойственна рабская покорность при первом же намеке на принуждение, то, естественно, не придется спорить с тем, что человек пребывает в пожизненном и непреодолимом плену у тех или иных обстоятельств.

В действительности же между волей и волеизъявлением отсутствует какой-либо конфликт, поскольку внутреннее самоопределение свободной воли всегда избирает в качестве приоритетного наиболее выгодное или полезное желание. Для «движений» человеческого разума не имеет значения, каков характер принуждения и насколько суровым является наказание, направленное, в первую очередь, на поступки лица, т.е. на его физическое тело: «мы не можем быть подвергнутыми обязанности не желать»²¹⁸. Верно, что человек может быть закован в цепи, но также верно, что его мысли не будут низвергнуты с небес «мира идей», хотя бы пределы чувственного восприятия и возможные физические движения и были ограничены скромным убранством тюремной камеры. По логике правоведа, даже безумие заключенного окажется, с учетом определенных оговорок, следствием

²¹⁶ Можно сказать, что желания человека оформляют своего рода субъективный порядок приоритетов среди ценностей; конкретный выбор же обусловлен множеством факторов, а потому одна и та же ценность может изменять положение в этой иерархии в зависимости от обстоятельств (Финнис Дж. Естественное право и естественные права. С. 115-116, 125-127) или желания человеком конкретного удовольствия, чем бы оно ни было обусловлено. Так, изменение приоритетов можно легко усмотреть в случае, когда человек в состоянии голода отдает безусловное предпочтение удовлетворению физиологической потребности, не принимая в указанный момент времени свои возможные духовные потребности.

²¹⁷ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 90, 448.

²¹⁸ Там же, с. 448.

его собственного малодушия. Санкция суверена, решение или приговор суда не могут заставить человека страдать, поскольку *нельзя обязать иметь определенное состояние ума или испытывать конкретные этические эмоции* в случае, если человек либо сам не считает свои поступки и их следствия дурными, либо если воззвания собственной совести лишены для него какой-либо силы, либо если внешнее воздействие (даже если это физическое принуждение или угроза его применения) не способно возыметь эффекта и повлиять на его желания²¹⁹.

Конфликт также отсутствует в той связи, что он единственно возможен не между мыслью и актом, но между одной и другой мыслью; волеизъявление есть следствие внутреннего усмотрения и выбора, а не внешнее проявление выбора, реализующееся вопреки самому выбору. Кроме того, чрезмерная ставка на подобный предполагаемый конфликт исключает возможность того, что лицо может испытывать удовольствие, связанное с добровольным исполнением властных предписаний (неважно, дополняется ли это желание намерением получить соответствующие материальные или нематериальные блага), будь то удовлетворение морального чувства и требований совести вследствие исполненного «гражданского долга» или нечто иное, близкое к чувству приобщенности к ценностям определенного рода.

Мы установили, что *обязать волю, следовательно, конкретное волеизъявление человека, невозможно*. Нам остается добавить, что, не смотря на выявленные ограничения, принятие конкретного решения нельзя ставить в прямую зависимость от правовой санкции. Ее непосредственная цель – это восстановление права или наказание за нарушение обязанности, т.е. наложение иной обязанности (например, отбыть соответствующий срок в тюрьме или выплатить определенную денежную сумму). Ее более отдаленная цель – оказание страдания²²⁰, в том числе

²¹⁹ Там же, с. 455. «Конечно, входя в общество, личность не может оставаться автономной вследствие объективных общественных связей, однако воздействие внешних ограничителей не должно затрагивать ее субстанциональных начал, область должного. Это разграничение позволяет утверждать, что даже в условиях власти тирана личность может оставаться внутренне свободной и самодостаточной» (Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. С. 221).

²²⁰ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 457. «Страдание» выступает мотивирующей причиной в том числе и постольку, поскольку является превентивным «показательным примером» (Там же, с. 504). «Зло причиняется указанному правонарушителю в качестве примера, предупреждения или *documentum* (предостережения – А.И.): для того, чтобы другим могли бы напомнить о зле, которым угрожает закон, и могли убедиться, что его угрозы не являются праздны-

с целью превенции; предупрежденное правонарушение полезно тем, что обходится обществу «дешевле», следовательно, является выгодным исходом²²¹. Возможность страдания направлена на предопределение возможных желаний и, как следствие, волеизъявлений лиц. Но будет ли лицо действительно испытывать страдание и если да, то в какой степени – это вопросы, дать точный ответ на которые невозможно.

Тем не менее, нельзя отрицать, что санкция имеет значительную роль в формировании мотивов человека; соответствующие выводы правоведа по этому поводу помещаются нами в сноску²²². Правовед отмечает (с учетом «отмирания» утилитарного взгляда с момента появления строгой и конкретной нормы): «теория этики, которую я называю теорией полезности, не имеет необходимой связи ни с

ми и тщетными» (Там же, 503). И далее: «непосредственным результатом судебного разбирательства является восстановление у потерпевшей стороны права на пользование нарушенным правом или принудительное исполнение обязанности, возложенной на ответчика, или удовлетворения требования потерпевшей стороны в виде объекта равной стоимости или компенсации. *Но судебный процесс также действует in terrorem* (для устрашения или острастки; курсив наш – А.И.). Ибо видно, что правонарушитель лишается всех преимуществ, которые он, возможно, случайно извлек из нарушения, и подвергается оплате расходов и другим неудобствам, связанным с судебным процессом» (Там же, с. 504). Из этого следует, что превенция имеет значение не сама по себе, но через страх и иные негативные последствия и переживания, ассоциируемые с «показательным примером».

Кроме того, санкция может являть собой «опосредованное» наказание (руководствуясь терминологией И. Бентама), т.е. одновременно затрагивать интересы лиц, к которым потенциальный правонарушитель может испытывать симпатию и привязанность и которые испытывают страдание в силу того, что подвергнется наказанию известное или значимое для них лицо. Примером наказаний подобного рода можно считать лишение лица или членов его семьи имущества и прав состояния; казнь через повешение и выставление на всеобщее обозрение (посмертное бесчестие); расторжение брака (например, в результате исполнения смертного приговора), потенциально влекущее за собой ухудшение (*bastardises*) состояния другого супруга. Иными словами, ассоциации, возникающие в сознании заинтересованных в благополучии потенциального правонарушителя лица, не являющиеся самим этим правонарушителем, могут оказать такое воздействие на правонарушителя, когда тот воздержался бы от нарушения возложенных на него обязанностей (Там же, с. 506).

²²¹ См.: Керимов Д.А. Проблемы общей теории права. М., 2000. С. 53.

²²² «Для того, чтобы обязанность могла оказывать влияние..., два условия должны действовать совместно. Во-первых, необходимо, чтобы сторона знала закон, в соответствии с которым налагается обязанность и который сопровождается санкцией. Во-вторых, необходимо, чтобы она действительно знала (или, при должном внимании или осмотрительности, могла бы действительно знать), что настоящее действие или воздержание от его совершения или бездействие нарушат закон или будут равносильны нарушению обязанности. Если эти условия не выполнены, то оказывается невозможно, чтобы санкция воздействовала на ее желания» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 489). И далее: «ибо для того, чтобы я мог сообразовывать свое поведение с предписанием или запретом закона, я должен знать и помнить, что такое закон; я должен отчетливо понимать природу поведения, о котором я помышляю; и (на языке юристов и логиков) я должен верно включить конкретный случай в категорию случаев, подпадающих под действие закона... я должен сравнить поведение, которое я помышляю, с назначением или целью закона и должен быть в состоянии понять, согласуется ли оно с этим назначением или целью или противоречит им. Каждое приложение закона к факту или случаю представляет собой силлогизм, в котором второстепенная посылка и вывод являются единичными утверждениями. Если я не компетентен в этом интеллектуальном процессе, санкция не может действовать как мотив для выполнения обязанности, или... обязанность с необходимостью не является эффективной» (Там же, с. 490; курсив наш – А.И.). Видно, что взгляд правоведа легко сочетается с мнением Г. Харта, указывавшим, что необходимо как «добровольное принятие правил», так и «простое повиновение или смирение перед ними» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 203).

какой теорией мотивов»²²³; эта связь лишена необходимости, поскольку причина должного подчинения может быть сопряжена, в значительной степени, с бытием норм и санкций. От себя добавим, что с бытием норм и санкций тесно переплетены нормы и санкции позитивной морали, следовательно, представления о должном поведении, появившимся благодаря восприятию полезности государства, права и правопорядка в целом²²⁴. *Мы бы сказали, что проблема подчинения может быть решена только в этической плоскости.* Тогда, если идея о полезности правопорядка находит отклик в душе у каждого подвластного лица, то именно и только лишь при утверждении указанного привычного отношения (с учетом всего сказанного правоведом ранее о подчинении как социальном факте и выборе свободной разумной воли) должен «отмереть» утилитарный взгляд. Известно, что высоконравственные лица редко совершают правонарушения²²⁵. Бесспорно также и то, что «просвещенный народ был бы лучшей опорой для судьи, нежели армия полицейских»²²⁶. Если лицо просвещено, то оно заинтересовано в существовании правопорядка, вернее, в «борьбе за право» как в легальной форме защиты своих интересов, в первую очередь, безопасности и собственности²²⁷.

Получается, *что конечный мотив подчинения командам публичной власти уже сейчас является, главным образом, этическим* и не основан на слепом страхе силы государственной машины и возможности обращения «зла» санкции²²⁸. Этичным и полезным в концепции Дж. Остина является не страх, как иногда указывается²²⁹, но идея правопорядка как упорядоченного строгими инструкциями социального бытия человека (даже если бытие такого порядка и предполагает

²²³ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 165.

²²⁴ Так, Н.М. Коркунов указывал, что право и мораль есть, по существу, этические нормы: «право определяет только рамки осуществления разных интересов и потому имеет общеобязательный характер (независимо от желательности целей индивидов; оценка и выбор целей – это дело нравственности)» (Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. С. 148).

²²⁵ См.: Монтескье Ш. Избр. произв. М., 1955. С. 232.

²²⁶ Austin J. The Province. С. 73.

²²⁷ Иеринг Р. Борьба за право. С. 24-36; Austin J. The Province. С. 52, 100.

²²⁸ Об этом см.: Корнев В.Н. О нравственных основах правового регулирования // Российское правосудие. 2020. № 10. С. 78-82.

²²⁹ См.: Dewey J. Austin's Theory of Sovereignty // Political Science Quarterly. 1894. Т. 9. №. 1. С. 33. Г. Кельзен вовсе указывал, что концепция Дж. Остина основывается на «физическом принуждении» и фактически является «социологической» (Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. С. 57). Более нейтральную «психологическую» оценку можно обнаружить у Г. Харта: «Остин считает, что данное лицо только тогда связано или обязано, если оно *реально* боится санкции» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 243).

способы властно-волевого воздействия на лиц, оспаривающих его обязательность). *Восприятие народом полезности публичной власти*, иными словами, «моральная легитимность» последней, *есть «единственная причина рассматриваемого привычного подчинения, которая является общей для всех обществ или почти для всех обществ»*²³⁰. Ничто не укрепляет авторитет законов и власти так, как верность подданных, вызванная к жизни морально оправданными действиями правителя, затрагивающими сознание и нравственное чувство народа. Важно, однако, понимать, что не является моральным и полезным преследование законных ценностей вопреки ценностям разума и нравственности²³¹. Правовед делает вывод: «предположим, что данное общество было должным образом наставлено или просвещено, *привычное подчинение его правительству со стороны основной части общества возникло бы исключительно по причинам, основанным на принципе полезности»*²³². Именно в этом стоит усматривать так называемое «постоянство» (permanence) или устойчивость социальной организации, обеспечиваемой независимым политическим обществом²³³.

Получается, что *народное признание или легитимность*, если понимать его в качестве формы «морального закона» (позитивной морали), *является истинным и единственно верховным законом человеческого общества*²³⁴. Из этого следует,

²³⁰ Austin J. The Province. С. 322; курсив наш – А.И.

²³¹ «В каждом удачном положительном законе есть нечто от закона разума... и отличить закон разума от положительных законов очень трудно» (цит. по: Финнис Дж. Естественное право и естественные права. С. 349). В указанном смысле справедливый закон, т.е. акт, адекватно учитывающий частные и общие интересы, есть нечто соответствующее разуму и полезности, в конечном итоге – закону Бога.

²³² Austin J. Lectures. Т. 1. С. 293 (курсив наш – А.И.). Полезность правового ограничения мыслится в гарантиях прав и свобод, обусловленных обязанностями, санкциями и легальными процедурами вменения (применения права). На это же указывает Г.Ф. Шершеневич: народ, воспитанный публичной властью в духе уважения к законам и черех них – к правам и интересам прочих сограждан, общества и государства, приобретает привычку подчиняться установленным нормам, основанную на осознанном понимании блага правопорядка для всех и каждого. В противном случае, народ не усматривает ценности в социальном порядке и относится к нему в лучшем случае безразлично (См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: Учебное пособие. В 2-х томах. Т.1. М., 1995. С. 246-248). Этой проблемы касался еще Платон: «Если же дети... привыкнут к законности, и... эта привычка будет у них постоянно укрепляться и сказываться во всем, даже способствовать исправлению государства, если что в нем было не так» (См.: Платон. Сочинения в четырех томах. Т. 3. Ч. 1 / Под общ. ред. А. Ф. Лосева и В. Ф. Асмуса; Пер. с древнегреч. — СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. С. 231).

²³³ Austin J. The Province. С. 322.

²³⁴ Dewey J. Austin's Theory of Sovereignty. С. 36. Как отмечает Г. Радбрух, «право может только стимулировать мораль, но не в состоянии добиваться ее силой, так как моральный поступок по своей природе есть всегда акт свободы» (цит. по: Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. С. 107). Выходит, что подчинение и восприятие подчинения в качестве морального отношения есть то, что исходит «снизу», а не навязывается «сверху». Таким образом, «совесть является не чем иным, как глубинным повиновением закону как закону, - из чистого уважения к нему, а не просто сообразуясь высказыванием правила. Определяющее слово здесь – уважение» (Цит. по: Право. Порядок. Ценности: монография. С. 271). Это же следует из трудов И. Бентама.

что конечная природа как власти и легальности исходящих от нее нормативно-правовых актов, так и подчинения, является глубоко этической, а бытие и действительность всего вышеперечисленного есть следствие социальной конвенции – позитивной морали или правил признания, как бы мы это ни называли. Проблема же подчинения, в том числе привычного подчинения, одновременно есть интеллектуально-волевая и психологическая проблема, ибо социальную стабильность невозможно обеспечить силами только объективных норм, т.е. в отрыве от субъективного отношения, связанного с признанием и согласием с существованием некой власти в качестве источника норм.

На наш взгляд, несправедливой поэтому является критика Г. Харта, отрицающая, что Дж. Остин уделил должное внимание психологическим чувствам зависимости от власти и порядка. Оба правоведа приходят к одинаковым выводам, различие между ними мыслится только в части аргументации и задействованных языковых форм²³⁵. Мы полагаем, что конечная неспособность Г. Харта увидеть, что различные части и стороны теории Дж. Остина есть элементы всеобъемлющего целого, является ключевой причиной последовавшей за этим искаженной интерпретации²³⁶. Положения такой критики, разумеется, легко опровергаются, поскольку сооруженный вокруг концепции правоведа образ «соломенного человека» легко развеивается по ветру – стоит только полностью ознакомиться с его трудами и воссоздать в уме образ действительно разработанной им системы.

Действительность и действительность позитивного права он связывал с тем, что у граждан и подданных существует моральная обязанность повиноваться законам. «Каково мотто хорошего гражданина при состоянии верховенства законов? Повиноваться с исправностью, критиковать свободно» (См.: Bentham J. A Fragment on Government. Oxford: Clarendon Press. 1891. С 101). И. Бентам полагал, что законам должно повиноваться в любом случае и их нельзя нарушать; на неправильность и несправедливость законов можно сетовать, но только в рамках критики, - менять законы необходимо посредством реформ через открытое обсуждение изъянов и желаемых результатов.

²³⁵ См.: Mansilla I. T. Reconstructing Austin's Intuitions: Positive Morality and Law // The Legacy of John Austin's Jurisprudence. 2013. С. 308-311.

²³⁶ Moles R. Definition and Rule in Legal Theory: A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition. С. 14.

1.4. Правопорядок как нормативная реальность и социальная необходимость

Широкий ряд этических (нормативных) систем допускает связь со сверх-природной сущностью – Богом²³⁷. Утилитарная теория Дж. Остина не является исключением. Строго говоря, ее следовало бы называть именно *утилитарно-богословской этической концепцией* или просто «*теологическим*» утилитаризмом. Необходимость включения Бога в правовое обоснование нормативных систем понятна – Бог, как и публичная власть, есть внешний авторитет, воплощение порядка и господство этого порядка²³⁸. Если мир нормативен, то должно быть и абсолютное выражение такой нормативности. В этом смысле поразительно близкими оказываются идея права и идея Бога. Обе идеи существуют в единстве, однако каждая господствует в своей системе ценностных координат. Бог как идея гораздо шире: он охватывает право в целом, но не сливается и тем более не вмещивается в него. Социальный порядок представляется необходимым для самого бытия человека, а фигура и авторитет Божества в нормативных системах позволяют дать дополнительное обоснование целесообразности существования таких систем, что, однако, не исключает возможности «сакрализации» вполне светских авторитетов – государства и права.

Правовед не случайно проводит параллели между Божественной и государственной властью, применяя к обоим термины «верховенство» (*superiority*), «стоящий выше людей» (*superior*), «суверен»²³⁹. Наиболее очевидной аналогией является факт того, что государство, как и Бог, есть источник права, который сам не может быть обусловлен вызываемой им к жизни логикой нормативных систем. Не

²³⁷ Можно согласиться с Вольтером, отмечавшим, что «в морали гораздо больший смысл имеет признавать бога, чем не допускать его существование. В интересах всего человечества, чтобы существовал бог, который карал бы то, что не в состоянии подавить человеческое правосудие...» (Вольтер. Философские сочинения. С. 57).

²³⁸ Нормативные представления Дж. Остина играют важную роль в оформлении его теоретической концепции – это ее мировоззренческие основания. В литературе указывается на очевидную ценность этого элемента системы, поскольку «теоретик не способен дать теоретическое описание и анализ социальных фактов, если он в то же время не участвует в деятельности по оцениванию... того, что на самом деле хорошо для человека» (Финнис Дж. Естественное право и естественные права. С. 19). Иными словами, без понимания места проблемы в жизни человека и в общей системе знания, исследователь не будет способен наиболее полно изложить ее детали и описать ее наличные и возможные метапредметные связи.

²³⁹ Сюда же относятся следующие фразы: «все законы исходят от тех, кто стоит выше», «тот, кто может заставить другого подчиниться его желаниям, превосходит этого другого, насколько это возможно»; «верховенство или превосходство Бога является истинным (*simple*) или абсолютным» (Austin J. *The Province*. С. 19) и так далее.

общественный договор и не «основная норма» упорядочивают общество политико-правовыми средствами, но некая «воля», представленная индивидуальным или коллективным (по характеру «членства») «лицом», например, персоной, представляющей институт главы государства в абсолютной монархии, или персонами, представляющими институт парламентаризма в ограниченных монархиях и республиках²⁴⁰. В указанном смысле, высшая идея суверенной власти как ее «душа» обретает плоть и становится способной к телесным движениям благодаря поддерживающим и существующим для ее поддержки идеям, воплощенным в институционально-организационной системе общества. Суверенная власть, эта нейтральная и практически природная сила, вспоминая известные слова Г.В.Ф. Гегеля, шествует по земле как Бог; однако она, как и душа, не способна реально существовать в отрыве от тела могучего Левиафана.

Правопорядок становится вымышленным светским Божеством²⁴¹. Тем не менее, отличие норм государства от Божественных законов усматривается и по форме, и по содержанию: правопорядок есть высшая организационная форма идеи и факта социального порядка, принудительный нормативный порядок и реализованная законность (итог неукоснительной реализации легальных норм)²⁴², в то время как религиозные и моральные нормы обеспечиваются одновременно через общественное мнение и трансцендентальные санкции, либо, если суверену угодно, дополнительно через санкцию государства²⁴³. Центральное положение

²⁴⁰ К подобному пониманию теории суверенной власти в концепции Дж. Остина приходят и западные исследователи, в частности, Г. Харт. Конкретно к его позиции, свидетельствующей о весьма незавершенном и искаженном понимании доктрины основоположника позитивизма, мы обратимся позднее. По указанной проблеме см.: Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. 1954. С. Xiii; Gerber D. *A Note on Woody on Dewey on Austin // Ethics*. 1969. Т. 79. №. 4. С. 306; Lobban M. *The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850*. С. 245-254; Moles R. *Definition and Rule in Legal Theory: A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition*. С. 71; Stone J. *Legal System and Lawyers' Reasoning*. С. 71-75.

²⁴¹ Об этом см.: Stephen L. *The English Utilitarians*. London: Duckworth. 1900. Т. 3. С. 329. «Таково рождение того великого Левиафана или, вернее (выражаясь более почтительно), того смертного Бога, которому мы... обязаны своим миром и своей защитой. Ибо благодаря полномочиям, отданным ему каждым отдельным человеком в государстве, указанный человек или собрание лиц пользуется такой огромной сосредоточенной в нем силой и властью, что внушаемый этой силой и властью страх делает этого человека или это собрание лиц способным направлять волю всех людей к внутреннему миру и к взаимной помощи против внешних врагов. В этом человеке или собрании лиц состоит сущность государства» (Гоббс Т. *Левиафан*. С. 234).

²⁴² Кельзен Г. *Чистое учение о праве*. С. 41; *Проблемы теории государства и права: учебник / под ред. В.М. Сырых*. М., 2008. С. 517; Марченко М.Н., Дерябина Е.М. *Теория государства и права: учебник для бакалавров*. М., 2013. С. 269-270.

²⁴³ Говоря о моральных, религиозных и божественных нормах, Т. Гоббс указывал, что они, как и *естественные законы, сами по себе лишены нормативности и обязательности*: «лишь по установлении государства, не раньше,

политической власти, связанное с возможностью оказания воздействия на подвластных лиц, если и должна признаваться абсолютной, то с существенными оговорками, поскольку действительным содержанием отношения суверена и народа выступает их взаимное влияние²⁴⁴. Это, конечно, не отменяет того факта, что и государство, и Бог, есть, в человеческом понимании, абстрактные и всеобъемлющие идеи.

Видно, что Дж. Остин аксиологически обосновывает содержание идей социального порядка и правопорядка, отрываясь от механических представлений о них и их реальных воплощений в качестве системы объективированных норм. По его мнению, полезность подсказывает человеку, что отрицание правопорядка или борьба с ним нецелесообразны, ибо существование человеческого общества требует для устойчивости и продолжительности такого существования бытия определенного авторитета, способного вырабатывать общеобязательные правила, стандарты и нормы, единообразно истолкованные и обращенные к любому члену такого общества, а также организовывать социальную практику таким образом, чтобы ее элементам были свойственны условные постоянство, определенность, предсказуемость и внутренняя упорядоченность²⁴⁵. Можно сделать и обратный вывод: правопорядок не обладает самоценностью, он полезен лишь постольку, поскольку служит идее общего блага, проистекающего из воли Божества²⁴⁶. «Если мы примем принцип полезности в качестве нашего средства познания Божественных команд, мы должны сделать вывод, что повиновение установленному правительству обычно предписывается Божеством. Ибо без повиновения “власть иму-

они становятся действительно законами, ибо тогда они – приказания государства, а потому также и гражданские законы, в силу того что верховная власть обязывает людей повиноваться им. Дело в том, что при различиях, имеющих между отдельными людьми, только приказания государства могут установить, что есть беспристрастие, справедливость и добродетель, и сделать все эти правила поведения обязательными, и только государство может установить наказание за их нарушение, и поэтому такие приказания являются гражданскими законами. Поэтому во всех государствах мира естественный закон есть часть гражданского закона» (Гоббс Т. Левиафан. С. 371). Что касается последнего утверждения, его аналог мы обнаруживаем у Дж. Локка: «...гражданские законы... стран справедливы лишь настолько, насколько они основываются на законе природы, посредством которого они должны регулироваться и истолковываться» (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 268).

²⁴⁴ Austin J. *The Province*. С. 19-20.

²⁴⁵ Это, как представляется, оказывается возможно лишь при наличии системы норм так называемого объективного права (См.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. 5-е изд., доп. СПб. 1898. С. 343-369).

²⁴⁶ «Принимая принцип общей полезности в качестве единственного указания на волю Бога, каждый полезный закон, установленный сувереном, согласуется с законом, установленным Богом» (Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 548).

щим» почти не было бы защищенности и удовольствия»²⁴⁷.

Дж. Остин дополняет: обязанность выступать единым авторитетом в области нормативных суждений (создания, толкования, применения, изменения и прекращения норм) для человеческого общества есть одна из труднейших задач и «обязанностей, возложенных Богом на правительства». «Зло», распространяемое государством при посредстве норм, не является самоцелью политического правления. «Зло» принуждения – это инструмент в руках политической власти, позволяющий организовать общество и мобилизовать его ресурсы, в том числе людские²⁴⁸. Это не более чем одна из множества задач государственной деятельности, наряду с, например, чрезвычайно важной задачей общенародного просвещения.

Однако вопрос безусловного подчинения законной власти и незыблемости правопорядка – дело человека, а не Божества, даже если Бог предписывает подчинение порядку в качестве общей нормы. И хотя нормы позитивного права безусловны и требуют подчинения (а потому сомнения в обязательности подчинения власти абсурдны²⁴⁹), они не способны исключить возможность неповиновения или необходимость восстания.

Предлагаемая Дж. Остином интерпретация принципа незыблемости порядка и власти выделяет его концепцию среди различных теорий иных утилитарно настроенных мыслителей, в частности, Т. Гоббса, Дж. Локка²⁵⁰ и И. Бентама. Т. Гоббс, например, отмечал опасность и однозначную вредность неподчинения. Отсутствие государственной власти и государства как политического тела, частью которого являются все граждане, а равно отсутствие и гражданского состояния,

²⁴⁷ Austin J. *The Province*. С. 54. Иными словам, не было бы «покровительства и защиты от зла» (Гоббс Т. *Левифан*, с. 99).

²⁴⁸ Отмечается, что государственное «право не стремится просто монополизировать применение силы и тем самым сохранить мир; для него характерно то, что оно притязает на власть регулировать любую форму поведения и регулировать все нормативные институты, к которым имеют отношение члены подчиненного ему сообщества» (Финнис Дж. *Естественное право и естественные права*. С. 24-25). Значение средства, таким образом, не исчерпывается его непосредственной целью.

²⁴⁹ Austin J. *The Province*. С. 54-55.

²⁵⁰ Так, английский философ указывал, что там, «где кончается закон, там начинается тирания»; тирания в целом есть «осуществление власти помимо права» (Локк. Дж. *Сочинения*. Т. 3. С. 379). Таким образом, власть теряет так называемую моральную легитимность в силу нарушения требований легальности, в частности, социальной конвенции. Если так, то суверен (верховная власть) входит в состояние войны с народом, где последний приобретает моральное право и даже обязанность свергнуть злоупотребившего властью лицо или лиц. Эта необходимость обосновывается безусловной полезностью восстановления действительности положений нарушенного общественного договора.

упорядоченного изданными и сообщенными народу законами, ведет к «беспредельной войне всех против всех», следовательно, - «к значительно худшим последствиям»²⁵¹. Общественный договор заключается сувереном со всеми, а не с каждым гражданином в отдельности, а потому нарушить соглашение «необходимым злом» государство не способно. В этом смысле любой протест выглядит неразумным и бессмысленным, потому как цена его – умаление общего блага. Умаление блага всех влечет за собой умаление блага каждого; подобное устремление уменьшает и нивелирует любой частный интерес, а потому оказывается сродни той анекдотичной ситуации, когда человек рубит сук, на котором сам же и восседает²⁵².

Дж. Остин, напротив, допускает возможность восстания, отдавая решение на откуп полезности и целесообразности: «если бы сопротивление привело к хорошему правлению, то сопротивление плохому было бы полезно»²⁵³. Правовед отмечает однозначную сложность утилитарного расчета в этом случае, поскольку вопрос о власти всегда упирается в разнородные предпочтения людей. Опираясь на «предел своих знаний и способностей», люди усматривают разную меру Должного²⁵⁴. Оставив в стороне бесконечное разнообразие суждений о власти в обществе, Дж. Остин показывает однозначно положительное отношение к любой законной власти и любому праву. По его мнению, государство и правопорядок как явления априорно полезны, но не идеальны; их существование в текущем качестве постольку целесообразно, поскольку они эффективно выполняют свою функцию – обуздывают несовершенную человеческую природу, устанавливая для той строгие рамки социального контроля и необходимости, а равно рационально используют находящиеся в их распоряжении средства, приближая тем самым

²⁵¹ Гоббс Т. Левиафан. С. 287. «Величайшие стеснения, которые может иногда испытывать народ при той или иной форме правления, едва чувствительны по сравнению с теми бедствиями и ужасающими несчастьями, которые являются спутниками гражданской войны, или с тем разнузданным состоянием безвластия, когда люди не подчиняются законам и не признают над собой никакой принудительной власти, удерживающей их от грабежа и мести» (Там же, с. 252).

²⁵² Похожий подход свойственен и И. Бентаму, отказывавшегося от идеи насильственного преобразования общества и склонявшегося к критике и реформам (Bentham J. A Fragment on Government. С. 101). Пороки права и власти необходимо критиковать, но нельзя доводить социальные противоречия до точки кипения.

²⁵³ Austin J. The Province. С. 54.

²⁵⁴ «Какой-нибудь Мильтон или Хампден могли бы вдохновить соотечественников на сопротивление, но Гоббс или Фолкленд наставили бы на путь подчинения и мира» (Там же, с. 55).

возможность установления наиболее полного общего блага.

Дж. Остин указывал, что в «каждую эпоху и почти у каждой нации» были и есть социальные институты, которые, как сказали бы представители естественно-правовой традиции, противоречат Этике, Природе, Богу, Разуму или им всем одновременно²⁵⁵. Но попытка наложить Должное поверх или даже вместо Сущего означало бы игнорирование сугубо человеческих установлений²⁵⁶. Автор считает вредным любое сопротивление законной власти²⁵⁷, хотя глупо было бы исключать подобную возможность в принципе, а равно не дать той должной трактовки. Сопротивление может быть полезным, если «добро» результатов восстания будет больше причиненного «зла»²⁵⁸. Важно понимать, что полезность восстания связана еще и с тем, что оно должно быть связано с исправлением «зла» плохого правления, а не с отрицанием правления или власти в принципе²⁵⁹. Превратными могут быть не социальные институты, а фактические отношения, возникающие в связи с ними. Так, собственность, монархия, отеческая власть, политико-правовое

²⁵⁵ Самые ужасные явления в истории человечества часто санкционировались легальной властью, общественным мнением и нормами позитивной морали вопреки требованиям Должного. Примером выступает рабство (Там же, с. 279). Как указывает Г. Харт, «эти тягостные факты истории человечества достаточны для того, чтобы показать, что хотя общество для того, чтобы быть жизнеспособным, должно предложить некоторым из своих членов систему взаимной сдержанности, оно, к сожалению, не нуждается в том, чтобы предложить ее всем» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 203).

²⁵⁶ С одной стороны, может показаться, что, «...поскольку Остин утверждает, что наши обязанности повиноваться Богу превыше всех остальных, он призывает к сознательному неповиновению гражданскому закону. Следуя Остину, разумный судья будет обязан отказаться приводить в исполнение любой гражданский закон, который прямо нарушает явную или косвенно сообщенную волю Бога, а разумный гражданин будет обязан отказаться подчиняться любому такому закону» (Murphy J. V. Positive Divine Law in Austin // The Legacy of John Austin's Jurisprudence. С. 182). Такая логика увела бы нас прочь от утилитаризма, ибо мы руководствовались бы «революционными» и вредными представлениями о должном, а не сущими предписаниями, потребностями и интересами. «То, что кажется пагубным одному человеку, может показаться полезным другому. А что касается морального чувства, врожденных практических принципов, совести, то они всего лишь удобные прикрытия для невежества или корыстного интереса... провозглашать в целом, что все законы, которые пагубны или противоречат воле Бога, недействительны и недопустимы, - значит проповедовать анархию, враждебную и опасную как для мудрого и умеренного правления, так и для глупой и возмутительной тирании» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 215-216). Таким образом, *ссылка на волю Бога не является достаточным основанием для сопротивления власти.*

²⁵⁷ «Зло плохого правления меньше зла анархии» (Austin J. The Province. С. 54).

²⁵⁸ Там же, с. 54-55. Желаящие восстания «должны оценить вред, причиняемый фактической властью; шанс добиться лучшей власти, прибегая к сопротивлению; зло, которое должно сопровождать сопротивление, независимо от того, преуспешет ли оно или терпит неудачу; и добро, которое может последовать за сопротивлением, если оно увенчается успехом» (Там же, с. 55). Приложение принципа полезности к указанным ситуациям имело бы итогом то, что «если бы цель каждой стороны измерялась мерилем полезности, каждая могла бы сравнить ценность своей цели с ценой насильственного ее осуществления (pursuit)» (Там же, с. 56). Очевидно, что при подобном измерении зла и добра деяний и их последствий едва ли возможно достичь сколько-нибудь абсолютной определенности.

²⁵⁹ Так, например, полезность восстания в дореволюционной Франции была обусловлена необходимостью преодоления следующих неудобств: «отсталое состояние Франции до революции в части внутренних общественных отношений; и одиозное разнообразие, и неопределенность писаных законов и неписаных обычаев, которые тогда действовали в этой плохо управляемой стране» (См.: Austin J. Disposition of Property by Will – Primogeniture // The Westminster Review, Londres. 1824. Т. 2. №. 4. С. 526).

принуждение и т.д. не становятся «злом», если ими злоупотребили конкретные персоны. Злоупотребление властью, выражающееся, в частности, в сверхвмешательстве в частные дела, наносят «удар по источнику, из которого она черпает государственные доходы, она ограничивает свои естественные средства поддержки учреждений, которые необходимы для ее собственной безопасности и их (граждан – А.И.) благосостояния; и, следовательно, она ограничивает свою власть и уважение (consideration) в сравнении с теми правительствами, которые достаточно либеральны и мудры, чтобы придерживаться своей области»²⁶⁰. Это приводит правоведа к выводу, что государственная власть имеет конвенциональную природу, ибо напрямую зависит от настроений подданных: «народ является источником суверенной власти»²⁶¹.

Согласно утилитарной теории, правовой порядок – условие действительности общего блага и интереса, наибольшего счастья. Если так, то «счастье отдельных лиц, из которых составляется общество, т.е. их удовольствия и их безопасность, есть цель и единственная цель, которую должен иметь в виду законодатель: это – единственный стандарт, с которым каждое отдельное лицо, насколько это зависит от законодателя, должно быть заставлено сообразовать свое поведение»²⁶². Или, словами Дж. Остина, «благо управляемых должно быть целью правительства»²⁶³. Получается, что условие счастья всех покоится на счастье каждого отдельного лица, но каждый обязан считаться как с нормами коллектива, так и с общим интересом – желанием счастья, безопасности, реализации свободы и гарантиями собственности²⁶⁴. Государство есть гарантия общего счастья, его суще-

²⁶⁰ См: Austin J. Centralization // Edinburgh Review. 1847. Т. 85. № 171. С. 240. Под «областью государства» Дж. Остин понимает «легитимную сферу» его вмешательства в частные дела, т.е. признаваемый и принимаемый народом предел, очерчивающий границы публичной власти и гражданского общества (Там же, с. 238).

²⁶¹ Austin J. The Province. С. 323 (курсив наш – А.И.).

²⁶² Бентам И. Введение в основы нравственности и законодательства. С. 16.

²⁶³ Austin J. Centralization. С. 236.

²⁶⁴ «„Делать то, что мы хотим, - это естественная свобода; делать то, что мы хотим, в соответствии с интересами сообщества, к которому мы принадлежим, - это гражданская свобода”» (Цит. по: Austin J. The Province. С. 280). Но нормы коллектива, именуемые иногда «гражданскими свободами», это «не то, что неограничено никаким законом, но то, что в большой степени соответствует общественному благосостоянию» (См.: Paley W. The Principles of Moral and Political Philosophy. 9th American ed., Boston: West and Ricardson. 1818. С. 311). Дж. Остин дополняет это представление, указывая, что «свобода имеет мало общего с правом в юридическом смысле, она включает в себя «исключение ограничений или обязательств». Свобода есть одновременно чрезмерно абстрактная идея, наталкивающая порой на анти-юридические и противогосударственные мысли, но она же есть понятие, органично вплетающаяся в юридическую плоскость. Природа обоих явлений дуальна: они есть добро и зло; они никогда не тожде-

ствование неизбежно предполагает и существование порядка; оно как идея и фикция не существует вне порядка и не способно долго существовать вопреки ему, если начнет, например, на постоянной основе или вопиющим образом преступать государством же созданные нормы.

Правовой порядок в целом есть «эманация социального порядка»²⁶⁵ и источник социальной справедливости, а, будучи взятым в части законодательных норм, непосредственно выступает мерилom такой справедливости²⁶⁶. Утилитарная этика предопределяет выводы правоведа о том, что правопорядок и есть справедливость, прямое выражение диктата Сущего, противопоставленного и, порой, конфликтующего с созданным человеком Должным (этическими оценками). Представления о «моральности» порядка или, как минимум, целесообразности его существования с точки зрения этики, с очевидностью вытекает из следующих высказываний английского правоведа: «исполнять обязанность, наложенную командой – справедливо или правильно. То есть сторона совершает действие или сторона придерживается воздержания от совершения действия, являющиеся справедливыми или правильными по мнению автора команды»; «...справедливый и правильный означают то, что было сообщено командой...»; «поступать правильно означает подчинение команде»²⁶⁷.

Мы хотели бы согласиться с мнением, согласно которому Дж. Остин фактически занимается поиском правового оправдания сложившегося порядка, его естественности и необходимости, несущественности и даже вредности критики

ственны какой-то одной крайности. «Политическая свобода - это свобода, хотя она, как правило, вредна; также и юридическое ограничение - это ограничение, хотя оно, как правило, полезно» (Austin J. The Province. С. 288). Созданный человеком инструмент не обладает заведомой «благостью», пускай он может и содействовать реализации подобной идеи. Добро или зло в плоскости человеческой морали определяются конкретным применением таких инструментов, их последствиями и влиянием на частное и общее благо, мотивами и целями самого человека.

²⁶⁵ Право. Порядок. Ценности: монография. С. 101. Отмечается также, что все основные понятия современности: «государство», «право», «конституция», «суверенитет», «политика», являются понятиями социального порядка как такового (См.: Кильдюшов О. Проблема социального порядка (Гоббсова проблема): к эвристике и прагматике конститутивного вопроса современной теории общества // Социологическое обозрение. 2016. Т. 15. №3. С. 126).

²⁶⁶ По проблеме важности права для социального взаимодействия см.: Finnis J. Law as Co-ordination // Ratio Juris. Т. 2. С. 97, 102-103. О праве как средстве упорядочения и управления социальным порядком пишет и Дж. Финнис (Финнис Дж. Естественное право и естественные права. С. 25).

²⁶⁷ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 409. Г. Харт поэтому утверждает, что «эта тесная связь между справедливостью при исполнении закона и самим понятием правила подтолкнула некоторых знаменитых мыслителей отождествить справедливость с соответствием закону. Однако это, очевидно, ошибочно – если только “праву” не придаётся некоторый особо широкий смысл, ибо такое понимание справедливости не объясняет того факта, что критика во имя справедливости не ограничивается исполнением закона в отдельных ситуациях, - но часто сам закон подвергается критике как справедливый и несправедливый» (Харт Г. Понятие права. С. 164).

британской правовой идеологии, продвижении (при всем открытом осуждении) переработанных идей школы естественного права²⁶⁸. Власть и правопорядок обосновываются правоведом через необходимость организации человеческого общества как прямого следствия естественного несовершенства человеческой природы. Естественное зло (необузданная воля и состояние анархии) оказывается несопоставимо хуже зла социального – государственно-организованного социального порядка²⁶⁹. В общем смысле оказывается, что обладать «правосубъектностью» означает быть свободным²⁷⁰; свобода есть итог невмешательства иных лиц в частные дела, что, в свою очередь, есть результат политических и правовых ограничений, обращенных на граждан²⁷¹. Социальное «зло» есть дуализм свободы и несвободы, имеющий нормативное (легальное и этическое) выражение.

Верной, на наш взгляд, является мысль, в соответствии с которой, проблема социального (правового) порядка есть проблема «высокорентабельного характера», поскольку «невозможно в принципе вести речь о перспективах, правах и свободах личности, если царит беспорядок, хаос, война всех против всех»²⁷². Его бытие обусловлено сосуществованием бесконечного множества индивидуальных интересов с общим государственным интересами, ибо жизнеспособность последнего находится в прямой зависимости от эффективного выполнения задачи обеспечения правопорядка. Существование порядка и его воспроизводство в трактовке Дж. Остина есть следствие существования различных форм позитивной морали. Он является необходимым условием для дальнейшего бытия суверенной власти, позитивного права и юридической науки, описывающей все вышеперечисленное, включая идею порядка, преобразовывая ту в идею о правопорядке.

²⁶⁸ См.: Lundstedt V. *Legal Thinking Revised: My Views on Law*. Stockholm: Almqvist & Wiksell. 1956. С. 142-143, 337.

²⁶⁹ «Свобода от правовых ограничений есть в большей степени зло, нежели добро, если только она не содействует целям политического союза... единственная свобода, к которой должны стремиться разумные люди, есть правовой порядок, поддерживаемый общественной полезностью и сопряженный со всей свободой, дозволенной таким порядком». Иной свободы, как ограниченной нормами воли, существовать не должно; свобода – не отсутствие ограничений, а обратная сторона необходимости (Austin J. *A Plea for the Constitution*. С. 15). «Свобода не является “свободой для каждого человека делать то, что он пожелает” ...; она представляет собой свободу человека располагать и распоряжаться как ему угодно своей личностью, своими действиями, владениями и всей своей собственностью в рамках тех законов, которым он подчиняется...» (Локк Дж. *Сочинения*. Т. 3. С. 293).

²⁷⁰ Austin J. *The Province*. С. 289; Austin J. *Centralization*. С. 242.

²⁷¹ Austin J. *The Province*. С. 290; Гоббс Т. *Левиафан*. С. 300; Локк Дж. *Сочинения*. Т. 3. С. 274.

²⁷² *Право. Порядок. Ценности: монография*. С. 105.

ГЛАВА 2. ОБЩАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ КАК «МЕТАФИЗИКА» ПРАВА

Провозглашение Дж. Остином столь высокой и, казалось бы, недостижимой цели, – вознесения юриспруденции до уровня строгой и зрелой науки - а равно устремление создать качественно иной фундамент юриспруденции, был в значительной мере обусловлен призывом его учителя (И. Бентама) к дальнейшему раскрытию взаимосвязи этики и правоведения, где обе дисциплины занимаются изучением и обоснованием нормативной упорядоченности социального и природного бытия человека²⁷³.

Для основоположника утилитаризма «главный вопрос» заключался в поиске общих основ Этики и Юриспруденции. Дж. Остин, поставив перед собой ту же цель, выделяет также особую прикладную задачу – желает не просто обнаружить и обосновать общие начала этики и права, но и уделить более пристальное внимание сугубо юридической науке. Дж. Остин намеревался раскрыть сферу (область) юриспруденции, подчеркнув, в первую очередь, чем право не является, с чем его смешивают и необоснованно безбрежно расширяют. Его задача – создать «метафизику» права, его философию (*rationale*)²⁷⁴.

Отталкиваясь «от противного», Дж. Остин рассматривает существо Божественного и естественного права, вопросы позитивной морали и «законов» общественного мнения, уделяет внимание проблемам отражения правовых идей в языке юридической науки. Каждый в отдельности и все в совокупности – средства для заложения фундамента качественно иной науки о праве. И если И. Бентам

²⁷³ И. Бентам обращает свой клич в будущее, наставляя последующие поколения «определить, что за вещь есть закон в целом; какие в нем можно найти элементы; что должен он заключать в себе, чтобы быть полным; какая есть связь между той частью законодательного кодекса, которая относится к судопроизводству (процедуре), и остальными законами в целом – все это, как мы увидим, составляет задачи, которые должны быть решены, прежде чем может быть дан ответ на главный вышеупомянутый вопрос». Как указывает Дж. С. Милль, «работа, которую проделал господин Остин, не была бы и не могла бы быть выполнена, если бы Бентам не дал импульс и не указал путь...» (Mill J.S. *Essays on Equality, Law, and Education*. CWJSM. Т. 21. С. 167, 173, 187). По мнению философа, если И. Бентам послужил своего рода «тараном» для истории мысли, сокрушающим «замок неразумности» (Там же, с. 187; Приведенная метафора отсылает нас к известному выражению У. Блэкстоуна, изображавшему английскую конституцию в качестве готического, гротескного замка (См.: Blackstone W. *Commentaries on the Laws of England: In Four Books*. Oxford Clarendon Press, 1765-1769. Т. 3. С. 268) существующих правовых представлений, то Дж. Остин разгребает «руины» для поиска ценных материалов, которые необходимо привести в «новое, искусно созданное обличье, которое сделало бы их годными для лучшего здания науки» (Mill J.S. *Essays on Equality, Law, and Education*. CWJSM. Т. 21. С. 187-188).

²⁷⁴ Austin J. *The Province*. С. Xi.

указывал, что право следует понимать в качестве совокупности знаков, символов и информации, непосредственно или косвенно сообщаемых сувереном подвластным лицам определенного класса в целях регулирования поведения этих последних²⁷⁵, то Дж. Остин делает в подобном понимании следующий шаг. Он берет основы классической утилитарной теории и выстраивает вокруг них самостоятельную всеобъемлющую юридическую теорию, подходя к правовым проблемам не как политический мыслитель или только лишь философ морали, но как философ права и юрист²⁷⁶.

Определение понятия «юриспруденции» Дж. Остин считает возможным дать лишь в связи с определением ее области и предмета. Он поддерживает тезис И. Бентама, отмечавшего, что «юриспруденция есть фиктивное понятие; и для этого слова нельзя найти никакого значения иначе, как поставив его вместе с каким-нибудь словом, которое бы обозначало реальное понятие. Чтобы знать, что такое юриспруденция, мы должны знать, что понимается под книгой о юриспруденции. Книга о юриспруденции может иметь одну из двух целей: 1) определить, что такое закон; 2) определить, каков он должен быть»²⁷⁷. С опорой на размышления своего учителя Дж. Остин полагает, что дать критический анализ понятию «закон» будет полезно не только с методологической точки зрения, но и позволит поместить позитивное законодательство на почетный пьедестал, сделав его предметом будущей науки о праве. *Дж. Остин воспринимает закон как нечто Сущее*, т.е. как несвязанное напрямую с категориями и принципами этики самостоятельное нормативное бытие: «ибо, хотя для некоторых целей мы противопоставляем закон и факт, закон или иная команда сам по себе является фактом»²⁷⁸. Для него

²⁷⁵ См.: Bentham J. The Works of Jeremy Bentham. Edinburgh: William Tait. 1838. Т. 1. С. 151.

²⁷⁶ С опорой на метафоры, Дж. С. Милль указывал, что, сущностно, работа Дж. Остина сводилась к «развязыванию умственных узлов; прояснению головоломок, возникающих из сложных идей, которые были смутно восприняты и не проанализированы в части составных элементов; построению определенных концепций там, где существовали только неопределенные, и где распространенные фразы скрывали и закрепляли неопределенность; распутыванию классификаций и различий, основанных на различиях в самих вещах, в отличие от тех, которые возникают в силу простых случайностей в результате истории их формирования, и, когда они оказывались распутаны, применению различий (часто впервые) с четкостью, последовательностью и единообразием – вот некоторые из многих замечательных характеристик работы господина Остина как юриста, наиболее сильно отличающие ее от всех прочих» (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 187).

²⁷⁷ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 181. О необходимом единстве сущего и должного в юридическом знании пишет и Дж. Остин, см.: Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1077 и др.

²⁷⁸ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 874 (курсив наш – А.И.).

юриспруденция есть наука о позитивном праве, рассматривающая нормы том виде, в каком они представлены в законодательстве. Иными словами, позитивное право воспринимается им в качестве системы «легальных институтов, существующих или существовавших среди человечества, воспринимаемых в качестве фактов действительности», исходящих, в прямой или косвенной форме, от государства²⁷⁹.

Исходя из того, что правоведение занимается проблемами действительного человеческого права, то Дж. Остин предлагает следующее определение юриспруденции, отражающее ее прикладной характер: «юриспруденция, если она что из себя и представляет, так это науку о праве или, самое большое, науку о праве в сочетании с искусством его применения»²⁸⁰. Указанное мнение оказывается поразительно близким представлению, свойственному современной юридической догматике, основы которой уходят корнями в труды российских и немецких юристов конца XIX в. и мало отличаются от позиций нынешней науки²⁸¹. Отличие теории Дж. Остина главным образом в том, что он не успел проанализировать конкретное позитивное право в принципе, а равно, что он не занимался специальной разработкой догматического метода (впервые это сделал Р. Иеринг), пускай и оценивал позитивное право с позиции формальной юридической логики.

²⁷⁹ Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 188; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 534; Austin J. The Province. С. 6-8, 11, 138, 158 и др. (курсив наш – А.И.). Ср. с мнением Г.Ф. Шершеневича: «только нормы составляют объект правоведения. Юридические отношения, представляя лишь отражение норм на бытовых отношениях, сами по себе таким объектом служить не могут. В полном своем бытовом составе общественные отношения составляют предмет изучения со стороны различных наук, политической экономии, этики. Юридическая же сторона их, создаваемая действием юридических норм, должна изучаться в своем источнике, т.е. в нормах права» (См.: Шершеневич Г.Ф. Задачи и методы гражданского правоведения. Казань, 1898. С. 3; курсив наш – А.И.).

²⁸⁰ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 218 (курсив наш – А.И.). Правовед также приводит расширенный вариант этого термина, вмещающий проблему исследования как сущего, так и должного права: «само слово юриспруденция не лишено неоднозначности; оно использовалось для обозначения: знания права как науки в сочетании с искусством или практической привычкой или навыком его применения; или, во-вторых, законодательства – науки о том, что должно быть сделано для создания хороших законов, в сочетании с искусством их применения. Поскольку знание того, чему следовало бы быть, предполагает знание того, что есть, наука законодательства предполагает юриспруденцию, но юриспруденция не предполагает науку законодательства. Какие законы были и есть, может быть известно без знания того, какими они должны быть. Поскольку знание того, что должно быть, основывается на знании предшествующих событий *cognato genere*, законодательство предполагает юриспруденцию. Для нас юриспруденция - это наука о том, что существенно для права, в сочетании с наукой о том, каким право должно быть» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1077; курсив наш – А.И.).

²⁸¹ О юрико-техническом и, главным образом, прикладном значении позитивистского знания см.: Жуков В.Н. Философия права: Учебник для вузов. С. 99; Муромцев С. А. Что такое догма права? Критико-полемическая заметка по поводу статьи Гольмстена «Несколько мыслей о позитивизме в науке права» в «Журнале Гражданского и Уголовного права» за 1884 г., кн. 3 // Юридический вестник. 1884. Т. 16. №. 5-6; Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. М., 2003. С. 204; Иеринг Р. Юридическая техника // Иеринг Р. Избр. Труды. В 2 т. СПб., 2006. Т. 2. С. 332.

Дж. Остин делает первый шаг в своем исследовании, фактически провозглашая его результаты – называет предмет юриспруденции. «*Предмет юридической науки – позитивное право*, т.е. право в собственном смысле слова, или право, установленное властвующими для подвластных». Под «позитивным правом» правовед, фактически совпадая во взглядах со «зрелым» позитивизмом, понимает «свод или совокупность (систематизированных или несистематизированных) различных, но связанных норм»²⁸². Ставка на правовую информацию, содержащуюся в объективных нормах, есть, таким образом, избрание в качестве предмета науки сущие законы (*de lege lata*) верховной власти, а не их должные варианты (*de lege ferenda*) – описание, а не оценку; это то, что отличает оба раздела юриспруденции, - Общий и Особенный – от науки законодательства (утилитаристской Этики)²⁸³.

Можно даже сказать (и это более, чем заметно), что те *взгляды правоведа, которые касаются сугубо правовой проблематики и логического анализа языка не имеют необходимой связи ни с утилитаризмом, ни с какой-либо иной философско-правовой интерпретацией предмета и методов юриспруденции*; эта связь, тем не менее, присутствует всякий раз, когда правовед отсылает нас к этическим проблемам, ибо сфера юриспруденции есть лишь элемент обширной этической системы, описывающей нормативно упорядоченный мир. Как представляется, не лишена «философской» составляющей и любая иная позитивистская концеп-

²⁸² Austin J. Lectures. Т. 2. С. 997, 1072; Austin J. The Province. С. 1 (курсив наш – А.И.). Действительный предмет юридической науки сводится к совокупности позитивных норм, создаваемых лицами, осуществляющими «верховное и подчиненное управление», т.е. непосредственно сувереном, либо его должностными лицами - *political superiors* (Там же, с. 2).

²⁸³ Дж. Остин особенно заостряет внимание на проблемах, связанных с предварительным этапом существования юридической науки: «главное назначение или основной фокус шести запланированных лекций («Определения сферы юриспруденции» – А.И.) – проблема логического выделения позитивного права как действительного предмета юриспруденции» (Austin J. The Province. С. Viii). *Определение предметной области правоведения будет одновременно означать выработку «метафизики» права и решение метаюридических вопросов*. Эта часть знания о праве есть непосредственное содержание *Общей Юриспруденции*. Указанный раздел понимаемая правоведем как «наука, занимающаяся изложением принципов, понятий и различий, которые являются общими для правовых систем; понимая под правовыми системами более детализированные и зрелые системы, которые, в силу их детализации и зрелости, в основном содержат предписания (*instruction*)» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1073). Она, таким образом, дала бы философское осмысление позитивного права, обозначила его методы, проанализировала категории и выстроила бы четкую систему, внутренне его подразделив. Она дала бы ответ не только на общий вопрос («что есть право?»), но и на более конкретные вопросы, связанные, например, с особенностями его бытия, логики норм и так далее. Предмет и область второго раздела правоведения, именуемого *Особенной Юриспруденцией*, лишь были определены правоведем, но не имеют какого-либо воплощения в системе научного знания – правовед не успел что-либо выработать в указанной области при жизни. Тем не менее, *предметом этого раздела должна стать конкретная система законодательных норм или свод национального позитивного законодательства, т.е. позитивное право отдельно взятой страны, воспринимаемое в системном и непротиворечивом единстве* (Там же, с. 1072).

ция²⁸⁴. Хотя бы в том смысле, что любая теория позитивного права, если отбрасывать случайный по отношению к ней перечень философских идей, стремится показать «общность» сущностных черт любого позитивного права²⁸⁵. Этот аспект будет затронут в следующем параграфе.

2.1. Принцип полезности и предмет правовой «метафизики»

Дж. Остин полагал, что юриспруденция, для того, чтобы считаться наукой, должна обладать аналитической функцией, сущность которой – в логическом анализе языка, т.е. в прояснении содержания ключевых юридических понятий. Поскольку автор усматривал *обобщающую роль Общей Юриспруденции*, она бы стала прообразом нынешней (но все же преимущественно позитивистской) теории государства и права или, говоря словами Дж. С. Милля, «логической дисциплиной для ума»²⁸⁶. В круг задач правовой «метафизики» с необходимостью вошли бы проблемы не только методологии или наиболее общих закономерностей становления, развития и функционирования государства и права, но, главным и первейшим образом, выработки логически завершенной системы базовых категорий и их классификации²⁸⁷. Можно сказать, что изучение позитивного права начинается с принципов, являющихся основой любой системы, идей и различий, распро-

²⁸⁴ О непосредственном влиянии философского позитивизма или иной философской концепции на юридический позитивизм см., например: Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. С. 17, 28, 30 и др. Мы же утверждаем, напротив, что *теоретическое изучение позитивного права есть «сама себе философия», самодостаточный и самостоятельный образ мышления*, выводы которого в отношении права, полученные при посредстве, главным образом, догматического метода, есть, конечно, подлинно философские выводы, касающиеся суждений о «сущности» любого позитивного права.

²⁸⁵ На это указывает Г.Ф. Шершеневич: «научная философия права строит свои понятия только на положительном праве. Ее построения должны быть результатом только наблюдения над явлениями действительной жизни...» (Шершеневич Г.Ф. Философия права. Том I. С. 20). Если так, если ставка юридической науки делается на формальные понятия и на формальную сторону права, то неудивительно, что она окажется способной охватить любое позитивное право в принципе. В противном случае, позитивистская общая теория «...будет всегда страдать неточностью своих заключений» (Там же, с. 21).

²⁸⁶ Mill J.S. *Essays on Equality, Law, and Education*. CWJSM. Т. 21. С. 110. И далее: «...мы без колебаний заявляем, что, будучи лишь органом для определенных свойств разума (практической логикой для некоторых высших областей мышления), эти тома («Лекции...» Дж. Остина – А.И.) претендуют на место в процессе образования государственных деятелей, публицистов и исследователей человеческого разума» (Там же, с. 187).

²⁸⁷ Про подобную необходимость писал и Г.Ф. Шершеневич, указывая, что «юридические науки в настоящее время страдают крайней догматичностью, в том смысле, что они основываются постоянно на понятиях, которые воспринимаются ими безо всякой критики... и нет науки, которая бы объединила все эти понятия и подвергла бы их единовременной однородной критике, устранила бы те противоречия, которые создаются вследствие ограниченности материала, положенного в основу разработки, например, между государственным и гражданским правом в понимании субъективного права, между гражданским и уголовным правом в понимании правонарушения» (Шершеневич Г. Ф. Философия права. Том I. С. 17).

страненных в правовых системах²⁸⁸. Но нужно понимать, что и сами принципы формулируются посредством языковой формы, следовательно, с необходимостью связаны с понятийным аппаратом. Изложение фундаментальных принципов следует считать невозможным до того момента, пока не будет задано смысловое значение ключевых терминов²⁸⁹.

Юриспруденция как рациональная наука есть систематизированное понятийное знание²⁹⁰. Она являет собой «знание связей и зависимостей фактов, отраженных в понятиях и суждениях, образованных соединением имен между собой»²⁹¹. Язык науки выступает качественным выражением достигнутых в процессе познания результатов. Понятия - это не просто материя подобной науки, но и ее «скелет» - они очерчивают границы предметной области. Однако существенная проблема правоведения заключается в том, что ее исходные понятия – предельно абстрактные и размытые. Право часто смешивается с заведомо неюридическими феноменами, что существенно осложняет задачу «отделения зерен от плевел»²⁹².

В этой связи весьма важную часть правовой теории Дж. Остина, отталкивающейся от взглядов Т. Гоббса, Дж. Локка и И. Бентама, занимает *анализ языка*

²⁸⁸ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1092-1093. Как отмечается, «принципы права – это его одухотворяющие начала», выражающие главное и решающее в его содержании» (Цит. по: Право. Порядок. Ценности: монография. С. 445). В указанном смысле, правовые принципы с полным основанием можно было бы назвать «источником» права. В другом месте Дж. Остин дополняет и указывает, что «принципы и различия, предполагаемые самим существованием Закона, являются предметом Всеобщей (Universal) Юриспруденции» (См.: Austin J. Jurisprudence. General Statement by the Council of the University of London explaining the Plan of Instruction. 1828. С. 79; курсив наш – А.И.). По словам Дж. С. Милля, *эти принципы «не существуют заранее; они являются результатом абстрагирования и возникают, как только предпринимается попытка рассмотреть систему законодательства в целом или сравнить одну его часть с другой, или рассматривать людей и факты жизни с юридической точки зрения. Существуют определенные сочетания фактов и идей, которые должна признавать каждая система права, и определенные способы рассмотрения фактов, которые требует каждая такая система. Доказательством является то, что все системы законодательства требуют различных названий, которые не используются ни для каких других целей»* (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 189; курсив наш – А.И.).

²⁸⁹ «Если их значение не будет определено с самого начала, последующие рассуждения окажутся предметом бессодержательных разговоров» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1075; курсив наш - А.И.). «Составные элементы закона или свода законов, а также предположения, которые они включают, - согласно Дж. С. Миллю, - должны быть точно определены и прояснены» (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 108). И далее: тот исследователь, который полностью постигнет «значение этих имен, то есть тот, кто в совершенстве поймет факты и сочетания идей» окажется «ведущим специалистом в области юридического знания» (Там же, с. 189).

²⁹⁰ Понятия, по выражению Дж. С. Милля, есть процесс приложения названия реально существующему свойству, либо совокупности свойств (атрибутов) явления (Mill J. S. A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation. Т. 1. С. 121-130). Роднит точку зрения Дж. С. Милля с позицией Дж. Остина факт того, что основная функция понятия заключается в отражении реально существующих свойств явлений, в конечном счете – самих явлений (Там же, с. 124).

²⁹¹ Гоббс Т. Левиафан. С. 58.

²⁹² Г. Еллинек указывал, что даже устоявшиеся понятия не гарантируют единообразия в их использовании и понимании отраженного в них объекта: «такого рода кристаллизовавшиеся понятия превращаются мало-помалу в разменную идейную монету, которая переходит из рук в руки и относительно которой под конец не задумываются уже над тем, не потеряла ли она тем временем всякую цену» (Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 624).

права, который должен отражать реально существующие объекты. К сожалению, в нашей работе не получится уделить должное внимание проблеме синтеза эмпирического и рационального знания, метафизики языка и неверного словоупотребления, в частности, критике естественно-правовой философии в связи с указанной проблемой²⁹³. Однако важно отметить, что Дж. Остин стремился создать такую правовую науку, которая смогла бы разработать и очистить язык юриспруденции от искажений разного рода (метафизики в негативном смысле), достичь точности и лаконичности в формулировках, упорядочить понятия и установить действительную связь категорий сознания с категориями бытия²⁹⁴.

Подобная аналитическая функция правопведения, упирающаяся в прояснение содержания правовых категорий, позволяет сделать язык права конкретным и понятным, в т.ч. и для неспециалистов. Помимо этого, выявляется внутренняя логика построения системы таких понятий, усматриваемая в их взаимных связях и соподчинении как основании. Таким образом, «исследование, проводимое в Сфере Юриспруденции, может быть верно охарактеризовано, от начала и до конца, в качестве *словесного анализа и объяснения*», ибо представляет правовую науку в качестве системы взаимосвязанных понятий²⁹⁵.

Эти системы понятий с очевидностью присутствуют в различных правовых системах и обуславливают их внешнее сходство в части логики их построения; однако такое сходство есть сходство не только по форме, но и по существу²⁹⁶. Стоит отметить, что содержательная сторона если чего и касается, то точно не, по крайней мере напрямую, исторического генезиса государственно-правовых форм,

²⁹³ Говоря современным языком, английский правовед был категорически против трех основных элементов юснатурализма, вернее, трех его интерпретаций, обращенных на различные объекты: нравственного императива, определяющего поведение; метаэтического принципа, определяющего предпосылки морального знания; и мета-теоретического принципа, определяющего понимание природы права (См.: Vix B. Natural Law Theory: The Modern Tradition // Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. 2002. С. 99).

²⁹⁴ «Ибо, хотя классификация не создана природой, а является исключительно делом удобства, одна из наиболее важных составляющих удобства любой классификации заключается в том, что она должна совпадать, насколько это возможно, с тем способом, в соответствии с которым идеи имеют *естественную склонность упорядочиваться*» (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 109; курсив наш – А.И.). Эти внутренние закономерности вещей и необходимо, с опорой на принцип полезности, отразить в «технической» классификации (Bentham J. A Fragment on Government. С. 117-119).

²⁹⁵ Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 193-194 (курсив наш – А.И.). Г. Харт, тем не менее, полагает, что проблема верного словоупотребления есть «*тривиальный вопрос*», который «*ошибочно принимался за серьезный вопрос о природе вещей*» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 215; курсив наш – А.И.).

²⁹⁶ Об этом см.: Корнев А.В. Онтологический статус базовых категорий общей теории права и государства: от истоков к современности // История государства и права. 2022. № 8. С. 10-18.

не морально-этического или даже помысленного Богом значения и роли государства и права в целом, но самой природы сущего позитивного права – того, что является неизменным в условиях постоянных перемен. Чтобы отбросить возможные заблуждения, необходимо сперва обратиться к контексту истории в аргументации правоведа.

Вероятно, весьма очевидной и привлекательной представляется опция, в соответствии с которой общность фундаментальных особенностей современных правопорядков хотелось бы объяснить преимущественно через историко-правовой анализ политико-правовой надстройки римского общества. Так, известным является влияние правовой культуры Римской Империи на те провинции и народности, которые спустя века сформировали собственные национальные государства и правовые системы²⁹⁷. Задолго до самостоятельности, различные народы древнего Рима в доклассический период были объединены общим и равным для них всех позитивным (не естественным, как оно понимается юснатурализмом) римским правом – *jus omnium gentium*, основанном на принципе формального юридического равенства. Другие его названия: *jus praetorium* (в широком смысле), *jus commune* или *jus aequum*, *jus aequabile* и *aequitas*; они, по мнению Дж. Остина, есть синонимы *общей полезности*, ибо лучшие продукты человеческого разума есть нечто безусловно полезное²⁹⁸. Именно оно, произведенное на свет деятельностью римских преторов и создаваемыми ими «общими» или «вечными» (*perpetual* – всеобщими, а не неизменяемыми; позднее, при императоре Адриане, эдикт действительно становится неизменным) эдиктами²⁹⁹ – собственно *jus praetorium*, – оказалось, вместе со «специальными» эдиктами – *interdictum*, фундаментом последующего и более совершенного варианта *jus civile* (права только для римских

²⁹⁷ «...В большинстве стран современной континентальной Европы большая часть содержания фактической системы и большая часть технического языка, которым она оформлена, заимствованы из римского права, и без некоторого знания римского права технический язык непонятен» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1079). И далее: «...каждая система конкретного и позитивного права» в континентальной Европе и Англии есть «ответвление или она является производной от римского» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 58).

²⁹⁸ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 556-567, 599.

²⁹⁹ Там же, с. 591-592. Эдикты оформляли правила юридических процедур и судебной практики. Они основывались на наиболее общих правовых принципах, дедуцированных из *jus civile*, а не на текстах самого *jus civile*. Эдикты, основанные на правовых принципах и принципе полезности (который, с оговорками, также может быть признан «источником» судебного нормотворчества), следует считать законодательной деятельностью судей – *jus edicendi* или *jus edicere* (Там же, с. 602).

граждан), слившись через инкорпорацию с последним. Римское право, представленное в Институциях и Пандектах, а также в «кодификации» императора Юстиниана (именуемого Дж. Остином «имитатором» из-за кардинального изменения источников римского права – из «живого» оно превратилось в «пленника» объективной нормы³⁰⁰), не имеет практически ничего общего с ранним *jus gentium* – общность правопорядков усматривается в некоем «естественном разуме», в результате чего образуется *jus gentium* совсем иного, «естественного» рода.

Исторический анализ права весьма убедительно показывает, что совпадением в характерных особенностях, «несомненно, незачем удивляться, ибо правовые системы Континентальной традиции, а также и английская система Права Справедливости, в значительной степени опираются на Римское право»; в значительной (будучи актуализированным, по преимуществу, через посредство канонического права), но не безусловной, ибо частные особенности сохраняются, например, в правовых идеях и формах долженствования, тесно связанными с историей таких обществ. Римское право поэтому есть либо вспомогательная система права, существующая помимо национальной системы, либо система, полностью слившаяся с национальной (следовательно, национальная, а не римская), либо вспомогательная система, призванная примирять различные правопорядки – *jus commune* средневековых юристов³⁰¹.

Действительно, в «рецепировании» *corpus juris*, растворенного в европейских правопорядках, современному правоведению сомневаться не приходится. Тем не менее, *проблема генезиса позитивного права не имеет непосредственного значения для общности правовых принципов* – это, главным образом, перечень

³⁰⁰ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 54; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 605-606. Критика также связана с тем, что указанная систематизация есть, по существу, не кодификация, а изложение источников права в хронологическом порядке. Кроме того, ее проблема мыслится в том, что «статуты и декреты смешаны: более того, привилегии перепутаны и смешаны с нормами и принципами, созданными для общего применения... Институции (учебник для студентов, хотя и с силой закона), отступали от Кодекса и Пандектов или дополняли их. Новеллы императоров есть всего лишь исправления предыдущих компиляций. Большая часть Кодекса и Пандектов состоит из судебного права; и из судебного права, абстрагированного от подробностей, необходимых для того, чтобы сделать это право понятным. Таким образом, эти компиляции не являются кодексом... Они представляют собой совокупность или нагромождение (без научной систематизации) статутного и судебного права: последнее приводится в таком виде, в каком его приходится искать вслепую среди мангровых зарослей актов» (Там же, с. 1034).

³⁰¹ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 155; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 562; См.: Томсинов В.А. О сущности явления, называемого рецепцией римского права в Западной Европе в Средние века // Виноградов П. Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе / Под редакцией и с биографическим очерком У. Э. Батлера, В. А. Томсинова. — Русское юридическое наследие. — Зерцало Москва, 2010. С. 264, 272-273.

случайных, хоть и взаимосвязанных исторических фактов. Если бы мы избрали отправной точкой всяких объяснений исключительно конкретное национальное право (в т.ч. когда-то существовавшее), то «общее сходство с бесконечным многообразием частных в системах права и морали, оформившихся в действительности»³⁰² доказать не было бы возможным. Хотя бы потому, что большая часть политических обществ на нашей планете никоим образом не связана с прямым воздействием права Римского Мира. Если оставить все без изменений, то теория английского правоведа уже сейчас могла бы быть справедливо отброшена.

Однако действительная общность правопорядков раскрывается правоведом не столько исторически (ибо для философского обобщения это есть полезный, но тупиковый путь), сколько *логически* – через «естественно-правовое» указание на общность человеческой природы, внеисторическую сущность права и публичной власти, через привязку понятий к отражаемым ими эмпирическим фактам, а равно через приложение формально-догматического метода и формальной логики. Получается, что Общая Юриспруденция (если она претендует на это имя), будучи выстроенной на началах юридического позитивизма, с очевидностью требует абсолютно иного основания. Для нее сокровищница исторических фактов есть источник эмпирического материала, средство доказывания и верификации. Исторический контекст, тем не менее, лишь содержит материал для дальнейшей работы; общность как таковую еще нужно логически вывести, обосновать и доказать.

Римское право в системе Дж. Остина оказывается не источником всякого

³⁰² Austin J. The Province. С. 109. *Общее сходство правовед доказывает логическими методами* и указывает, что истина, производная от анализа одного объективного явления, является таковой и в отношении иного видового объекта в силу, во-первых, их принадлежности к одному роду (позитивному праву в целом), и, во-вторых, необходимости того или иного свойства для существования соответствующего объекта. Такие свойства Дж. Остин именует «необходимой истиной» (necessary truth), сущность которой производна от самой природы рассматриваемого объекта. Так, логика права и правовых норм, существование конкретных категорий и явлений как связующих звеньев (какую бы языковую форму и несовершенное содержание они не имели) правовой системы есть «необходимые истины». «Необходимая истина - это то, что истинно для всех объектов, подобным объектам, на основании которых ведется рассуждение, по причине того, что все они обладают тем, в чем мыслится их сходство. Она есть необходимая эманация (efflux); нечто, без чего объект не может быть понят в качестве имеющего это... Во всех этих случаях истина, по-видимому, является proprium или свойством... Это обязательно вытекает из сущности объекта: т.е. из свойств (положительных или отрицательных, или и тех, и других), которые обуславливают принадлежность объекта к классу...» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1009-1010).

современного права, как иногда указывается³⁰³, но *юридико-технической моделью абстрактной системы законодательства, являющейся актуальной для любого национального правопорядка*, ибо отражает наиболее важные черты права – его «основные» принципы, о которых мы скажем позднее. Поэтому систематизация римского права, выработанная классическими юристами, не является системой права конкретного человеческого общества. Она есть достаточно совершенный юридико-технический вариант подразделения позитивного (цивильного, «современного римского» или национального) права в целом³⁰⁴. Метод классических юристов, таким образом, позволяет овладеть систематически изложенными логическими основаниями (*rationale*) права, в конечном итоге – собственным и любым иным национальным, а не только лишь древним римским правом³⁰⁵.

Помимо сугубо позитивистского (формально-догматического) взгляда, прослеживается также философско-правовая (утилитаристская) интерпретация указанной проблемы. Она, тем не менее, не противоречит позитивистской, существует одновременно с последней, укрепляя позиции той в этической плоскости. Несмотря на то, что объявленные Дж. Остином общими правовые идеи, принципы и понятия могут внешне и сугубо формально отличаться в различных правопорядках, они, по своему существу, остаются довольно близкими друг к другу³⁰⁶. Ав-

³⁰³ См.: Roberts S. *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology*. Harmondsworth, England: Penguin. 1979. С. 23-25; Vix B. *Jurisprudence: Theory and Context*. 2009. С. 23-24).

³⁰⁴ «По правде говоря, *великие римские юристы, являются описателями позитивной или технической системы...* Их подлинные достоинства заключаются в их полном владении этой системой; в их владении ее принципами; в готовности, с которой они вспоминают их, и в легкости и уверенности, с которыми они применяют их» (Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 1080; курсив наш – А.И.). «*В результате этого овладения принципами в их идеальной непротиворечивости... и из-за ясности метода, благодаря которому они организованы, не существует позитивной правовой системы, которую нельзя было бы так легко объять как целое*» (Там же, 1081; курсив наш – А.И.). Похожий взгляд можно обнаружить в трудах Ф.К. фон Савиньи, см.: Савиньи Ф.К. фон. *Система современного римского права*. Т. 1. С. 142.

³⁰⁵ О необходимости познания правовых принципов высказывались и отечественные правоведы. В частности, из концепции Н.М. Коркунова непосредственно следует, что принципы не только могут получить внешнее и сколь угодно полное выражение в законодательстве, но еще и с очевидностью присутствуют во всех правовых системах. Если так, то без знания принципов как исходных начал правовой системы было бы трудно, если вообще возможно, судить о правопорядке в целом, выстроить вокруг него систему научного знания (См.: Коркунов Н.М. *Государственное право (теория)*. – В кн.: *Сборник государственных знаний / Под ред. В.П. Безобразова*. Т. III. Критика и библиография. СПб., 1877. С. 14).

³⁰⁶ *Понимание общих принципов есть условие понимания практически любой конкретной или национальной системы позитивного права*: «человек, знакомый с такими принципами, оторванными от каких-либо конкретных систем, и привыкший проводить аналогии, будет менее озадачен мусульманскими или индуистскими институтами... хорошо обоснованное знание науки, применение которой я пытаюсь продемонстрировать... позволило бы ему воспринимать, со сравнительной легкостью и быстротой, почти любую из иностранных систем, на которые он мог бы обратить свое внимание. *Столь многочисленными... являются принципы, общие для правовых систем, что юрист,*

тор, что роднит его точку зрения с позицией юснатурализма, объясняет возможность подобной институциональной «общности» единством человеческой природы³⁰⁷, которая означает не абсолютное совпадение чего бы то ни было в различных обществах; она указывает на существование институтов, идей, принципов и мнений со всеми вытекающими из них следствиями, начала которых основаны на полезности – «строго универсальной, а также поразительно очевидной»³⁰⁸.

Важно отметить, что некоторое сходство основных принципов правовых систем, как эмпирический факт и как «норма» (в утилитаристском смысле), существенным образом преобразуется в пределах рациональной науки. «Общность» как обнаруженное свойство означает, что *выявленные сходства одновременно и соотносятся с реальными объектами*, и, будучи результатом общелогических методов и теоретического обобщения («метафизики» в смысле Дж. Остина³⁰⁹), *не имеют прямой связи ни с одним из конкретных объектов*³¹⁰. «Приложение логики к праву» проявляется в том, что «принципы Общей Юриспруденции не соответствуют какой-либо реальной системе, но призваны облегчить усвоение любой из них и показать их недостатки»³¹¹.

В указанном смысле, юридический позитивизм как таковой не имеет необходимой связи с философским позитивизмом, но является «наследником», скорее, абстрактного («метафизического» или схоластического) мышления³¹². Тем не ме-

который овладел действующим правом его собственной страны, косвенно усвоил большую часть содержания права, действующего в любом другом обществе» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1084-1085; курсив наш – А.И.).

³⁰⁷ Там же, с. 1077. *«Все законодательные системы имеют единое основание в общей природе человечества; но принципы, которые касаются их всех, сформированы и затушеваны в каждой из них ее индивидуальными особенностями... Никакой опыт реальных институтов, независимо от принципов, которые получены из опыта человеческой природы, не может иметь никакой ценности» (Там же, с. 1030; курсив наш – А.И.).*

³⁰⁸ Там же, с. 568.

³⁰⁹ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1013.

³¹⁰ «...Поскольку каждая умозрительная и каждая практическая система предназначена для общего применения, она состоит из общих принципов или общих норм и не имеет прямого отношения к частностям или индивидуальным объектам» (См.: Austin J. List on the principles of the German Customs-Union // The Edinburgh Review: or critical journal. 1842. Т. 75. №. 152. С. 521; курсив наш – А.И.).

³¹¹ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 29. *«Излагая принципы и различия, которые являются должным предметом общей юриспруденции, я представлю их абстрагированными или отделенными от каждой конкретной системы» (Там же, с. 32). Руководствуясь словами Дж. С. Милля, можно сказать, что действительная задача юридической науки образца Дж. Остина как системного понятийного знания сводится к «прояснению и определению понятий, которые человеческий разум вынужден формировать, и различия, которые необходимо проводить в силу самого существования свода законов любого рода или свода законов, учитывающего интересы сложного цивилизованного общества. Конкретное и уверенное овладение этими понятиями и различиями так же важно для практики, как и для науки» (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 188; курсив наш – А.И.).*

³¹² См.: Пищулин А.В. Проблема определения современных подходов к понятию «юридический позитивизм» // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2009. №. 3. С. 89-99; Право, порядок, ценности: монография.

нее, выводы «метафизики» права Дж. Остина в значительной степени производны от эмпирики – они опираются на анализ реально существующего, а не вымышленного специально для теории, права³¹³. Мы полагаем, что в указанной части взгляд английского правоведа в полной мере совпадает с мнением Г.Ф. Шершеневича³¹⁴. Что касается прямой связи с конкретными объектами, то детали и частные особенности правовых систем (например, английской или римской) интересуют английского правоведа постольку, поскольку они позволяют приблизиться к поставленной цели – отделению права от морали³¹⁵. В остальном они не связаны с «метафизикой» права, хотя и служат конечным инструментом верификации выводов.

Кроме того, *правовед подразделяет принципы Общей Юриспруденции на основные и неосновные (necessary and unnecessary)*. К первому классу относятся те, без которых «мы не можем представить себе согласованную систему законодательства (или систему законодательства, сложившуюся в развитом обществе), не рассматривая их как составные части этого законодательства». К этим принципам относятся уже упомянутые нами наиболее общие и необходимые понятия, признаки права и правовые идеи, подразделение права на писаное и неписаное, подразделение прав и обязанностей на абсолютные и относительные, подразделение деяний на деликты и преступления, подразделение правовых средств – способов приобретения прав и обязанностей (в частности, *ex contractu* и *ex quasi ex contractu*). Ко второму классу относятся те «необязательные» принципы, которые связаны с обобщением эмпирического материала или возможными вариантами

С. 15-17. Сам Дж. Остин утверждает, что в силу стиля мышления ему как «метафизику» следовало бы быть «схоластом двенадцатого века или немецким профессором» (Austin J. Lectures. T. 1. С. 9; Austin J. Lectures. T. 2. С. 1013). В литературе правоведа иногда именуется «последним из схоластов» (Murphy J. B. Positive Divine Law in Austin // The Legacy of John Austin's Jurisprudence. С. 169).

³¹³ «Применение индукции во многих случаях основаны непосредственно на аналогии: например, то, что верно для одного вида, верно и для иных разновидностей. Но, в конечном счете, сходство все же зависит от опыта» (Austin J. Lectures. T. 2. С. 1011; курсив наш – А.И.). Опыт обуславливает бытие научного знания – с генетической точки зрения и с позиции верификации рациональных (отвлеченных) выводов.

³¹⁴ Отечественный правоведа выделял следующую функцию философии права: она «должна устанавливать основные понятия, не применяясь к тому разнообразию содержания, которое дается условиями времени и места. *Философия права* дает понятие о сущности права не для данного исторического периода или данной страны. Она ищет постоянное в сменяющемся» (Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: Учебное пособие. Т.1. С. 23; курсив наш – А.И.).

³¹⁵ Это, по утверждению Дж. Остина, одна из сложнейших проблем, поставленная, в частности, перед Этикой как наукой о должном состоянии нормативных систем (Austin J. The Province. С. 172).

систематизации права, в т.ч. подразделение прав и обязанности на права и обязанности *in rem* и *in personam*, которое будет затронуто нами позднее³¹⁶.

Все упомянутое ранее (в т.ч. в первой главе) позволяет нам сказать, что мышления английского правоведа сводятся, скорее, к созданию формализованного отражения позитивного права в сфере абстрактной мысли, презюмирующегося истинным по отношению к эмпирическим фактам³¹⁷. Некоторые зарубежные правоведы поэтому отмечали, что теория Дж. Остина несет на себе сильный отпечаток римской юриспруденции, схоластики и концептуализма, мощного влияния этики традиции естественного права³¹⁸. Так, некоторые авторы причисляли Дж. Остина к «тайным апологетам *naturrecht* (естественного права – А.И.)»³¹⁹, с чем можно было бы согласиться, ибо изучение римского права, а также трудов немецких философов и пандектистов, с очевидностью продолжающие естественно-правовую традицию «наукоучения» (эпистемологии), оказали существенное влияние на мысль английского правоведа³²⁰.

Развивая эту мысль, если высшим мерилom человеческого поведения выступают команды Бога, а постижением этого критерия, которым необходимо руководствоваться при создании совершенного законодательства или общественных отношений, занимается утилитаристская этика (деонтология), то подход Дж. Остина достаточно хорошо сочетается с теорией, например, Р. Штаммлера³²¹.

³¹⁶ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1073-1074. Неосновные принципы, «поскольку они основаны на началах полезности, которые распространяются на все общества... в действительности они очень часто встречаются в зрелых системах права; и поэтому их можно должным образом причислить к общим принципам, которые являются предметом общей юриспруденции» (Там же, с. 1074). Таким образом, определенные формы систематизации могут быть полезными с точки зрения науки, однако они не являются имманентно присущими любому позитивному праву или безусловно необходимыми – это, выражаясь словами Дж. Остина, вариант «умозрительной схемы права», возникающей в умах людей, стремящихся выработать ее теоретический аналог на довольно высоком абстрактном уровне.

³¹⁷ Как отмечается в литературе, наука, в частности, наука о праве, «должна опираться только на ту истину, которая основана на знании и является продуктом познания. Если право опирается на любую истину, то оно становится зависимым от так называемых случайных или ложных истин и, как следствие, само преобразуется в явление спорадического порядка» (Право. Порядок. Ценности: монография. С. 62).

³¹⁸ См. например: Hoeflich M.H. John Austin and Joseph Story: Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer // *The American Journal of Legal History*. 1985. Т. 29. С. 36-77; Lobban M. *The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850*. С. 223-224, 227-234.

³¹⁹ См.: Buckland W.W. *Some Reflections on Jurisprudence*. Cambridge. 1949. С. 69-70; Lundstedt V. *Legal Thinking Revised: My Views on Law*. С. 142-143, 337.

³²⁰ См.: Wieacker F. *A History of Private Law in Europe: with Particular Reference to Germany*. Clarendon Press, Oxford. 1995; Manning C.A.W. "Austin Today"; or "The Province of Jurisprudence" Re-examined" // *Modern Theories of Law*. Wildy & Son. 1963. С. 185, 220.

³²¹ Так, Р. Штаммлер под естественным (Божественным у Дж. Остина) правом понимал правовые принципы, в соответствии с которыми позитивное законодательство следует преобразовывать. Тем самым как бы снимается противоречие между изменяющимися, эмпирически обусловленными и непостоянными человеческими нормами, и

Иные авторы трактовали его теорию как вариант умозрительного юснатурализма, размышляющего не столько над правовыми основами, сколько просто оперирующего отвлеченными понятиями³²².

Дж. Остина можно подвергнуть справедливой критике и в иной части. Так, в его теоретическую систему включаются нормы только христианского Бога. Очевидно, что общая логика функционирования позитивного права и публичной власти предполагаются правоведом в иных обществах³²³, однако он не допускает возможности того, что Божество, например, для мусульманского мира может устанавливать качественно иные нормы, следовательно, принцип полезности, если он действительно универсален, приведет нас к выводу о том, что мусульманский Бог требует несколько иного поведения от своих верующих, нежели христианский Бог. Получается, что принцип полезности в том виде, в каком он используется в концепции Дж. Остина, оказывается весьма условным мериллом, указывающим на законы и истинность законов только одного Бога, принимаемые правоведом «за чистую монету»; распространение подобного этического принципа действительно способно привести к универсальности, однако унификация далась бы дорогой ценой – через вытеснение культурных особенностей иных цивилизаций. Если принцип полезности действительно претендует на универсальность в качестве этического принципа³²⁴, Дж. Остину следовало бы доказать, каким образом возможно единство в многообразии в связи с множественностью верований и Богов.

высшими нормативными предписаниями – через установления теоретически верной гармонии между ними (См.: Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории: Социально-философское исследование Рудольфа Штаммлера / Перевод с немецкого. – СПб.: Типография М. Меркушева, 1898. С. 166-167).

³²² См.: M. Barberis. Universal Legal Concepts? A Criticism of “General” Legal Theory // Ratio Juris. 1996. Т. 9. № 1. С. 10. Этот взгляд мыслится не совсем корректным, хотя бы потому что неясно, какая часть теории правоведа подвергается указанной критике: отдельно утилитаристские и богословско-этические взгляды, отдельно воззрения сколько-нибудь позитивистской направленности, отдельно политические и «социологические» представления, либо органичное единство вышеперечисленных.

³²³ Подразделение национальных систем позитивного права (*corpus juris* или *jus civile*) на соответствующие части, где присутствуют те же правовые идеи, принципы и институты есть, согласно правоведу, «правда», которая «доказывается почти повсеместным ее принятием» - это «необходимые истины» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 723, 1009-1010).

³²⁴ Полезность, в конечном итоге, содержит указание на то, что все право является «естественным» «потому что оно вызвано потребностями, которые оказывают воздействие на все человечество» (Там же, с. 571).

2.2. Необходимость народного просвещения и кодификации как предлоги для определения сферы юриспруденции и выработки «метафизики» права

1. Состояние юридического образования, просвещенности и правовой культуры как предлог для определения сферы юриспруденции. Необходимость определить предметную область юридической науки обосновывается правоведом применительно к дидактике и интересам юридической профессии. Как преподаватель, Дж. Остин был глубоко убежден в превратности устоявшихся методов подготовки юридических кадров, непригодных для удовлетворения растущего социального запроса в части подготовки высококвалифицированных кадров, из чего он делал вывод об отсутствии фундаментального юридического образования как такового в университетах Великобритании³²⁵. Он сетовал на то, что у юристов обрывочные знания, сколько-нибудь исчерпывающее понимание права им не доступно; изучение права является непоследовательным, трудным, неинтересным и потому отталкивающим предприятием³²⁶. Право воспринималось в качестве феномена, действительное знание о котором возможно получить лишь в ходе юридической практики. Однако ориентация сугубо на практическое освоение правовой материи есть лишь имитация деятельности специалистов. Более того, приложение профессионального опыта отнюдь не предполагает погружения в существо правовой материи.

В этой связи, опора на выявленные Общей Юриспруденцией общие прин-

³²⁵ Правовед считает, что плюсы фундаментального юридического образования безусловны и не идут ни в какое сравнение с иными программами обучения в высших учебных заведениях, ибо то создает специалистов подлинно высшей квалификации. Дж. Остин восхваляет «право, поскольку оно связано, с одной стороны, с этикой и религией, а с другой, не менее пригодно для формирования у ума привычек к строгому (close) мышлению, нежели самая мудреная из математических наук. Кроме того, (правоведение позволяет – А.И.) упражнять ум в оценке доказательств, касающихся возможных истин» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1015). Методы мышления в науке права оказываются очень близки к логике математики, ибо предполагают серьезную опору на формальную логику, в частности, индукцию: «большая часть достоверности, приписываемой математическим рассуждениям, заключается в том, что истины, с которыми они имеют дело, имеют отношение к классам явлений. Или, по крайней мере, в настолько тесной связи с ними, что погрешности могут быть отброшены в сторону, а затем допущены в качестве ограничительных условий вывода. Это также относится ко многим истинам, с которыми приходится иметь дело юристам. И, следовательно, Право... очень похоже на математику» (Там же, с. 1014-1015).

³²⁶ Там же, с. 1025. Об этом же утверждает и Г. Харт, описывая период, когда Дж. Остин только начал читать свои первые лекции, т.е. конец первой трети XIX века: «Английские юристы думали о праве как о чем-то, чему можно научиться только путем имитации в адвокатских палатах и адвокатских конторах. Не было никаких профессиональных экзаменов, и ни университеты, ни профессиональные организации не учили праву» (Austin J. The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence. 1954. С. xvii).

ципы поспособствовала бы «обретению практических знаний в различных корпорациях юристов»³²⁷. Исключительно полезной является также роль Особенной Юриспруденции, ибо ее предметом выступает не просто национальное право, но и особая форма его систематизации – «дигесты». *Изложение права соответствующим образом (как системы норм) имело бы итогом не просто «привлечение умов высшего порядка» в юридическую профессию, но и «оформление новой школы» мысли – юспозитивизма*³²⁸. Поэтому можно констатировать, что «просвещение людей всецело зависит от правильной постановки обучения юношества в университетах» - их нужно учить целому перечню ключевых дисциплин³²⁹.

Система знаний, обязанная существованием юридическому позитивизму, была бы отличным подспорьем в деле расширения знаний о праве, способствовала бы заполнению и ликвидации пробелов в восприятии этого последнего. Но поскольку *право имеет общесоциальное значение*, постольку и развитие науки о нем поспособствует бурному развитию правовой культуры, ценностей и качества законодательного материала, ибо носители определенных форм правового и нравственного сознания будут тесно связаны с публичной сферой³³⁰. Не только профессиональному юридическому сообществу было бы доступно понимание, например, преступлений против собственности как глубоко асоциальных деяний,

³²⁷ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1083. Это в целом было бы полезно людям, «которым предначертана публичная сфера» (Там же, с. 1089). Полезность обосновывается тем, что радикальные изменения в сфере права «благодарно сказались бы на самой сущности юридической профессии. Изменения привели бы к еще большему прогрессу в законодательстве и, в целом, в этике» (Там же, с. 1025). Двойственный прогресс объясняется тем, что научение должному поведению есть благо для правопорядка, в то время как бытие правопорядка и сообразованность актов человеческого поведения с его требованиями само есть, несомненно, моральное благо.

³²⁸ Там же, с. 1025-1028. Систематизация правоведа именуется дигестами по аналогии с систематизацией императора Юстиниана, однако содержит существенные отличия. Так, дигесты Дж. Остина предполагают историко-правовое изложение сущего позитивного права, его особенностей и элементов, сравнительно-правовое и догматическое (логико-техническое) обозрение свода позитивного права. Историко-догматическое и философско-правовое исследования сюда не входят. Дигесты имели бы форму наглядных таблиц или абстрактного аналитико-описательного трактата. Их полезность в следующем: 1) облегчает обучение юристов; 2) подспорье для будущей возможной кодификации; 3) формирование самостоятельной школы философско-правовой мысли – позитивизма

³²⁹ Гоббс Т. Левиафан. С. 480. Дж. Остин указывает, что в систему образования в обязательном порядке должны войти «философия и история человеческого разума» (критика разума, история и методология науки / мышления), «языки классической древности», общая теория логики, понимаемая в качестве «гимнастики для ума» (формальная, так и юридическая – деонтология или логика норм), этика (как общее философское знание о нормативных системах), политика, политическая экономия, этика в узком смысле: юриспруденция (подразделяемая на «метафизику» права - общую теорию, - и «позитивную» юриспруденцию – науку об историческом и догматическом изучении конкретных национальных и зарубежных норм, институтов, понятий и правовых текстов) и этика «sensu stricto», под которой, вероятно, имеется в виду утилитаристская деонтология – наука законодательства (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1081, 1101 и др.).

³³⁰ Там же, с. 681. «...Требование о проведении правовой реформы должно быть более обстоятельным (discriminating) и настоятельным; можно было бы избежать много плохих и несовершенных (stude) законов» (Там же, с. 1089).

направленных против материальной основы человеческого общежития, но и гражданскому обществу в целом. Опираясь на слова Г. Ф. Шершеневича, *народу «мало заявить, что человек должен поступать так то, но нужно и объяснить, почему. А это объяснение невозможно без теории и эмпирики»*³³¹.

Действительно, «санкции понуждают нас к верному или ограждают от ложного». Однако, если смотреть на их конечную (служение общему благу), а не непосредственную (обеспечение прав через возложение обязанностей) цель, то выяснится, что принуждение существует лишь в связи с тем, что в умах людей либо вовсе отсутствует должное утилитарное представление или чувство, либо оно является достаточно ограниченным. «Любовь к справедливости и ненависть по отношению к несправедливости частично вызваны (без всяких сомнений) восприятием полезности справедливости»³³²; не только развитие правоведения, но и развитие этики подтолкнуло бы человечество к мысли о том, что *подчинение закону рационально оправдано и подлинная свобода – не в вынужденном, но осознанном и добровольном принятии и исполнении властных предписаний*. По мнению Дж. Остина, сознательные граждане стремились бы не просто способствовать правосудию, но и стремиться в своих поступках к реальному осуществлению нравственно-правового идеала законности: *«просвещенный народ был бы лучшей опорой для судьбы, нежели армия полицейских»*³³³. Или, иными словами, «ничто, кроме общенародного просвещения, не обнажит корней зла», а «невежество большинства, как представляется, не является несокрушимым»³³⁴.

³³¹ Шершеневич Г. Ф. Философия права. Том I. С. 12 (курсив наш – А.И.). Иными словами, «причинами преступлений являются ложные принципы относительно права и не-права» (Гоббс Т. Левиафан. С. 410).

³³² Austin J. Lectures. Т. 1. С. 450. По этой теме см., например: Сауляк О.П. Правовая культура как фактор обеспечения правопорядка (общетеоретические, образовательные и иные аспекты проблемы) // Право и образование. — 2009. — № 10. — С. 48–59.

³³³ Austin J. The Province. С. 73; курсив наш – А.И. «Лучшие из моральных гарантий (хорошего правления – А.И.)..., которые способна дать позитивная мораль, возникли бы из широкого распространения в массе подданных наиболее здоровой политической науки, которую только мог бы себе позволить Разум (light) эпохи... Наилучшие из религиозных гарантий или наилучшие из гарантий, обеспечиваемых религиозными убеждениями, возникли бы из достойных мнений, которых придерживаются правители и подданные, относительно воли и целей Доброго и Мудрого Монарха (т.е. Бога – А.И.) и относительно характера обязанностей, которые он возлагает на земных государей» (Там же, с. 353).

³³⁴ Там же, с. 74, 76-77. Дж. Остин регулярно возвращается к этой идее, отмечая, например, что «от этих иллюзий, как и от других социальных зол, распространение здравых мнений по экономическим, политическим и другим социальным вопросам является единственным эффективным лекарством» (Austin J. Centralization. С. 253). С Дж. Остиным в этой связи нельзя не согласиться, ведь вопросы юридического значения возможно решить и неюридическими средствами, а сама правовая форма (как и государство) – не абсолютны в смысле своей действительности как

2. Потребность в кодификации как предлог для определения сферы Юриспруденции. По мнению Дж. Остина, непротиворечивая упорядоченность не является естественным свойством системы законодательства: «большинство ключевых понятий в действующих системах законодательства отражают названия не определенного класса объектов, а неупорядоченный массив (heap) разнородных объектов»³³⁵. Задача Общей Юриспруденции, опирающейся на принцип полезности, сводится к выработке «общего проекта систематизации» правовых терминов, в соответствии с которым «любая система законодательства, какой бы она ни была, могла быть упорядочена в соответствии с ним; и что, когда она будет упорядочена таким образом, каждая ее часть будет отчетливо ясна, и каждая часть будет способствовать пониманию всего остального»³³⁶.

Законодательство как формализованный срез общественных отношений есть нечто, выражаемое посредством понятийного аппарата. До той поры, пока законодателю не будет доподлинно известно значение каждого из используемых им в законе терминов, а также связь этих языковых конструкций с каждым смежным понятием, невозможно было бы реализовать на практике форму систематизации нормативного материала, известную под именем кодификации. Можно сказать, что в указанном смысле правовая наука, разрабатываемая Дж. Остином, является формой рационального воздействия на право, где нормативный материал упорядочивается приложенной к нему формально-юридической логикой.

Согласно правоведу, вершина юридической мысли, предполагаемая самой идеей закона, есть идея создания кодекса – «систематизированного и полного свода законодательства, призванного заменить все прочие законы»³³⁷. Кодекс призван подтолкнуть позитивное право к состоянию, наиболее приближенному к совершенству. Для Дж. Остина был очевиден «растущий объем и запутанность английского права (объем и запутанность, которые должны продолжать увеличи-

возможности реально регулировать общественные отношения. Правовед делает вывод: «если бы умы многих были наполнены (informed) и укреплены (invigorated) знанием, их грубые и убогие удовольствия и их тупое безразличие к знаниям были бы вытеснены утонченными развлечениями и свободным от предрассудков (liberal) любопытством» (Austin J. The Province. С. 77).

³³⁵ Там же, с. 18.

³³⁶ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 636.

³³⁷ Там же, с. 1023.

ваться)», ибо «ни в одном другом законодательстве, наличном в цивилизованном сообществе, так мало последовательности и согласованности, как в нашем собственном». Утилитарный взгляд, по мнению автора, выявляет противоречия многоликого действующего права общему благу (в части несоответствия перечня наличных разрозненных норм, той социальной функции, которая на них возложена), а равно внутренней логике самого позитивного права (старается обеспечивать его непротиворечивое логическое единство)³³⁸. Однако если кодификация статутного права представляется посильной задачей, то неясно, чему именно из актов так называемого судебного нормотворчества, если внимание вообще стоит обращать именно на них, необходимо придать силу общего закона. Этим фундаментальным элементом, по мнению правоведа, являются руководящие принципы, обуславливающие мышление судей и содержание мотивировочных частей их актов – *rationes decidendi*, – а не случайные обстоятельства, свойственные исключительно конкретным делам или их отдельным категориям³³⁹. Мы остановимся на этом в одном из последующих параграфов.

Таким образом, единый кодифицированный акт, который объял и «заменил бы все прочие законы», стал бы «единственным позитивным законом, наличным в данном обществе», а равно позволил бы преодолеть хаос нормативного материала, привносимого, в том числе, судебным нормотворчеством³⁴⁰. Общая Юриспруденция стала бы теорией, сделавшей указание на те правовые идеи и принципы, в соответствии с которыми можно было бы реализовать правовую реформу, повысить качество нормативного материала и изменить общее отношение к нему со стороны общества.

Согласимся с тем, что процесс создания законов – всегда творческий процесс, близкий к искусству³⁴¹. Он может быть проведен только юристами, предпо-

³³⁸ Простого перечисление «серьезных изъянов» и «чудовищного зла» английского права «было бы достаточным, чтобы показать необходимость кодификации», ибо его внутренний «беспорядок, привносимый чрезмерной сложностью и нелогичностью, даже хуже, чем в древнем Риме» (См.: Bentham J. *The Works of Jeremy Bentham*. В 11 т. W. Tait, 1843. Т. 3. С. 205, 209-210; Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 601, 662).

³³⁹ Там же, с. 658, 660, 666 и др.

³⁴⁰ Там же, с. 636, 649, 661, 675. «Ужасающий и накапливающийся хаос писаного и неписаного права рано или поздно вынудит парламент принять эту меру» (Austin J. *Centralization*. С. 258).

³⁴¹ «Ну, а в государственном управлении... разве лишь незначительная какая-то часть причастна природе, большая же часть – искусство. Стало быть, и всякое законодательство обусловлено будто бы не природой, но искусством;

лагает и требует наличия специальных знаний, профессионализма и глубокого (научного) понимания права. «Законодательная деятельность должна осуществляться лицами, которые одновременно безупречно разбираются в науках юриспруденции и законодательства (этике – А.И.), а также в конкретной системе права данного общества», ибо на юристов возлагается задача возглавить необходимые и неизбежные (в силу требований разума) перемены и воплотить требования должного на практике таким образом, чтобы они действительно регулировали общественные отношения, а не «висели мертвым грузом»³⁴².

Дж. Остин справедливо замечает, что *«техническая часть законодательной деятельности несравненно сложнее той, которая могла бы быть названа этической... гораздо проще... представить, что было бы полезным законом, чем составить этот закон таким образом, чтобы он мог исполнить замысел законодателя»*³⁴³. Принципы должного законодательства невозможно выделить сугубо из практической деятельности, поскольку эмпирика полна разрозненных частных и деталей, общее представление о которых не всегда явствует из них самих. Кодификация требует «научного исследования» (предварительного понимания частей, целого и их взаимосвязей), поскольку необходимые для создания норм знания «не могут быть получены посредством простого эмпирического исследования нашей

вот почему его положения и далеки от истины» (См.: Платон. Законы / Пер. с древнегреч. А.Н. Егунова // Сочинения в четырех томах. Т. 3. Ч. 2. СПб., 2007. С. 409).

³⁴² Austin J. Lectures. Т. 2. С. 613, 1035, 1092-1100. Авторы будущего единого кодекса «должны обладать детальными (minute) знаниями и практической сноровкой, которые естественным образом приобретаются опытными юристами; и, исходя из характера их должности, они столь же естественно сочетали бы с этими способностями культуру более высокого порядка. Их должность наделила бы их талантом понимать детали закона как составляющие взаимосвязанные части внутренне согласованного целого; и этот талант в сочетании с детальными знаниями и практической сноровкой является талантом, необходимым для кодификационной работы» (Austin J. Centralization. С. 258). «Ибо только с его помощью (теоретического знания – А.И.) законодатель может знать, как претворить в жизнь свои собственные идеи и цели. Без этого, каким бы способным законодатель ни был для абстрактного понимания хороших законов, он, возможно, не смог бы сформулировать их так, а также так систематизировать и упорядочивать, чтобы они действительно выполняли задуманную и ожидаемую работу» (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 188). Дж. Остин дополнительно отмечает, что отношение к кодификации как к простому предпрятию, либо к такому, которое отрицает важность критерия и принципа научности, причиняет той «великий вред» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 662, 1023-1024).

³⁴³ Там же, с. 1099; курсив наш – А.И. Действительно, сформулировать нормы так, чтобы они эффективно работали – трудная задача, поэтому решение юридико-технических проблем предполагает для юриста необходимость замкнуться в мире юридических фикций и заниматься логико-языковыми проблемами внутренней идеальной структуры норм. Однако нужно помнить, что позитивное право возникает в связи с реакцией некоторого властвующего субъекта на факты действительности, и, пускай любая правовая форма и является заведомо ограниченной и технически несовершенной (См.: Иеринг Р. Юридическая техника // Иеринг Р. Избр. Труды. В 2 т. СПб., 2006. Т. 2. С. 332), любая деятельность по усовершенствованию последней – достижение ясности, непротиворечивости, экономичности и т.д. (См.: Иеринг Р. Дух римского права на разных ступенях его развития. СПб., 1875), - связана с практикой правоприменения, следовательно, с реальной жизнью.

собственной отдельно взятой системы и простой привычки применять ее нормы к конкретным обстоятельствам в ходе практики». Пробел в понимании восполнило бы системное мышление, предлагаемое Общей Юриспруденцией, ибо она «стремится создать умозрительную схему права, чтобы вся информация, приобретенная в ходе практики, заняла соответствующее место в хорошо продуманной системе; вместо того, чтобы образовывать хаотичную совокупность нескольких несвязанных и просто частных норм. Она имеет тенденцию вырабатывать способность немедленно воспринимать зависимости частей правовой системы, которая... есть своеобразное и поразительное качество прекрасного и непревзойденного юриста». Следовательно, *наилучший результат оказывается возможен лишь при органичном единстве теории и практики*³⁴⁴. Нетрудно заметить, что этот взгляд, имеет большое сходство с принципами современной теории государства и права.

³⁴⁴ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 660, 1093-1095, 1099. «Необходимы люди, сведущие как в теории, так и, в равной степени, в практике; или, скорее, необходимо сочетание теоретиков и практиков» (Там же, с. 1024). О «вредности» противопоставления двух граней правовой специальности писал Г.Ф. Шершеневич: «плоха юридическая практика, не подкрепленная теоретическим светом, как и безжизненная теория, не вытекающая из практики» (Шершеневич Г. Ф. Философия права. Том I. С. 16). Наконец, «все зависит от твердого намерения; от точного представления о ключевых принципах и различиях, о подчинении деталей этим ключевым принципам и об отношениях этих ключевых принципов друг к другу. Если они с точностью продуманы, то недостатки в деталях легко исправляются. Если они воспринимаются смутно, то недостатки неизлечимы» (Austin J. Lectures. Т. 2. 1093).

ГЛАВА 3. КАТЕГОРИЯ «СУВЕРЕН» В ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ

Идея суверенной власти изначально развивалась в качестве социологического и политического концепта, но никак не юридического – это неограниченная политическая власть, не считающаяся с любой иной внешней силой и которую нельзя поместить в юридические рамки. С позиции позитивного права такая власть существовать не может – возникает системное противоречие³⁴⁵. В общем смысле суверенитет понимается правовой и политической науками следующим образом: «суверенитет есть абсолютная и постоянная власть государства... Абсолютная, не связанная никакими законами власть над гражданами и подданными»³⁴⁶. Восприятие суверенной власти сугубо в научном ключе будет означать понимание ее в качестве исторической категории - он не даруется Богом и не существует в силу естественных причин.

Ее появление связано с историей становления публично-правовой надстройки, с восходящей ролью государства в ходе исторического процесса³⁴⁷. Наиболее значимым здесь является то, что категория «суверенной власти» имеет большую связь с «миром идей», чем с эмпирической действительностью – она привязана к идее политической власти и являет собой самостоятельное бытие в сфере абстрактной мысли. С учетом этических представлений английского правоведа мы можем заключить, что *суверенитет и суверенность оказываются реальным воплощением и действительным функционированием коллективной воли (интереса) общества, нуждающегося в организованном строгими нормами порядке, гарантирующим безопасность, предсказуемость и определенность общественных отношений*³⁴⁸.

³⁴⁵ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 419.

³⁴⁶ Боден Ж. Шесть книг о государстве. С. 690.

³⁴⁷ Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 677.

³⁴⁸ Что касается суверенитета, понимаемого в качестве свойства власти, то он двойственен – суверенитет может быть фактическим (политическим) и формальным (юридическим), а в логическом смысле он являет собой как отрицательное, так и положительное свойство власти. Оба приведенных аспекта оказываются тесно переплетенными, способствуют правильному восприятию и пониманию обозначенного феномена. Под негативной стороной суверенитета следует понимать возможность этого понятия логически отделить и противопоставить государство любой другой власти, т.е. показать, чем государство не является; позитивная сторона выполняет иную функцию, качественно характеризуя государство, т.е. показывает, «что есть государство по своему существу» (Там же, с. 647). Согласно Г. Еллинеку, *суверенитет «отрицает» состояние безвластия и притязание иных политических сил на верховную власть, а равно юридической силы иных законов, кроме своих собственных; с «позитивной» точки зре-*

Саму же идею суверенности следует воспринимать, с учетом представлений Дж. Остина, в качестве доюридической «души» государства – в качестве абстрактной идеи, предваряющей существование любой из форм политической власти. Далее, в силу необходимости получить твердую опору в плоскости эмпирических фактов, суверенная власть, по меткому замечанию Г. Кельзена, «персонифицируется» в теории Дж. Остина и начинает связываться с фикцией «суверена»³⁴⁹. Последний понимается английским правоведом в качестве текущего носителя (только политического субъекта, если это абсолютный монарх, или политико-правового субъекта, если это верховное лицо в ограниченных монархиях) этой «души», наделяющей его властью по правилам закономерностей существования политической власти, неважно, установлены ли правила преемственности верховной власти и законодательства в легальной форме или нет.

«Персона» суверена, понимаемая в качестве «должности» верховного администратора или распорядителя, т.е. в качестве института власти, является важным условием, обеспечивающим дальнейшее единство и «централизацию» политико-правовой власти государства. Закономерно, что вокруг верховного представителя политической власти начинает формироваться аппарат управления ею – «телесные органы» могучего Левиафана, государство как политическое и одновременно юридическое тело. Именно оно является источником легальной силы позитивных норм и непосредственным или конечным источником самих этих норм, чем и обеспечивается единство правового порядка.

Видно, что в связи с указанной логикой суверенная власть является условием существования строгой юридической науки, ибо обуславливает существования ее предмета – позитивного права. Дж. Остин, как нам кажется, прекрасно (но только с фактической точки зрения) понимает, что есть суверен и что есть государство. Он связывает государство и право и приходит к естественному выводу,

ния, суверенитет означает бытие верховной публичной власти и возможность реализации всех вытекающих из нее следствий – монополии на законодательство и легальное насилие, налоговых взысканий и иных денежных сборов, формирования вооруженных сил и т.д.

³⁴⁹ Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. С. 64-65. До момента обращения непосредственно к указанному критическому замечанию Г. Кельзена в поздних пунктах следующего параграфа, мы будем руководствоваться введенными терминами «персонификации» и «фикции» суверена, поскольку они, на наш взгляд, более удачно, нежели понятия Дж. Остина, описывают теорию основоположника позитивизма.

согласно которому без государства не может быть ни права, ни юридического позитивизма. Именно поэтому в его системе рассмотрению позитивного права предшествует анализ проблемы государственной власти.

3.1. Суверенная власть и ее свойства

Согласно Дж. Остину, любое государственно организованное человеческое общество не просто имеет, но должно и обязано иметь суверена³⁵⁰. Суверен имеет множество форм – он может быть представлен как единичным «лицом», так и коллективным (например, представительным органом, сконцентрировавшим власть)³⁵¹. Политическая власть и суверен могут совпадать, когда верховное «лицо» напрямую, т.е. без посредников и представителей, отдает команду, либо, когда отдает такую команду в обход легальных процедур, требуя, тем не менее, подчинения актам, которые могли бы быть названы «незаконными» и «неконституционными». Политическая власть и суверен могут отличаться (и, как правило, отличаются), когда политически господствующий субъект уполномочивает иных конкретных лиц осуществлять конкретную деятельность от своего имени, но не против своей воли. Такая высшая политическая «воля» (например, народа в республиках) имеет экстраординарный характер по отношению к власти и «полномочиям» государства. Последнее есть лишь носитель суверенной власти, отличающийся от нее, но обязанный ей своим существованием в не меньшей мере, в какой обязанной выступает сама власть, ибо существует в этом мире лишь благодаря «одухотворенному» ей телу Левиафана.

С какой бы формой суверена мы ни столкнулись, тот всегда выступает непосредственным источником всего позитивного права и высшим «лицом»-представителем суверенной власти, единственно обладающим «законным» правом на власть, политико-правовое принуждение и насилие.

³⁵⁰ Эта мысль напрямую упирается в утверждение Т. Гоббса: «государство без верховной власти есть слово без содержания и не может существовать» (Гоббс Т. Левиафан. С. 496).

³⁵¹ Ср. с точкой зрения И. Бентама: «под сувереном я подразумеваю любое лицо или собрание (assemblage) лиц, чьей воле все политическое общество (независимо от причины) должно быть склонно повиноваться: предпочитая его волю воле любого другого лица» (См.: Bentham J. Of Laws in General. London: Athlone Press, 1970. С. 18).

Под суверенной властью стоит понимать ту, которая «совершенно или полностью независима от другой человеческой власти; настолько, что ее действия не могут быть отменены никакой человеческой волей, кроме ее собственной»³⁵². Определение нужно принимать с оговорками, поскольку *в реальности не существует ни одной абсолютно независимой публичной власти*: так или иначе, суверенная власть, благодаря суверену-представителю, считается с мнением иных суверенов (область международного права), своих подданных, моральными нормами и принципами, укоренившимися в общественном сознании и так далее. В гипотетическом случае полного отсутствия у суверена и суверенной власти каких-либо ограничений можно было бы говорить о свободе и независимости; но практика такова, что «на самом деле нет такой человеческой власти, в отношении к которой эпитет “суверенный” был бы уместен»³⁵³. Так, даже абсолютный монарх находится под влиянием особо влиятельной группы лиц в государстве.

В случае, если монарх повинуется командам части подданных, то ни одно из перечисленных лиц не может быть поименовано употребленными терминами; «суверенитет будет принадлежать так называемому “монарху” заодно с конкретным органом так называемых “подданных”»³⁵⁴. Государственная власть в этом случае не пропадает, но осуществляется одновременно «монархом» и частью «подданных». Напротив, если суверен начнет подчиняться «командам» и «законам» общественного мнения, то государственная власть станет невозможной – возникнет не просто новый суверен, а власть в неопределенных пределах; конечная неизвестность верховного носителя власти будет говорить об отсутствии конкретного содержания у такой власти³⁵⁵. Утверждение о какой-либо власти на этих основаниях будет тождественно утверждению об отсутствии политической власти

³⁵² Austin J. The Province. С. 222.

³⁵³ Там же, с. 222-223 (курсив наш – А.И.). Это же отмечается и в литературе, см., например: Dewey J. Austin's Theory of Sovereignty. С. 32. Подлинно верховной является, вероятно, только власть Бога.

³⁵⁴ Austin J. The Province. С. 228.

³⁵⁵ Помимо прочего, что касается также проблемы общенародного просвещения, государство «будучи контролируемым общим мнением общества, если это общество не было должным образом наставлено, оно (государство – А.И.) часто будет уведено с путей, ведущих к его должной цели, своенравными и тираническими предрассудками невежественной и глупой толпы» (Austin J. The Province. С. 302). Правовед заключает: «Я считаю, что в политическом сообществе, не получившем должного наставления, хорошее и стабильное правление невозможно» (Там же).

в принципе – она «будет находиться в неопределенном теле (то есть нигде)»³⁵⁶.

Согласно Дж. Остину, разговор о любом государстве или форме такого государства лишен смысла, если отсутствует четкое представление о началах государственной власти – суверенитете и его сущности. Суверену вне зависимости от формы свойственен ряд эмпирически подтверждаемых признаков, перечисляемых и раскрываемых нами ниже, противопоставляющие его верховенство и силу любой иной власти.

1. «Суверенитет» есть фактический статус, поддерживаемый состоянием привычного подчинения (*habitual obedience*). «Определенное общество не является политическим обществом, если у большинства его членов нет привычки подчиняться конкретному и общему руководителю»³⁵⁷. Во-первых, это утверждение предполагает *мощную роль субъективного и этического компонентов*. Власть, государство и право существуют в своем качестве, а равно гарантируются их принятие и поддержка, подчинение и непротивление им, лишь когда они не противоречат комплексу чувств и представлений народа, сформировавшихся вокруг этих институтов и, можно сказать, метафизических категорий. Как бы не разубеждал нас Г. Харт³⁵⁸, Дж. Остин объясняет желание подчиняться не столько через привычку в собственном смысле слова, сколько через рассмотренное ранее осознанное и взвешенное понимание необходимости порядка, сопряженное с понятиями удовольствия и страдания – через «надежду на выгоду и добро», противопоставленные «условному злу» (санкциям)³⁵⁹. Этическое отношение вообще оказывается одним из столпов суверенной власти (как и в целом этика для теории Дж. Остина), будет ли соответствующее должное поведение связано с восприятием физической силы, используемой сувереном, а равно страхом перед этой силой, или нет.

Во-вторых, *общество должно находиться в состоянии «привычного подчи-*

³⁵⁶ Там же, с. 228.

³⁵⁷ Там же, с. 204.

³⁵⁸ Г. Харт полагает, что «привычка повиновения основывается на личных отношениях между монархом и каждым отдельно взятым подданным...» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 59). Это в корне неверно, ибо повиновение и его регулярность, как следует из концепции Дж. Остина, основывается на повиновении не суверену как персоне, но суверену как институту и стоящей за ним верховной государственной власти. К этим аспектам мы будем обращаться на протяжении всей настоящей главы.

³⁵⁹ Austin J. The Province. С. 9-10.

нения»: «для того, чтобы данное общество могло образовать общество политическое, большая часть его членов должна иметь привычку подчиняться конкретному и общему руководителю³⁶⁰. Но для того, чтобы данное общество могло сформировать общество политическое и независимое, этот конкретный руководитель не должен находиться в привычном подчинении у иного конкретного человеческого руководителя». Дж. Остин указывает: «привычное подчинение правительству, которое выказывается большей частью общества, частично возникает, ... почти в каждом обществе, по причине... восприятия большей частью общества полезности политического правления или предпочтения большей частью общества, любого правительства анархии». Верховная власть появляется в силу фактических обстоятельств, однажды сформировавшейся у народа привычки подчиняться одному конкретному лицу; иными словами – институту власти, представленному конкретным лицом, занимающим соответствующую «должность»³⁶¹.

Привычное подчинение имеет два смысла: позитивный и негативный. В позитивном смысле суверенность означает наличие повиновения в силу восприятия большей частью населения власти в качестве «нормативного факта»; в негативном смысле – у населения отсутствует подчинение какой-либо иной высшей светской власти, а равно, что иная власть не признается ими в качестве высшей. Также подчинение имеет двойственный интеллектуально-психологический смысл³⁶²: в объективном смысле, подчинение есть «привычное подчинение», истекающее из совокупности окружающих «фигуру» суверена представлений –

³⁶⁰ Ср. с точкой зрения И. Бентама: «Когда предполагается, что множество лиц (которых мы можем называть подданными) имеют привычку подчиняться *лицу или группе лиц известного и определенного характера* (которых мы можем называть властвующим или властвующими), такие лица в целом (подданные и властвующие), как говорят, находятся в состоянии политического общества» (Цит. по: Austin J. *The Province*. С. 220; Bentham J. *A Fragment on Government*. С. 137). Видно, как представляется, что под «лицами определенного характера» понимаются не физические лица, но лица, определенные родовыми признаками, где последние указывают на принадлежность первых к политическому телу. Родовые признаки должностных лиц, таким образом, обуславливают то, что повиновение любому такому лицу, есть акт повиновения государству, ибо *повиновение выказывается не физическим лицам, но политической (государственной) власти через институты власти*.

³⁶¹ Austin J. *The Province*. С. 200, 205-206, 321-322.

³⁶² Привычное подчинение автор считает глубоко иррациональным чувством. Так, подчинение может обеспечиваться традициями (подчинялись предки – будут и потомки), предрассудками (происхождение правителя, «землячество»), верой в мудрость и справедливость власти, мировоззренческие предпочтения (предпочтение величественности монархии или принципов и идей, сопровождающих понятие «республика») и так далее (Там же, с. 320-321). Что касается рациональной стороны подчинения, то эта сторона согласия народа есть внешнее выражение свободной или условно подчиненной воли через взвешенные слова и осознанные поступки. Она выражается (вне зависимости от мотивов и «просвещенности» народа), с одной стороны, посредством молчаливого признания власти, с другой – конформизмом и реализацией права в установленных командами границах.

это форма общественного сознания.

Во втором, субъективном смысле, подчинение есть представление и вера каждого, либо большинства подвластных лиц, в то, что отдающее команду лицо является властвующим в том смысле, в каком обычно понимается суверен³⁶³. Таким образом, подчинение суверену есть позитивная моральная норма, создаваемая неопределенным «телом» - мнением широкой общественности³⁶⁴. «Должность» суверена определяется не столько правовыми статусами, сколько вопросами факта и реальной власти – внутренними закономерностями политической плоскости и логикой различных сфер сознания. «Привычка» вырабатывается не только по отношению к власти или уполномоченным персонам, но и по отношению к исходящим от них законам, командам и приказам. Подданные видят, что публичная власть находится в перманентном «негативном состоянии» и что «зло» ее санкций реально обеспечено физическими и юридическими возможностями воздействовать на нарушителя через конкретные процедуры. Общественное мнение уже содержит представление о том, кто есть суверен как лицо, чья воля дает ответ на вопрос «что есть закон?», следовательно, что считается нарушением права и законной его реализацией.

Указанный перечень представлений отдаленно напоминает «правило признания» Г. Харта³⁶⁵. Привычное подчинение власти Дж. Остина, какой бы критике не подвергал его указанный неопозитивист, способно органично слиться с более проработанной логикой функционирования «общественного мнения», ибо не противоречит ему. «Привычка» Дж. Остина содержит указание на устоявшееся и

³⁶³ Там же, с. 222-223. В первом случае мы говорим об эмпирически подтверждаемом факте наличия привычного подчинения. Во втором случае мы говорим о факте привычного подчинения через анализ степени распространенности идеи о необходимости подчинения конкретному человеческому руководителю среди населения, а равно признания этого руководителя в подобном качестве. В обоих случаях необходима выработанная «привычка» и сложившееся представление, следовательно, определенное состояние ума. Поэтому прав оказывается Т. Гоббс, утверждавший, что *возможность господства дает не столько фактическое господство, сколько собственное согласие лица, находящегося в подчинении* (Гоббс Т. Левиафан. С. 280). Для бытия правопорядка важно, чтобы «законодатель был в состоянии предвидеть, что все граждане будут... в целом соблюдать свод норм, которые он обнародовал» (См.: Fuller L. L. Human Interaction and the Law // Rule of Law. New York: Simon and Schuster. 1971. С. 201). Такое соблюдение невозможно без согласия большей части народа.

³⁶⁴ «Нормой» устоявшееся представление можно назвать лишь в случае, когда мы придаем ей смысл, вкладываемый в понятие «закон». «Закон, установленный или навязанный общественным мнением, представляет собой мнение или переживание в отношении поведения определенного рода, которого придерживается или ощущает неопределенное лицо: то есть неопределенная часть определенной или неопределенной общности» (Austin J. The Province. С. 162).

³⁶⁵ Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 105-115, 203-205 и др.

фактическое отношение власти-подчинения, какими бы ни были его причины, за исключением, вероятно, «неэмпирических» причин, в частности, - гипотетического «изначального договора». «Привычка» констатация того факта, что некое общественное отношение воспринимается как «нормальное»; она ставит акцент на эмпирически подтверждаемом существовании верховной политической власти в обществе, на воспроизводстве общественного порядка и на некоем весьма широком перечне нормативных фактов (мотивов подчинения), обуславливающих такое воспроизводство.

2. «Конкретность» суверена. Существование политического общества можно считать возможным только при условии, что большая часть его членов выражает *покорность конкретному и единому для всех руководителю*. «Конкретность» как признак и принцип означает, что можно с абсолютной определенностью выделить каждое из лиц, являющихся носителем публичной власти³⁶⁶. В теоретической плоскости он тождественен констатации эмпирического факта, согласно которому некоторые лица – в таком-то количестве, таком-то качестве, в данный конкретный промежуток времени и согласно установленным правилам, - формируют верховную власть в государстве. *Суверен – это конкретное физическое или юридическое лицо, являющееся временным носителем суверенной власти, действиям которого придается свойство «суверенности» - легально нескованного верховенства.*

И. Бентам в этой связи указывал следующее: «когда предполагается, что множество лиц (которых мы можем называть подданными) имеют привычку подчиняться *лицу или группе лиц известного и определенного характера* (которых мы можем называть властвующим или властвующими), такие лица в целом (подданные и властвующие), как говорят, находятся в состоянии политического общества»³⁶⁷. Видно, как представляется, что под «лицами определенного характера» понимаются не физические лица, но лица, определенные родовыми признаками,

³⁶⁶ Austin J. The Province. С. 151, 211. Иными словами, определенность лица, способного создавать общие законы (легальные команды), есть то, что отличает суверена или его представителя от любого иного субъекта нормотворчества, способного создавать лишь моральные законы, либо законы, являющиеся синтезом позитивного права и морали.

³⁶⁷ Цит. по: Austin J. The Province. С. 220; Bentham J. A Fragment on Government. С. 137.

где последние указывают на принадлежность первых к политическому телу. Родовые признаки должностных лиц, таким образом, обуславливают то, что повиновение любому такому лицу, есть акт повиновения государству, ибо *повиновение выказывается не физическим лицам, но политической (государственной) власти через институты такой власти.*

Это представление развивает Дж. Остин. Принадлежность лица к конкретному и верховному политическому телу означает, что в политическом обществе существует некая суверенная его часть³⁶⁸. Факт того, что перед нами именно государственное лицо, в т.ч. лицо, являющееся членом верховного органа государственной власти, может быть установлен двумя способами: 1) *представителей государственной власти отличает комплекс возложенных на них властных полномочий (индивидуализирующий критерий); 2) представителей государственной власти отличают родовые признаки.* Дж. Остин иллюстрирует «конкретность» суверена на примере Британского парламента: он состоит из единственного лица, отвечающего родовым признакам короля, а равно из всех лиц, отвечающих признакам члена палаты Лордов и представителя Общин³⁶⁹. Из этого следует, что *правовед допускает и с необходимостью признает существования определенных правил в обществе, позволяющих легально занимать ту или иную должность и сущностно отличающихся от, говоря словами Г. Харта, простой модели приказов, подкрепленных угрозами*³⁷⁰.

У неопределенного «тела», напротив, невозможно выделить каждого из представителей со всей полнотой и точностью; оно оказывается неспособным осуществлять публичную функцию на постоянной основе – люди попросту не знают, кто ими руководит, как, за что, и в связи с чем ограничивает и наказывает³⁷¹. Отсутствие конкретного суверена делает политику и право нестабильными

³⁶⁸ «Политическое общество делится на две части: а именно, на ту часть его членов, которая является суверенной или верховной, и на ту часть его членов, которая является просто подчиненной» (Austin J. *The Province*. С. 225).

³⁶⁹ Там же, с. 151-153, 156.

³⁷⁰ Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 29. «Обеспечение конкретности (identity) суверена путем избрания определенных родовых признаков для этой цели подразумевает постоянную упорядоченную и в некоторой степени институционализированную ситуацию» (См.: Woody S. M. *The Theory of Sovereignty: Dewey Versus Austin // Ethics*. 1968. Т. 78. №. 4. С. 315).

³⁷¹ Austin J. *The Province*. С. 155, 157, 205, 212-213. «Ничто не является законом, когда законодатель неизвестен... Вот почему кроме объявления закона требуются еще достаточные указания на его автора и его правовую силу»

институциональными системами. Это же касается любой ситуации «двоевластия»: если политическая власть оспаривается двумя и более политическими организациями, каждая из которых представлена «персонифицированными» институтами – конкретными уполномоченными лицами, по отношению к которой часть народа пребывает в состоянии привычного подчинения, то такое общество оказывается раздроблено на несколько независимых политических обществ.

Естественным представляется вывод о том, что «в каждом политическом и независимом обществе суверен – это одно лицо или одна группа лиц», если рассматривать суверена с точки зрения непосредственно представляющих его персон³⁷². Таким образом, «невозможно... представить себе общество без единого руководящего органа; ибо позитивная мораль или главная из ее частей, а именно закон, установленный общим мнением, неизбежно настолько неопределенна, что не может служить в качестве законченного руководящего начала поведения, а также не может быть достаточно точной и детализированной»³⁷³.

3. Верховенство суверена как условие существования независимого политического общества. Отношения центральной и подчиненных политических властей в государстве. Суверенитет есть свойство власти, означающее ее политическое и юридическое верховенство в конкретном политическом обществе, а равно отсутствие у нее подчиненности любой другой человеческой власти. «Если конкретный человеческий руководитель, не находящийся в состоянии привычного повиновения у себе подобного руководителя, имеет в состоянии привычного подчинения большую часть определенного общества, конкретный руководитель

(Гоббс Т. Левиафан. С. 379). Подобный акцент присутствует и в трудах Дж. Локка: «бесполезно говорить о подчинении и повиновении, не сообщив нам, кому мы должны повиноваться. Ибо, как бы совершенно я ни был убежден в том, что в мире должна существовать верховная власть и система правления, я буду все же свободен до тех пор, пока не будет ясно, кто тот человек, который имеет право на мое повиновение, так как если не будет таких отличительных признаков..., то им могу оказаться я сам, так же как и любой другой человек» (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 201-202). И далее: «для того, чтобы подчинить сознание людей обязательству повиноваться, им необходимо не только знать, что в мире есть власть, но и знать того, кто по праву облечен этой властью (Там же, с. 202). Наконец, конкретность суверена предполагает также решение вопроса о преемственности верховной власти (однако, как показывает политическая практика – далеко не всегда): «Ибо, если линия наследования и передачи власти другим по нисходящей не будет таким образом определена, никто не сможет наследовать это право первого правителя... любое правление... может по праву наследования перейти только к тем, кто владеет правом того, кому они наследуют» (Там же, с. 210-211). Очевидно, термин «наследство» у Дж. Локка стоит понимать в смысле преемственности, ибо республиканское правление в его собственной теории перестанет быть возможным.

³⁷² Austin J. The Province. С. 258.

³⁷³ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 764.

является суверенным в этом обществе, а общество (включая руководителя) является обществом политическим и независимым³⁷⁴. Отсутствие подчинения означало бы отсутствие действительного верховенства, из чего следует закономерный вывод, согласно которому «если у суверена нет силы, чтобы обеспечить исполнение своих команд... он не является сувереном»³⁷⁵. Любое лицо, коллектив лиц, государственный орган, организация или народ в целом пребывают в подчинении у суверена. Напротив, сам суверен никому не подчиняется; «поскольку свобода от юридических ограничений есть сущность суверенитета, все суверенные правительства – свободны или независимы»³⁷⁶. В указанном смысле, независимость будет делом факта, т.е. политики³⁷⁷.

Следствие политико-правового верховенства суверена Дж. Остин называет «*централизацией*». Этот феномен одновременно есть вопрос и политической власти, и юридического ее оформления, - это власть права. Централизацию, по мнению правоведа, не стоит путать с чрезмерной регламентацией поведения человека, чрезмерной унитарностью государства или властью, желающей установить тотальный контроль над каждой отдельно взятой персоной. Она касается, главным образом, юридизированности, иерархичности и нормативности (в смысле Г. Кельзена³⁷⁸) социальной жизни, добивается «гомогенности или единообразия институтов» составляющих существо последней³⁷⁹, ее фактической и юридической конституций. Иными словами, централизация касается «формы управления» обществом, дает фактическим отношениям власти и подчинения правовую регламентацию. В централизованных государствах (неважно, являются ли они монархиями или республиками) вся власть едина, но «рассредоточена», т.е. фактически

³⁷⁴ Austin J. The Province. С. 199-200.

³⁷⁵ См.: Lewis G. C., Wilson R. K. Remarks on the Use and Abuse of Some Political Terms. 1877. С. 15.

³⁷⁶ Austin J. A Plea for the Constitution. С. 14. Разумеется, утверждение является весьма условным, ибо в действительности суверен не подчиняется никому, кроме «воли» возвышающейся над ним политической власти и, в демократических обществах, норм закона (помимо «воли» народа). Сюда же следует отнести случаи ситуативного подчинения «законам» общественного мнения, требованиям иных суверенов и собственных позитивных законов, не отменяющих, как правило, верховного «статуса» суверенной власти, ибо подчинение не является систематическим («привычным») и не влияет на конституцию власти.

³⁷⁷ Юридически провозглашенная независимость, либо независимость, опирающаяся на моральное представление и переживание свободы (т.е. ее субъективного восприятия), лишены смысла, если на практике подтверждается обратное – состояние подчинения и зависимости (Austin J. The Province. С. 223).

³⁷⁸ Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. С. 61-63.

³⁷⁹ Austin J. Centralization. С. 232.

осуществляется коллективно; у каждой уполномоченной персоны есть четко прописанные полномочия и обязанности, свойственные всему классу таких же представителей власти государства, как и он сам, и проистекающие от суверена. Если власть делегирует полномочия, то она, тем самым, выстраивает политико-правовую систему вокруг себя. Само делегирование имеет тенденцию к централизации или, вернее, выступает условием любой централизации³⁸⁰.

В любом государстве *есть только две власти: суверенная и подчиненная, «общегосударственная власть (general administration) и местные правительства»*³⁸¹. Две власти строго разделяются, но не противопоставляются. Как правило, через привычное подчинение «наместнику» как верховному должностному лицу подчиненной политической власти обеспечивается привычное подчинение верховной власти³⁸². Положение власти на местах всегда упирается в «волю» общегосударственной власти: «местная власть, являясь подчиненной властью, проистекает, непосредственно или в конечном счете, из суверенной власти...»³⁸³. Но если внутреннее устройство государства всегда есть дело верховной власти, то происхождение и организация региональных властей может не иметь непосредственной связи с сувереном, хотя и санкционироваться этим последним.

Именно через призму политико-правовых статусов административных единиц нужно смотреть на взаимоотношения центра и регионов. Устойчивость и стабильность верховной власти обеспечивает изъятие из предметов ведения иных властей всех вопросов, кроме специально предусмотренных и касающихся ис-

³⁸⁰ Там же, с. 221, 232. Говоря о подчиненных верховной власти государственных лицах, а равно о лицах, составляющих такую верховную власть, «ни одно из них не обладает каким-либо видом власти, кроме той, которая передана им посредством определенного дара и поручения, и все они подотчетны какой-либо другой власти в государстве» (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 351), в том числе – власти самого государства как корпорации.

³⁸¹ Austin J. Centralization. С. 226. Это утверждение равноценно мнению Т. Гоббса, указывавшего, что любые подчиненные власти (провинции) всегда управляются только монархически – суверен может быть только один (Гоббс Т. Левиафан. С. 264). «...Там, где народ управляется собранием, которого народ не избирал, мы имеем монархию – не власть одного человека над другим, а власть одного народа над другим» (Там же, с. 266). Кроме того, стоит обратить внимание также и на утверждение Дж. Локка: «иметь одну абсолютную, неограниченную, более того – не могущую быть ограниченной, власть в подчинении у другой – это столь явное противоречие, что более противоречивого ничего и быть не может». (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 191).

³⁸² Austin J. The Province. С. 206.

³⁸³ Austin J. Centralization. С. 227. «...страны, которые управляются не сувереном, а по поручению, называются провинциями» (Гоббс Т. Левиафан. С. 319). Дж. Остин бы оспорил мнение предшественника, отметив, что «поручение» касается полномочий, т.е. того, кто именно с согласия суверена будет вестать фактической властью на местах. «Поручение» не исключает фигуры суверена, напротив, делает акцент на формальном и фактическом подчинении местного ставленника верховной власти.

ключительно местных или ведомственных проблем. Цепь соподчинения имеет огромное формальное и фактическое значение – она предотвращает узурпацию власти подчиненными властями, препятствует возникновению конфликтов между частями верховной или подчиненной власти, запрещает сопротивляться или препятствовать верховной власти³⁸⁴.

Централизация, таким образом, есть то, что сейчас известно под названием «правового государства»; это и способ организации единой, неделимой и неотчуждаемой государственной власти (ее конституция как основополагающая политическая идея), и внутреннее ее состояние, отражающее степень реального воплощения фундаментальных этико-правовых принципов, положенных в основу системы позитивного права. Централизация имеет непосредственной целью обеспечение бытия правопорядка и прав и свобод человека; в этом смысле она исчерпывается самой собой. Ее конечная цель, напротив, напрямую связана с высшей целью государства – установлением наибольшего возможного счастья, - а потому правовая регламентация никогда не должна являться самоцелью. Явление централизации, с очевидностью, выстроено вокруг верховной политической власти и «фигуры» суверена. Примечательно, что Дж. Остин не истолковывает ее в качестве принципа, преломляющегося через конструкцию государства-правапорядка в смысле, предложенном Г. Кельзенем. Неудивительно, что австрийско-немецкий правовед подвергает своего предшественника критике, сути которой мы коснемся несколько позже.

4. Государство как социально-политическая организация. Народ как условие бытия государства. Не всякое общество, в котором присутствует конкретный руководитель, обеспечивающий реальность власти и подчинения, можно

³⁸⁴ Austin J. Centralization. С. 228, 230, 232. Это же касается и конечной, а не инструментальных целей: «непосредственной целью местной власти является должное управление местными делами» (Там же, с. 253). Это же представление мы обнаруживаем у Т. Гоббса: «второстепенное представительство кроме суверена опасно... там, где уже учреждена верховная власть, может быть учреждено другое представительство того же народа лишь для определенных частных целей, ограниченных сувереном. В противном случае это означало бы, что учреждены два суверена и что... в случае их несогласия между собой по необходимости привело бы к разделению той власти, которая (если люди хотят жить в мире) должна быть неделимой, и тем довело бы людскую толпу до состояния войны, вопреки той цели, во имя которой установлена всякая верховная власть» (Гоббс Т. Левиафан. С. 255-256).

назвать политическим обществом³⁸⁵. Дж. Остин связывает бытие публичной власти с количеством подвластных, общая и минимально необходимая сумма которых, однако, не может быть установлена с абсолютной определенностью. Согласно автору, совокупность подданных «не должна быть меньше числа, которое не может быть установлено с точностью, но которое можно назвать *значительным или не очень маленьким*». Так, семья и род не способны еще организовать государство, но племени для этого уже достаточно. Императивной власти отца и домовладельца еще не хватает для получения им «статуса» монарха или суверена. Однако если такая власть распространяется на прочие и многие семейства, если она является постоянной и адресаты команд выказывают привычное повиновение, а равно признают носителя такой власти в качестве руководителя, то можно говорить о фактическом наличии политической власти³⁸⁶. «Достаточное количество» членов общества также является обязательным условием для признания определенной социальной организации или коллектива, состоящих из так называемых малых социальных групп – в первую очередь семей, - политическим обществом.

Бытие политической власти напрямую упирается в бытие человека: «ибо, хотя мы говорим о правительствах, которые мы хотим восхвалять, “что они являются правительствами законов, а не правительствами людей”, *все человеческие правительства являются правительствами людей: и без людей, которые их создают, и без людей, которые их применяют, человеческие законы были бы про-*

³⁸⁵ *Общество может быть независимым, не являясь политическим.* Во-первых, подобное состояние независимости свойственно «естественному обществу», т.е. людям, находящимся в естественном состоянии и не знающим понятия государственности (Austin J. The Province. С. 211). Во-вторых, сюда можно причислить международное сообщество как сферу, создаваемую независимыми политическими обществами, но которая сама по себе не имеет статуса политического образования – оно не создает позитивного права для государств-членов, в противном случае именно оно было бы единственным суверенным образованием, способным подчинить любую иную власть. В-третьих, это малые социальные группы или коллективы частных лиц, одновременно подчиненные суверену и живущие по своим «законам»; к этому виду относятся условно самостоятельные семьи, рабочие коллективы, группы друзей, общество из хозяина и слуги, и иные элементы гражданского общества, не являющиеся частью политического общества, т.е. которые не состоят из уполномоченных лиц (Там же, с. 207-209, 215-216). По словам Дж. Локка, «ни одно из этих обществ и все они вместе не являлись политическим обществом» (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 306). И далее: «сообщество между родителями и детьми... значительно отличается от политического общества» (Там же, 309).

³⁸⁶ Austin J. The Province. С. 215-216. «Определенное независимое общество, число которого можно назвать незначительным, обычно считается естественным, а не политическим обществом, хотя большинство его членов обычно подчинены или покорны конкретному и общему руководителю» (Там же, с. 218). О невозможности установить минимум необходимого числа людей для образования государства пишет и Г. Харт: «вопрос о том, какое количество людей и какому количеству приказов должно подчиняться и в течение какого времени, для того, чтобы имелось право, позволяет дать на него ответ не в большей степени, нежели вопрос о том, насколько мало волос должен иметь человек, чтобы быть лысым» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 31).

сто ничем или были бы просто пустыми словами, нацарапанными на бумаге или пергаменте»³⁸⁷. Фикции не обладают жизненностью сами по себе. Об их реальности можно говорить лишь в связи с деятельностью человека, поскольку последний есть одновременно и их создатель, и редактор, и палач, и подчиняющееся лицо³⁸⁸.

Поскольку *бытие государства связывается с человеческим фактором*, то правовед заявляет, что территориальный признак не всегда точно охватывает сущность государства, а равно грубейшей ошибкой являлось бы замыкание публичной власти именно на нем, или, вернее, в том числе на нем. Так, варварские набеги на территорию Римской Империи и основанные там поселения оспаривали право верховной власти римлян на определенные земли, но не оспаривали (разве что косвенно или в части ее действия в пространстве) саму римскую верховную власть. Верховная власть, а равно провинции Римской Империи, так и остались (по крайней мере *de jure*) в распоряжении представителей Рима до самого падения этого государства³⁸⁹.

Из этого следует, что для бытия государства нет необходимости в таком традиционно выделяемом признаке как территория³⁹⁰. Действительно необходимые критерии связаны с народом и только с ним; с опорой на точку зрения правоведа, мы бы выделили оставшиеся тесно переплетенные друг с другом признаки, которые оказывается возможно дедуцировать из основного: 1) существование социальной конвенции как формы общественного сознания и нормативного факта; 2) внутреннее активное или пассивное согласие большинства народа подчиняться суверену (психологическое переживание необходимости и принятия публичной

³⁸⁷ Austin J. The Province. С. 363-364 (курсив наш – А.И.).

³⁸⁸ *Люди, согласно Т. Гоббсу, являются «материалом, из которого составлены государства», а также «творцами и распорядителями последних»* (Гоббс Т. Левиафан. С. 449; курсив наш – А.И.). Можно бесконечно говорить о ценности каждой личности и о человеке как цели, однако практика человеческих обществ всегда была, есть и, с технической точки зрения, всегда будет такова, что человек и общество всегда будет находиться во взаимном инструментальном отношении. Каждый для другого есть средство к существованию. Это не цинизм, а непреложный социальный факт.

³⁸⁹ Austin J. The Province. С. 386-387.

³⁹⁰ Видно, однако, что физическое отсутствие самостоятельной государственной территории не имеет необходимой связи с существованием политической власти и ее юрисдикции в некоем пространстве, а равно не отрицает распространенность действия ее команд, законов, норм и иных форм права на тот или иной круг лиц. Видно, что, несмотря на критику Г. Кельзена (Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. С. 65-66), «социологическая» концепция Дж. Остина предполагает весьма органичное сочетание с «чистой» теорией права и идеей государства-правопорядка.

власти) – психологический или волевой аспект³⁹¹; 3) наличие идеи государственности, объединяющей людей по принципу принадлежности к политическому обществу – интеллектуальный аспект.

5. Суверен как фикция и верховный «распорядитель» суверенной властью. Было бы полезно взглянуть на теорию суверенитета Дж. Остина через призму критики. Так, Г. Кельзен указывает, что в теории основоположника позитивизма «идея суверена является социологической или политической, но не юридической... Главная трудность заключается в том, что *юриспруденция Остина совершенно не касается проблемы самого государства, в то время как имеет дело с идеей суверена, являющимся не государством, а всего лишь органом государства*»³⁹².

Таким образом, теория основоположника не способна отказаться от вне-юридических взглядов на сферу юриспруденции; в частности, *в ее рамках создается политико-правовая фикция «должности» суверена, речь о которой пойдет как в настоящем пункте, так и в параграфе 3.2.*

С одной стороны, действительно, мы готовы согласиться, с тем, что суверен, государство или государство-суверен в концепции Дж. Остина не получают «чистого» юридического анализа³⁹³. Они, например, будучи воплощениями политических идей, не могут быть (в конечном итоге, но не непосредственно) связаны позитивным правом. Если английский правовед уделяет некоторое внимание проблемам полномочий, централизации, государства как источника легальных норм, а также любых прав, обязанностей, статусов и самой правосубъектности, то это еще не значит, что его взгляд есть юридический взгляд, прикладывающий догматический метод к соответствующим предметам. Как представляется, уже видно,

³⁹¹ Приводимый комментарий применим к теории суверенитета не хуже, чем к командной теории. «Анализ Остина имеет весьма очевидный психологический элемент. *Закон существует, если присутствует набор убеждений... команда является законом, если человек, которому он адресован, верит, что командующий облечен властью как суверен, т.е. если он верит, что у других есть привычка повиноваться* и т.д... Это психологическое отношение лежит в основе суверенитета: силы “воздействовать на других злом или страданием”» (См.: Eleftheriadis P. Austin and the Electors // *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. 2013. С. 159; курсив наш – А.И.).

³⁹² Kelsen H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. С. 64; курсив наш – А.И.

³⁹³ Так, весьма трудно (на первый взгляд) дать ответ на вопрос о том, насколько концепция Дж. Остина отличается, если отличается, от теории суверенитета, зародившейся в рамках науки естественного права, где «вопрос о суверенной государственной власти постоянно переплетается с вопросом о носителе этой власти», ибо сливаются воедино люди, управляющие государством, с самим государством и политической властью, возвышающимися над обществом и не тождественными ему (Еллинек Г. *Общее учение о государстве*. С. 651-653).

что «суверен» Дж. Остина является некой абстрактной идеей, политико-правовым «телом», составленным из государственных лиц, и сколько-нибудь конкретным носителем суверенной власти и свойств суверенности; он, однако, никогда не сливается с государством-правопорядком, всегда возвышается над ним и выступает связующим звеном между политической властью и государством, где единство структуры последнего обеспечивается присутствием «фигуры» такого суверена – непосредственного выразителя политической «воли».

Тем не менее, мы не можем полностью согласиться с критическим комментарием немецко-австрийского правоведа, поскольку Дж. Остин, хоть и тяготеющий к «социологическому» взгляду на государство и право, в значительной степени воспроизводит «позитивистские» идеи, посвященные, например, бытию государства-корпорации. Общая юриспруденция основоположника позитивизма во все не забывает сделать акцент³⁹⁴ на том, что общество в состоянии государственности есть упорядоченный нормами единый правовой порядок; о том, что государство есть не только политическое тело, состоящее из индивидов, но и правовое, нормативно и институционально организованное, тело; о том, что неограниченный характер власти, относящийся к сфере политики, весьма органично сосуществует с подчиненными ей и упорядоченными правом (в «правовых» обществах) государством и сувереном; о том, что существуют так называемые «законы» частных лиц³⁹⁵ или акты судебного нормотворчества, являющиеся продолже-

³⁹⁴ Правда, косвенный, в связи с чем ему не удастся, без хотя бы минимального творческого (логического) развития, показать, что в юридическом смысле государство и право есть не условно противопоставленные сущности, но суть одно целое – принудительный правовой порядок, формализованный посредством правовых категорий (Kelsen H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. С. 65). В указанном смысле, если не предпринимать за Дж. Остиной несделанные им шаги, юридическое учение о государстве неизбежно останется «социологическим» и политическим.

³⁹⁵ Существуют т.н. «команды частных лиц», законно пользующихся субъективными правами (гражданскими, политическими свободами), следовательно, чьи права и интересы санкционированы государством (Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 524). Под ними следует понимать «законы, которые, рассматриваемые с одной стороны, являются позитивным правом, а, рассматриваемые с другой стороны, - позитивной моралью» (Austin J. *The Province*. С. 144). Они в значительной мере предполагают диспозитивность – наделенное правом лицо может самостоятельно избрать те правовые отношения, в которых оно хотело бы выступить стороной, в силу дозволения суверена, содержащегося в «диспозитивных» законах (Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 478); «диспозитивность» означает, что закон позволяет делать конечный выбор субъектам права, ибо их активное или пассивное поведение не является предписанным (Кельзен Г. *Чистое учение о праве*. С. 557-584). Государство никогда не исключается из общественных отношений, поскольку любая реализация права происходит в связи с установленными им легальными рамками (Гоббс Т. *Левиафан*. С. 350). В силу того, что любое право есть дарование государства и поскольку государство в юридической плоскости само оказывается выражено целиком при посредстве правовых категорий, постольку любые действия частных лиц будут логическим продолжением легальных норм суверена. *«Хотя они созданы непосредственно подчиненными*

нием правопорядка, и так далее.

Если все указанное нами является верным, то нетрудно заметить, что фикция суверена Дж. Остина может иметь значение дополняющего и более широкого уточнения к теории Г. Кельзена, затрагивающего, в частности, проблему обязательности норм, которая никак не может быть связана с бытием самих норм, или действительные возможности политической (государственной) власти. В равной степени, теория Г. Кельзена, будучи сугубо позитивистской, способна вполне органично «встроиться» в общее здание «метафизики» права английского правоведа, ибо, оставляя вопросы эмпирических фактов за скобками, в большей мере способна развить положения, лишь намеченные Дж. Остином. Действительно, поскольку фикция суверена пребывает в наименее выгодном положении, ее, конечно, следовало бы дополнить более последовательно проведенными комментариями о сущности государства-корпорации, тем самым исключив первостепенное значение политики, либо переместив соответствующие суждения в сноску, особенно заострив внимание на их «внеюридической» природе. Английский правовед прибегает к указанной фикции, чтобы обеспечить теоретическое бытие неразрывной связи юридического и фактического (политического), ибо суверен – «пограничное» воплощение сразу двух «миров». Он особенно тяготеет к сфере политики, поскольку всегда (потенциально) имеет доступ к «надправовым» политическим средствам³⁹⁶. К этой мысли мы еще раз обратимся в конце настоящего пара-

творцами, они созданы во исполнение законных прав, дарованных или предоставленных суверенами в качестве политических руководителей: они легально обязывают стороны, для которых они предназначены, или они сопровождаются правовыми санкциями. Они («законы» частных лиц – А.И.) есть команды суверенов как политических руководителей, хотя они и не устанавливаются суверенами непосредственно...» (Austin J. The Province. С. 142; курсив наш – А.И.). Правовед подводит итог: «конкретное соглашение (convention) определяется положением закона, которое может быть изменено специальным соглашением между сторонами»; таким образом, стороны либо «заключают договор (contract), молчаливо принимая положения диспозитивного закона», либо «заключают индивидуально-определенный (more special) договор, внося поправки (modifying) в эти положения» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 478-479). Поправки, вернее, не отрицающие общий закон дополнения, имеют, в том числе, форму взаимных договорных обязанностей – это способ обеспечения обязательства, предусматривающий, помимо содержащихся в нормах государства, конкретные взаимообусловленные обязанности для договаривающихся сторон, известные под именем синаллагмы (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 524).

³⁹⁶ Мы полагаем, что «эмпирический» позитивизм Дж. Остина, чья сущность, несомненно, навеяна английской эмпирической, в т.ч. утилитаристской, традицией, чрезмерно персонифицирован. При попытке соединить юридическую и фактическую реальности в рамках «метафизики» права, правовед неизбежно прибегает к фикции. Она, однако, не касается отождествления государства с правопорядком, но известного противопоставления. В его концепции государство и право суть условно автономные явления, а «суверен» есть вымышленное «лицо», призванное обеспечивать связь между внеюридической и подлинно независимой верховной политической властью (как некой абстрактной сущностью и идеей) и упорядоченными законами правопорядком. Таким образом, суверен, как будет

графа и посвятим ее раскрытию последующие параграфы настоящей главы.

А) Суверен в Великобритании. По мнению Дж. Остина, фактическим носителем верховной политической власти в Великобритании является английский Парламент. «Согласно наиболее комплексному подходу к термину, Парламент включает в себя Короля (или царствующую Королеву), так же как и палаты Лордов и Общин; и, состоя из трех ветвей власти, он является суверенным в Соединенном Королевстве и на всей территории Британской империи. Как суверен, он обладает всей полнотой политической власти: действительной и возможной; и все политические полномочия, возложенные на иные органы власти, являются следствиями этой суверенной власти и находятся в подчиненном к ней положении»³⁹⁷.

В указанном смысле, Парламент выступает не просто органом какой-то из ветвей власти или органом государства, он оказывается тождественным политической власти³⁹⁸. В определенном смысле он и есть и государство, и стоящая за ним суверенная власть. Получается, что *любая власть в Британской монархии есть власть, производная от Парламента, который сам есть носитель верховной политической власти*. Поскольку суверенитет оказывается свойством власти Парламента, постольку взгляд Дж. Остина дополняет суждения прошлых поколений английских правоведов, занимавшихся проблемой прерогатив королевской власти в Англии как власти, переплетенной с «полномочиями» Парламента («король-в-парламенте», Корона). Взяв за основу мнение У. Блэкстоуна, Дж. Остин подвергает предшественника критике: у знаменитого правоведа Король, Лорды и Общины, входящие в состав суверенного триединого Парламента, есть законода-

видно далее, одной ногой пребывает в сфере действительной независимости, ибо выступает носителем верховной власти и, с другой, неизбежно подчиняется статутам власти и самой власти, которую он призван представлять и «персонифицировать» через фикцию «лица» или «должности». Указанные выводы Дж. Остина есть, вероятно, неизбежное следствие метода его мышления, ибо *любой концепции, старающейся объяснить бытие искусственных феноменов в категориях эмпирических фактов, никак не получится сохранить подлинно опытную сущность в сфере абстрактной мысли*.

³⁹⁷ Austin J. A Plea for the Constitution. С. 3.

³⁹⁸ См.: Томсинов В.А. Юридические аспекты английской революции 1640–1660 годов. Период конституционной борьбы: ноябрь 1640 – август 1642 года: Учебное пособие. М.: Зерцало-М, 2010. С. 43-52; Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 244. Под «тремя ветвями» Дж. Остин понимает Короля и обе палаты Парламента, но не включает сюда судебные органы: «согласно рассматриваемому разделению, Король, Лорды и Общины, составляющие суверенный Парламент, являются законодательной властью: *Король, в его должностном (ministerial) качестве*, с совокупностью должностных лиц, получающих от него свои должностные обязанности, являются административной или исполнительной властью» (Austin J. Centralization. С. 225; курсив наш – А.И.). Можно сказать, что его концепция близка предложенной Дж. Локком, но с менее явным, причину чего мы раскроем несколько позже, разделением властей.

тельная власть; в другом месте У. Блэкстоун дополняет свою позицию и отмечает, что «исполнительная или административная власть – принадлежит исключительно Королю как главе Исполнительной Власти»³⁹⁹.

Дж. Остин указывает, что приведенный взгляд является глубоко ошибочным в связи с тем, что политико-правовая власть едина и неделима; об отдельных органах и их функциях мы можем говорить лишь в связи с делегированными им комплексами полномочий от верховной власти⁴⁰⁰. Далее, три «ветви» власти функционируют одновременно и на постоянной основе не в их собственном «лице» или качестве, а лишь как части единого «централизованного» целого – этим обеспечивается их гармоничное сосуществование и эффективное взаимодействие; условная независимость ветвей есть «факт, а не конституционная фикция», сдерживающая любую из ветвей от установления тирании. Дж. Остин утверждает, что подобная гармония в политике и государственном управлении вытекает из исторической парламентской практики, а не нормативных формальностей⁴⁰¹. Единый и конкретный суверенный орган отвечает требованиям полезности: его деятельность лишена неясности и неподконтрольности, это строгая система взаимоподчиненных и связанных элементов, которой свойственен корпоративный характер принятия решений.

Фактически, Парламент являет собой то, что сам Дж. Остин называет «суверенным собранием» или «коллективным сувереном» (Sovereign Number). В политическом смысле Парламент есть суверен, сияющий алмаз, через который преломляется и получает конкретное выражение «свет» идеи верховной политической власти; он обеспечивает единство (централизацию) политической власти и системное единство сформированного вокруг, в связи и ради идеи суверенной власти, государства. В юридическом смысле, Парламент также есть суверен, но он никогда не сливается с суверенной властью, поскольку верховный представитель-

³⁹⁹ Austin J. A Plea for the Constitution. С. 3; Austin J. The Province. С. 244-245.

⁴⁰⁰ Здесь Дж. Остин частично опирается на мнение Т. Гоббса, указывавшего, что «делить власть государства – значит разрушать ее, так как разделенные власти взаимно уничтожают друг друга. И этими учениями люди обязаны главным образом некоторым из профессиональных юристов, стремящимся делать людей зависимыми от их собственных учений, а не от законодательной власти» (Гоббс Т. Левиафан. С. 456-357).

⁴⁰¹ Austin J. A Plea for the Constitution. С. 7. Это, конечно, не означает, что сама практика не была закреплена в легальных актах.

ный орган государства не есть стоящая за ним политическая власть – он подчиняется той власти, которой сам же управляет⁴⁰². Во втором случае коллективные легальные полномочия Парламента (и индивидуальные – его членов) имеют своим источником нечто большее, чем он сам. Юридически, Парламент не исключает и не поглощает верховную власть: он, как коллективный орган, есть верховный ее представитель в правовом поле. Независимое политическое общество назначает, при посредстве правовых форм и процедур, легальных представителей для управления законодательно (конституционно) определенными элементами его собственной юридизированной структуры. Именно в этом смысле следует понимать утверждение автора «нынешний парламент обладает суверенитетом»⁴⁰³. Политическая власть создает «фантом» - «юридическое» государство как идеальное явление, которое представляет суверенный орган. И поскольку он концентрирует суверенные полномочия, то любые нарушения позитивного права есть «преступления против» него как «суверенного тела»⁴⁰⁴. Видно, на что и указывает Г. Кель-

⁴⁰² «...В общем смысле я полагаю, что нынешний парламент... обладает суверенитетом... король и лорды вместе с членами палаты общин образуют триединый орган, который является главенствующим или суверенным. Но, говоря точнее, члены палаты общин являются всего лишь доверенными лицами органа, которым они избираются и назначаются: и, следовательно, суверенитет всегда принадлежит королю и пэрам, а также выборному органу палаты общин» (Austin J. *The Province*. С. 241). Авторская формулировка «суверенитет принадлежит» означает лишь определение конкретных лиц, легально распоряжающихся суверенными полномочиями от имени государства. «Суверенитет всегда принадлежит» этим лицам в силу того, что сами эти лица воспринимаются в качестве персонафицированных «должностей» (office) и они не «прекращаются» в связи с занятием «кресла» иным человеком по той или иной причине.

⁴⁰³ Там же, с. 238-239, 241. Легальные полномочия современного Парламента, обладающего верховенством, появились в силу политических причин: оказались обеспечены не им самим, а государственной властью и государством в целом – политическое господство «Короны» теперь перешло к парламентской власти, к «Королью-в-Парламенте» (См.: Dicey A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan. 1924. С. 179). Фактически, политическая власть и власть Парламента могут совпадать, но юридически верховным лицом в обществе неизбежно будет только «уполномоченный» на то суверен. В указанном смысле, Парламент выступает таким представителем, который, будучи институтом власти, с легальной точки зрения не может быть подвергнут санкции, хотя могут быть наказаны отдельные его члены, если существуют соответствующие позитивные нормы. С позиции права, конечное верховенство Парламента отсутствует в силу того, что его деятельность, а равно деятельность всех его членов упирается в правовые обязанности и строго регламентирована; дополнительно, Парламенту свойственно привычное подчинение своей же власти, т.е. им же созданным нормам. Отмечается поэтому, что «те, кто, по-видимому, обладает властью как представители суверенного органа, сами находятся подвержены ограничениям, определяемым собственными процедурами органа. Даже если орган представлен лицом, которое обычно является его главой и руководителем, он не сможет принять соответствующий закон, если не будет соблюдать соответствующие процедуры» (Eleftheriadis P. *Austin and the Electors // The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. С. 161). Чтобы стать законом, статут Парламента должен быть создан с учетом строгих требований всех необходимых легальных процедур (соответствия принципу rule of law), иначе он будет ничтожным с позиции юридической силы (Dicey A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. С. 179). На это обращает внимание и Г. Харт, отрицая, тем не менее, способность «простой» командной теории Дж. Остина объяснить тонкости упомянутых нами ранее процедурных правил, в т.ч. «ничтожность» закона в качестве санкции, если члены парламента или одна его ветвь вознамерятся создать статут в нарушение должных процедур (Харт Г.Л.А. *Понятие права*. С. 50, 52-53, 65, 74-75 и др.). Как мы покажем в п.п. 3.2. и 3.3., эта точка зрения лишена достаточных оснований.

⁴⁰⁴ Austin J. *The Province*. С. 287.

зен, что суверенный орган государства в теории Дж. Остина затмевает само государство и правопорядок в целом.

Б) Принцип разделения властей в Великобритании. Устоявшееся «логически чистое» деление политической власти на ветви Дж. Остин признает весьма условным. На примере английской политической системы он отмечает, что законодательствуют обе палаты Парламента, король и суды. Исполнительная власть тесно сопряжена с нормотворческими функциями, ибо законом предположены особые полномочия, связанные с созданием подзаконных актов для реализации требований законов. Кроме того, на момент его жизни функции суда в определенном смысле возлагала на себя каждая из ветвей⁴⁰⁵; ветви были не жестко выделены и противопоставлены, а взаимозависимы – они определяли возможные конституционные пределы деятельности друг друга своей деятельностью и фактом собственного существования; дополнительно, у ветвей единая цель – воспроизводство социального порядка и реализация общего блага⁴⁰⁶.

Появляется проблема проведения четких границ между ветвями власти. И, поскольку Дж. Остин не усматривал возможности провести строгое разграничение власти на привычные нам ветви, он, руководствуясь мнением Дж. Локка, подводит итог: «из всех более крупных разделений политических властей *разделение этих властей на высшие и подчиненные, пожалуй, является единственным точным*»⁴⁰⁷. Высшая власть есть политическая власть, находящаяся в распоряжении суверена; подчиненная власть, напротив, есть та, реализация которой упирается в совокупность полномочий, делегированных подвластным лицам и органам. К подчиненной власти относится также и государство, пребывающее в состоянии

⁴⁰⁵ Там же, с. 245-246. «Почти в каждом обществе судебная власть, обычно почитаемая исполнительной или административной, осуществляется непосредственно верховным законодательным органом» (Там же, с. 246). В качестве примера автор приводит ранние формы английского парламента, где коллективный орган из баронов и короля выступал высшей инстанцией для обжалования решений и приговоров судей; высший законодательный орган совпадал также и во времена римской республики. Государственная организация знает бесконечное множество форм, однако комментарий Дж. Остина преимущественно касается несовременных государств. Напротив, до момента последних парламентских реформ (прекращение должностей «судебных» лордов) являлось актуальным следующее утверждение автора: «в гражданских делах палата лордов является высшей инстанцией для обжалования» (Там же, 247). Применительно к этому случаю можно вспомнить также и так называемые Акты об измене.

⁴⁰⁶ Austin J. A Plea for the Constitution. С. 5-6. Примечательно, что говоря об анархии, Дж. Остин отмечает большую склонность к социальным катастрофам тех обществ, в которых высшее должностное лицо избирается: «Президент занимает должность благодаря народным выборам, которые периодически потрясают страну и угрожают крахом ее институтам» (Там же, с. 5). Короне же и палатам, по его мнению, подобный антагонизм не свойственен.

⁴⁰⁷ Austin J. The Province. С. 248; курсив наш – А.И.

зависимости от единственной человеческой силы – у «спящей» (dormant) политической силы, стоящей за государством.

Дж. Остин указывает, что осуществление суверенной власти подвластными и уполномоченными лицами – стандартная практика в пределах современного правопорядка, необходимая для эффективного функционирования этого последнего⁴⁰⁸. Но было бы ошибкой замыкать верховную власть на правовых статусах физических и юридических лиц. Суверенность, с одной стороны, есть политическое качество, предполагающее определенный фактический «статус» и состояние господства. С другой стороны – она есть правовая фикция, элемент верховного юридического «статуса» (предусматривающего «полномочия» и прерогативы), самостоятельная реальность. В противном случае, смена формы правления, роспуск Парламента или кончина высших должностных лиц означали бы если не прекращение государственной власти, то хотя бы временное ее приостановление. Однако состояние государственности есть непрерывный процесс, не подчиняющийся законам причинности, свойственным биологической природе человека; государственная власть есть сфера логики и отвлеченных объективных норм – им неизвестна конечность, если не прилагать усилий к прекращению воспроизводства правопорядка.

6. Суверен – легальный «диктатор» и политический «деспот». В этой емкой формулировке, представленной в заголовке настоящего подпункта, наиболее точно описывается положение условно неограниченного суверена в теории Дж. Остина, на чем акцентирует внимание Г. Кельзен.

В первую очередь отметим, что возможность политической власти воздействовать на подвластных лиц нельзя путать с «правом» этой власти. Право в строгом смысле есть не только «свобода для», но и «свобода от», устанавливаемая некой внешней властью, поскольку человек способен возложить на себя право не в большей степени, чем он способен возложить на себя закон или обязанность. Са-

⁴⁰⁸ «Это осуществление суверенных полномочий через политически подвластных лиц или представителей становится абсолютно необходимым в каждом существующем обществе по бесчисленным причинам» (Там же, с. 237). Об этом же см.: Austin J. Centralization. С. 225, 244; Austin J. A Plea for the Constitution. С. 9; Austin J. Disposition of property by will – Primogeniture. С. 550.

моограничение лишено обеспечения, из чего следует, что необходима сила, юридически и фактически гарантирующая бытие правовой свободы⁴⁰⁹. Обладание правом, понимаемым в строгом юридическом смысле, предполагает подверженность лица санкции и обязанности, следовательно, очевидное его зависимое положение и подчиненный статус. Говорить о том, что суверен имеет «право» было бы, согласно Дж. Остину, «невозможным и абсурдным» утверждением, ибо означало бы, что действительный суверен оказался бы либо уполномочен сувереном иного политического общества (следовательно, не являлся бы сувереном как таковым)⁴¹⁰, либо уполномочил и ограничил самого себя. Во-вторых, говорить о сковывании суверенной власти позитивными законами есть «явное противоречие в терминах» – это невозможно в силу «природы суверенитета и независимого политического общества»⁴¹¹. Самая идея несвязанности политической власти правом – «универсальна и не подлежит сомнению»⁴¹².

Поскольку суверен есть «персонификация» верховной политической власти, то он, пребывая «одной ногой» в сфере политики, не связан никакими человеческими нормами. Поэтому международное и даже конституционное право не обладают обязательностью для суверенной власти, ибо «каждое из них в большей степени есть позитивная мораль, нежели позитивное право»⁴¹³.

Г. Кельзен критикует такой подход, поскольку суверен Дж. Остина отождествляется, в духе классической теории суверенитета, с политическими телами,

⁴⁰⁹ Проблема мыслится в том, что «...лицо, наделенное правом, скорее слабо, чем сильно», поскольку обладает свободой лишь в том смысле, в каком она полагается в рамках нормативных ограничений (Austin J. *The Province*. С. 305). «...суверенная власть одного лица или суверенная власть собрания в его коллективном и суверенном качестве не наделено статусом... оно не наделено статусом, вытекающим из позитивного права его собственного политического общества» (Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 745). И далее: «сторона, обладающая правом, обязательно обладает этим правом благодаря могуществу или власти другого» (Austin J. *The Province*. С. 305).

⁴¹⁰ «...Как подданный иностранной верховной власти (либо в целом, либо в определенном ограниченном смысле), он может быть связан законами... этой иностранной верховной власти» (Там же, с. 388).

⁴¹¹ Там же, с. 268. *Верховная власть стоит выше законов, она авторитарна, абсолютна и безгранична*, поскольку «...в каждом государстве суверен является абсолютным представителем всех подданных» (Гоббс Т. Левиафан. С. 310-311). Об этом же см.: Roger C. *The Politics of Jurisprudence*. 2nd ed., London: LexisNexis, 2003. С. 49-77.

⁴¹² Austin J. *The Province*. С. 268-269, 281, 291, 388 и др. «...суверенная власть одного лица или суверенная власть множества, взятая в своем коллективном и суверенном качестве, не может быть юридически ограничена (Там же, с. 388). Похожую позицию можно обнаружить у Т. Гоббса: «свобода подданного совмещается с неограниченной властью суверена» (Гоббс Т. Левиафан. С. 294-295).

⁴¹³ Austin J. *The Province*. С. 281. Отнесение международных «законов» к позитивной морали Дж. Остин аргументирует тем, что международное право не способно подвергнуть независимое политическое общество юридической санкции: «обязанности, которые оно налагает, подкрепляются моральными санкциями: страхом со стороны наций или страхом со стороны суверенов спровоцировать всеобщую враждебность и навлечь на себя ее возможные последствия, если они нарушат общепринятые и уважаемые принципы» (Там же, с. 208).

которых не может ограничить право в силу самого существа суверенитета. Действительно, Дж. Остин при попытке определить область юриспруденции противопоставляет политическую и юридическую сферы и, признавая генетическое первенство политики, допускает частичное слияние обеих областей – подчиненный политической власти суверен также, при известных обстоятельствах, становится неограниченным, ибо в его руках оказывается сама эта политическая власть. Критика Г. Кельзена сводится к тому, что Дж. Остин при посредстве «чрезмерных фикций», без которых области юриспруденции можно было бы обойтись, пытается встроить абсолютный характер суверенитета, выведенный наукой естественного права, в современную политико-правовую реальность⁴¹⁴.

Видно, что Дж. Остин воспринимает руководящие элементы человеческого общества не столько в качестве упорядоченных правом социальных институтов, но в качестве политических институтов, охватить которые право не в силах в том же смысле, в каком стен крепости на скале никогда не достигнут волны бушующего внизу моря. Институты власти нельзя ограничить, поэтому правовед отмечает следующее: «когда я подтверждаю, что суверена невозможно ограничить правом, я всегда понимаю под “сувереном” монарха, должным образом так называемого, или суверенное собрание в своем коллегияльном и суверенном качестве»⁴¹⁵.

Логика основоположника позитивизма, во-первых, сводится к тому, что он противопоставляет обладающих полномочиями лиц наделившему их статусами государству (и возглавляющему его суверену), понимаемому не в качестве правовой фикции, но в качестве фактической силы и институционализированной политической «воли». Во-вторых, институты власти подобны библейскому ковчегу –

⁴¹⁴ Kelsen H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. С. 64-65. Но можно заметить, что подобная претензия является верной лишь при двух условиях. Во-первых, тогда, когда мы, в духе Г. Кельзена, признаем безусловное тождество фактического и юридического – когда полностью сливаем свойства политического тела и юридически упорядоченной корпорации, и ее государственных лиц, – и когда полагаем возможным ограничение самого государства через обращение санкции на уполномоченных им персон-нарушителей позитивного права; «социологический» позитивизм Дж. Остина не способен этого допустить, в чем он, конечно, как позитивистская концепция, может быть признан ошибочным. Во-вторых, критика была бы верной только тогда, когда заведомо ограниченный правом суверен вознамерился бы повести себя как политически верховное «лицо» и преодолеть, в силу собственного «статуса», неудобства правопорядка. Такое поведение суверена, есть, безусловно, аномальное поведение; оно осуждается, но и допускается как возможное Дж. Остином. Если бы оно имело силу общего правила, то, вероятно, правопорядок в принципе был бы невозможен. С «широкой» точки зрения взгляд Дж. Остина, напротив, может быть признан верным. Мы вновь обратимся к последнему аспекту в последующих параграфах настоящей главы.

⁴¹⁵ Austin J. *The Province*. С. 277.

они находятся в тесной связи с «океаном» права вокруг них, но никогда не погружаются в него, даже если право поглотило уже все вокруг. Согласимся с тем, что граница между юридическим и фактическим, а также между различными воплощениями фактического в теории Дж. Остина порой является весьма размытой⁴¹⁶. Это хорошо видно на примере ситуации, когда суверен, представленный уполномоченными лицами, преступает закон, однако факт обладания им верховной политической властью дает ему возможность санкционировать собственные действия и признать акты составляющих его лиц «легальными». Выделение указанного факта является, безусловно, достоинством «социологической» концепции Дж. Остина⁴¹⁷.

3.1.1. Формы политической власти. Суверен в республике

Для Нового времени характерно образование целого ряда государств современного («неклассического» или «смешанного») типа с республиканской формой правления, где системообразующим элементом в политике едва ли можно назвать монарха или королевскую династию. Общая юриспруденция не имеет права игнорировать обозначенный факт, должна дать ему правовую интерпретацию. В этой связи Дж. Остин предлагает значительные поправки в теорию суверенитета. В частности, он указывает на проблему существования «полусуверенных» государств-федераций и конфедераций как государственных объединений, состоящих из суверенных государств, не образующих иное и «федеративное» политическое тело. Эта проблема, к сожалению, не является предметом нашего рассмотрения, а

⁴¹⁶ Так, возможное слияние юридического и фактического имманентно таит в себе угрозу того, что Парламент может не только злоупотребить властью, но и уничтожить себя как верховный орган или отменить всякое легальное выражение такой власти, либо ключевые принципы правопорядка, в частности, сделать ничтожной идею верховенства права (*rule of law*). Подробнее по этой теме см.: Dicey A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. С. 23, 65-66 и др.; Dewey J. *Austin's Theory of Sovereignty*. С. 39-40; Харт Г.Л.А. *Понятие права*. С. 81-82; Jameson J. A. *National sovereignty // Political science quarterly*. 1890. Т. 5. №. 2. С. 193; Eleftheriadis P. *Austin and the Electors // The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. С. 158. Дж. Финнис, например, считает указанную границу не просто размытой, но, в смысле Г. Кельзена, «необычной и искусственной» (Финнис Дж. *Естественное право и естественные права*. С. 21).

⁴¹⁷ Однако он так же может быть признан потенциально «вредным» и даже опасным. Так, если воспринять этот факт неверно, в т.ч., если сами государственные лица, которых должны наставлять сделанные Общей Юриспруденцией выводы, в качестве единственно полезной информации воспримут только указание на условную ненаказуемость их действий, то это способно не только исказить теорию Дж. Остина, но и установить серьезное противоречие между политической властью и ее конечной целью – общим благом.

потому соответствующие краткие соображения мы помещаем в сноску⁴¹⁸.

Согласно Дж. Остину, *власть в любом государстве бывает только двух видов: верховной и подчиненной*⁴¹⁹. В зависимости от того, кто именно распоряжается или наделен политико-правовой властью или некоторой ее частью, зависит форма верховной власти. В этом смысле английский правовед пересекается с мнением Т. Гоббса, который отмечал, что «различие государств заключается в различии суверена»⁴²⁰. Так, монархия есть «правление одного», где суверенная часть общества состоит из одной персоны⁴²¹; аристократия, «взятая в исконном смысле», является «правлением нескольких», где суверенная часть общества представлена группой уполномоченных персон или фиктивных существ⁴²². Государство-«аристократию» следует рассматривать с двух сторон: «аристократы», рассматриваемые коллективно, являются суверенным собранием и формируют суверенный орган; рассматриваемые в качестве индивидуальных персон, каждый из них является подчиненным той власти и тому коллективному органу, который каждый из них формирует⁴²³.

⁴¹⁸ Сложность «составного» (composite) федеративного государства в том, что «полузависимость» политических властей как частей в отношении друг друга и федеративного государства как единого целого есть своего рода конвенция, выражающаяся в признании иной и верховной власти, помимо своей собственной. Федеративная власть «подчиняет» политические общества в ее составе, а равно сама «подчиняется» коллективной воле своих «государств-членов». Союзные государства, если они являются республиками, в качестве конечного источника политической власти имеют волю электората, избирающего членов ординарных легислатур; из этого следует, что верховная власть федерации, представленная «*коллегиальным*» сувереном, будет соотноситься с верховной властью народа каждого из субъектов федеративного государства (Austin J. *The Province*. С. 236, 252, 256-264 и др.; Austin J. *Centralization*. С. 223-224, 228-229). Выводы, касающиеся истинного носителя верховной политической власти (народа, государства, федерации) являются, по меньшей мере, запутанными (Финнис Дж. *Естественное право и естественные права*. С. 21). Под конфедерацией правовед понимает «связь (knot) государств, независимых друг от друга, хотя и связанных между собой союзом, рассчитанным на постоянство. Собрание или другой орган, который определяет их общие дела, не является ни сувереном, ни представителем суверенной власти. Это всего лишь съезд послов нескольких государств, согласовывающий резолюции, касающиеся интересов конфедерации» (Austin J. *Centralization*. С. 229).

⁴¹⁹ Austin J. *The Province*. С. 248-249. До него еще Т. Гоббс отмечал, что «все... виды (государственной – А.И.) власти суть власть верховная и принудительная» (Гоббс Т. *Левиафан*. С. 682).

⁴²⁰ Там же, с. 254. «Действительно, монархия, аристократия и демократия обозначают для нас три вида суверенов...» (Там же, с. 757). В похожем ключе рассуждает Дж. Локк, указывая, что «форма правления зависит от того, у кого находится верховная власть...» (Локк Дж. *Сочинения*. Т. 3. С. 338). Этот же подход можно обнаружить, например, в трудах Б.А. Кистяковского: «юридическое различие между монархией и республикой нужно искать не в компетенции правительственной власти, а в ее организации, именно в юридическом положении носителя этой власти» (См.: Кистяковский Б.А. *Лекции по общему государственному праву*. М., 1912. С. 298).

⁴²¹ «Если суверенитет принадлежит одной персоне, суверенная власть суть монархия в собственном смысле слова» (Austin J. *Centralization*. С. 222).

⁴²² Austin J. *The Province*. С. 226.

⁴²³ Там же, с. 226-227. Ср. с мнением Коркунова Н.М. В качестве основного признака при классификации формы правления на монархии и республики он указывал политическую ответственность главы государства: «именно в этом различии ответственности и безответственности заключается различие президента республики и монарха, а не в объеме или характере их функций. Президент Северо-Американских Соединенных Штатов пользуется боль-

Можно выделить несколько классификационных критериев государства «аристократии». В основу первого подразделения положена *количественная характеристика*, т.е. первостепенным считается определение того, в какой *пропорции* находятся суверенная часть общества и народ. Так, в порядке возрастания численности, можно выделить следующие разновидности: *олигархию*, *аристократию* (взятую в узком смысле) и *демократию*. Дж. Остин полагает эту классификацию весьма условной, поскольку ключевое различие подвидов доподлинно выявляется с большим трудом и «может находиться в любой точке длинного ряда мельчайших степеней»⁴²⁴. В указанном смысле, любая классификация способна лишь частично объять бесконечность особенностей индивидуальных явлений, заострив внимание лишь на их предельно общих характеристиках.

В основу второго подразделения положена *качественная характеристика* – здесь содержится указание на *способ коллективного осуществления властных полномочий*. В качестве его основного подвида автор выделяет ограниченную монархию⁴²⁵, в которой наиболее существенным является тот факт, что государственное лицо осуществляет власть не в собственном индивидуальном качестве (не концентрирует и легально не способно сконцентрировать всю государственную власть), а в связи с принадлежностью к некой организации или телу, основная функция которых – легально выражать «волю» политической власти и суве-

шей властью, нежели английская королева; но президент ответственен перед конгрессом и потому не монарх; английская королева, напротив безответственна и потому, несмотря на всю ограниченность своей власти, остается все же монархиней» (См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 257). По Дж. Остину, напротив, ограниченный монарх не является, несмотря на легальные иммунитеты, монархом в собственном смысле слова, ибо он – «должностное лицо» государства, наделенное полномочиями. Легальной санкции подвержено, скорее, поведение ограниченного монарха. Так, акт, изданный только лишь английским королем никогда не может быть признан статутом, ибо не является актом Парламента.

⁴²⁴ Austin J. The Province. С. 229.

⁴²⁵ Там же, с. 230. Дж. Остин делает акцент на том, что распространенное использование термина дает ошибочное представление о рассматриваемой форме государства: «ограниченная монархия не есть монархия» (Там же, с. 231), поскольку обладающий суверенными полномочиями «индивид, рассматриваемый абстрагировано, находится в состоянии подчинения... он подчиняется суверенному телу, являясь всего лишь его членом» (Там же). Указание на это же можно обнаружить у Т. Гоббса (Гоббс Т. Левиафан. С. 265-266). Дж. Остин делает вывод, что «монархическая власть, ограниченная позитивным законом, есть противоречие в терминах», поскольку в действительной монархии именно в наследном правителе сконцентрирован фактический и юридический суверенитет: «невозможно легально ограничить суверенную или верховную власть, независимо от того, принадлежит ли она отдельному лицу или нескольким лицам» (Austin J. The Province. С. 232-233). Те формы государства, законодательство которых предполагает легальные полномочия и легальные обязанности представителей суверена, напротив, не могут быть отнесены к монархиям в собственном смысле – это виды «аристократии».

рена⁴²⁶.

Деление государств на абсолютные и ограниченные монархии («аристократии») есть более лаконичная, но все же неудобная классификация. Так, подлинной монархией оказывается только «правление одного» вне зависимости от верховного «лица», в то время как все классические и неклассические формы государств, являющиеся более распространенными и многочисленными, помещаются в общую для них всех категорию ограниченных монархий. Название последней способно вызвать терминологическую путаницу – оно довольно размытое.

Заслуживают отдельного внимания комментарии автора, касающиеся так называемого «коллективного» суверена в республике (*civitas, public state, commonwealth*). «Республику», согласно Дж. Остину, стоит понимать либо как синоним формы политического правления, обычно именуемой ограниченной монархией; либо как вид «аристократии», связанной с правлением многих (демократией); либо как форму правления, опирающуюся на ряд политических принципов – сменяемость и выборность, народное представительство и так далее. В ее названии (*commonwealth*) содержится указание на основную цель обозначенного политического тела – «совокупное благо... отдельных членов, чье благосостояние» считается «достойным внимания»⁴²⁷.

Республиканская форма правления есть «народная» (*public*) форма осуществления власти – в ней участвует значительная, если не большая, часть народа. В ней *суверенной является* не только ординарная легислатура (обычная для этого общества законодательная власть), но и *корпус избирателей из числа граждан*, назначающий ординарную легислатуру и «являющийся в собственном смысле суверенным в таком обществе»⁴²⁸. Из этого следует, что идея верховной власти

⁴²⁶ Там же, с. 233-234. Говоря словами Дж. Локка, государственные лица носят «право исполнения» или создания законов в соответствии с полномочиями, напрямую вытекающими из имеющейся системы законодательства. Государственное лицо, даже если оно является «верховным» и выступающим, например, как английский монарх в XIX веке, единоличным главой исполнительной власти, является лишь «общественным деятелем, наделенным властью закона; и поэтому его следует считать образом, *фантомом или представителем государства, движимым волею общества, объявленной в его законах; и, следовательно, он не имеет ни воли, ни власти, кроме тех, которыми обладает закон*» (Локк Дж. Сочинения. Т.3. С. 350-351; курсив наш – А.И.).

⁴²⁷ Austin J. The Province. С. 234-235.

⁴²⁸ Там же, с. 264. На этом же делает акцент, например, А. Дайси. По его мнению, власть электората превалирует над властью парламента, несмотря на то, что электорат есть, формально и после выборов, часть этого верховного органа. Поскольку избранные Пэры теперь есть представители государства, то они оказываются лишь представи-

противоречивым образом получает сразу двух носителей или «субъектов суверенности» – государство и народ⁴²⁹.

Исключительно любопытным оказывается пример и роль палаты Общин в реализации суверенных полномочий. Мы отмечали, что в теории Дж. Остина верховным органом Великобритании, представляющим государство в политико-правовых отношениях, выступает триединый Парламент. Его треть, Общины, формируется из корпуса избирателей. Избиратели являются, в части избранных ими персон, как бы неотъемлемой частью суверенного органа, однако сами лишены властных полномочий, ибо не являются конкретными членами парламента⁴³⁰. Право издавать законы от имени масс оказывается делегированным членам Общин, но нет каких-либо средств, гарантирующих должное исполнение своих представительских функций Общинами⁴³¹. Отношения между избирателями и избранными регулируется конституцией, предусматривающей институт выборов. Конституция, будь она писаной или неписаной, не является законом и правом в собственном смысле слова – ее декларативные «нормы» не сопровождаются санкциями, а сам акт являет собой «лишь позитивную мораль», которую необходимо дополнить положениями отдельных законов и процедурами вменения, чтобы они имели легально обязывающий характер⁴³². И все же, как мы уже отмечали, самих норм, даже если они являются легальными, еще недостаточно для подчинения. Нормы не запрещают деяния, они наказывают за ослушание, т.е. вменяют наказа-

телями народа, лишенными, в части своего специального политического статуса, этой суверенности, а потому подчиняющиеся «истинному» носителю суверенной власти как и любое другое должностное лицо (Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. С. 68-72). Такую же оценку теории Дж. Остина можно обнаружить у Г. Харта: Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 79.

⁴²⁹ *Признак конкретности суверена, а равно концепция суверена в целом, оказываются посвящены определению того, кто именно является носителем суверенной власти в независимом политическом обществе. Эта ключевая особенность имеет значение некоего логического барьера, ограничивающего теоретическую проблему суверенной власти сферой конкретных форм практического выражения ее сущности. В этой связи, весьма тяжело сочетать верховенство публичной власти и власти народа.*

⁴³⁰ Но конкретные члены Парламента несут ответственность и в общегражданском смысле, т.е. за деяния вне рамок их полномочий как представителей суверенного органа (Austin J. The Province. С. 284-285). «Права и обязанности политических подчиненных лиц, а также права и обязанности частных лиц созданы общим автором, а именно сувереном или государством» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 71). На это же указывает Дж. Локк: «законодательная власть передается в руки различных лиц, которые, собравшись должным образом обладают сами или совместно с другими властью создавать законы; когда же они это исполнили, то, разделившись вновь, они сами подпадают под действие тех законов, которые были ими созданы...» (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 347).

⁴³¹ Austin J. The Province. С. 242.

⁴³² Там же. «Для того чтобы избирательный орган мог избежать этого неудобства, позитивный закон, обязывающий его представителей, должен быть принят непосредственно им самим или с его прямого согласия» (Там же, с. 243; курсив наш – А.И.).

ния по итогам правонарушений⁴³³. Ни одно общество, таким образом, не застраховано от произвола со стороны государственных лиц.

Возникает ситуация, когда функционирование суверенного органа обеспечивается не насилием со стороны носителя всего или некоторой части суверенитета (народа), а нормами морали. Отличительная особенность республиканской формы правления мыслится Дж. Остином в том, что возникает *качественно иная форма суверенности, которая покоится на моральном отношении*, т.е. на доверительном отношении «поверенного» и «доверителя». Поскольку государственные лица способны санкционировать и наделить признаками легальности собственные акты злоупотребления властью и правом, то конечной и единственной мерой ответственности для носителей части суверенных полномочий (конечно лишь при фантастическом условии, когда позитивные законы оказываются бессильны) выступают моральные санкции, противостоящие легальным актам «законы общественного мнения»⁴³⁴.

Правовед делает следующий вывод: если вся государственная власть укомплектовывается представителями народа, то *фактическим носителем суверенной власти* в подобном политическом обществе оказывается *корпус избирателей*. Суверена или государство в указанном смысле нельзя назвать действительным суверенными, поскольку они только лишь реализуют, через представительные органы, делегированную народом «власть». Государство или суверен являются «сосуверенными» вместе с народом. Верховный орган в обществе указанного типа Дж. Остин называет народным «регентом», подчиняющимся, по правилам позитивного права, и избирателям, и нормам законодательства (самому себе). Получается,

⁴³³ На это же указывает Г. Харт на следующем примере: «не существует закона, запрещающего убийство: есть лишь закон, предписывающий должностным лицам применять определенные санкции в соответствующих обстоятельствах к тому, кто убивает» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 43). Таким образом, нет запрета на злоупотребление властью, есть лишь наказания за такое злоупотребление. Ссылку на это же можно обнаружить у Г. Кельзена, см.: Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. С. 65; Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 102-109 и др.

⁴³⁴ Austin J. The Province. С. 149. Правовед полагает, что силы морали обычно достаточно, чтобы избежать негативных последствий и сдерживать представителей публичной власти. «...во всех цивилизованных странах ограничения совести и (общественного – А.И.) мнения достаточно сильны, чтобы предотвратить частое возникновение столь серьезных последствий» (Austin J. Centralization. С. 246). Суверен, таким образом, обычно не пересекает границы дозволенного, стараясь не вызывать конфликт нормативных систем, опираясь на «нормы» морали.

что республике свойственен так называемый «коллективный» (*joint*) суверен⁴³⁵, представленный оформленным в государство народом.

3.2. Суверенность как свойство человеческой власти. Суверен как институт власти и «должность». Проблема преемственности верховной власти

Известно, что классическая теория суверенитета обосновывала политико-правовые притязания королевской власти, венчала которую персону монарха-правителя. Как уже рассмотрено выше, во многом совпадая во взглядах с Ж. Боденом, Г. Гроцием, Б. Спинозой, Т. Гоббсом и иными выдающимися персонами, Дж. Остин также полагает, что настоящий (или истинный) суверен есть тот, кто выступает источником команд, но сам никаким командам не подчиняется⁴³⁶. Тем не менее, суверен есть фикция. Он наделен «статусом» «лица», свидетельствующим об обладании им верховной государственной властью. Этот «статус» - противостоящий суверену факт политико-правовой реальности; суверен есть своего рода «должность» и комплекс властных полномочий, проистекающих от суверенной власти, носителями которых являются конкретные физические и фиктивные «лица»: персоны, институты и юридические лица в широком смысле термина⁴³⁷.

Получается, что монарх, иное верховное или подчиненное государственное лицо, верховный орган государственной власти или государство в целом есть «органы» суверенной власти, но не сама эта власть – их значение сугубо инструментальное. В определенном смысле, даже абсолютный монарх является служителем абстрактных идей и институтов государства, главы государства, монархии, поли-

⁴³⁵ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 340.

⁴³⁶ Austin J. The Province. С. 239, 275.

⁴³⁷ Там же, с. 275-276. Как мысленный образ, суверен, несомненно, не может быть поделен на части и легально ограничен. Правовед, даже когда использует формулировку «лица в собственном суверенном качестве» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 87, 97, 170, 178, 180, 187, 256, 269, 402, 404; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 540, 746), не мыслит суверена в качестве «физической» персоны или государственного органа. Для него суверен есть институт власти, своего рода нормативный факт, выраженный посредством правовых категорий и имеющий устойчивую правовую связь с публично-правовым порядком – государством. Справедливо отмечается поэтому, что «власть, по крайней мере в ее наиболее важных формах, есть не индивидуальное явление, которое можно описать в терминах эмпирических фактов, а коллективное явление, которое можно объяснить только через апелляцию к социальным нормам. Власть встроена в структуру обществ. Без этого социального нормативного порядка власть не может быть ни создана, ни понята» (Mansilla I. T. Reconstructing Austin's Intuitions: Positive Morality and Law // The Legacy of John Austin's Jurisprudence. С. 309).

тической власти и так далее – он «заложник» институционального порядка; известную формулировку «государство – это я» следует трактовать, таким образом, не в смысле того, что конкретная персона есть «альфа и омега» политической власти, но та «должность» и те институты, которые получают реальное воплощение через персону монарха⁴³⁸.

Если суверен и суверенная власть есть абстрактные незримые идеи, то они, в известной степени, не подчиняются законам физического мира – для верховной власти нет такой проблемы как «конечность». Поэтому Дж. Остин полагает, что смысл изречения «король никогда не умирает» можно передать следующим образом. Лицо, фактически являющееся монархом, одновременно с этим является и человеком; человек по своей природе смертен, следовательно, преходящ. В это же время «должность» монарха, занимаемая таким человеком при жизни, не имеет возможного предела, который может предусмотреть, например, конституция Великобритании. И после смерти действующего короля его «должность» немедленно перейдет к тому конкретному лицу, которое, в силу обладания конкретными родовыми признаками, имеет право принять корону: т.е. к тому конкретному лицу, которое затем является наследником короны, согласно родовым признакам, изложенным в британском Акте о Престолонаследии⁴³⁹. Таким образом, государство есть организация власти и общественный институт, которому свойственна «искусственная жизнь»; у суверена отсутствует такое свойство как «конечность» до тех пор, пока существуют люди, способные обеспечить воспроизводство механизма преемственности верховной власти⁴⁴⁰.

⁴³⁸ «Даже самые “дикие”, официально деспотические формы абсолютной монархии не являются... “машинами” голого произвола и насилия... В основе деятельности таких “машин” всегда лежит некая идея, которой деспот служит так же, как и последний из его подданных» (Право. Порядок. Ценности: монография. С. 305). Идея порядка – яркий пример указанной «идеи-правительницы».

⁴³⁹ «Недостаточно быть Георгом как физическим лицом, чтобы являться британским королем, но необходимо полное соответствие этого лица принятым родовым признакам короля, чтобы являться Георгом, королем Великобритании и Ирландии, а также частью определенного политического тела, являющегося суверенным или верховным на указанной территории» (Austin J. *The Province*. С. 153-154). Кроме того, *законодательную регламентацию родовых признаков «короля» можно считать гарантией «гражданского мира»,* поскольку окажется решенным вопрос преемственности верховной власти, вернее, занятия «должности», функции которой связаны с осуществлением всей, либо некоторой части суверенной власти (Там же, с. 160).

⁴⁴⁰ С оставлением некоторыми людьми, обладающими комплексом полномочий, своего поста, т.е. с уходом их из политической и юридической жизни государства, власть все равно продолжает существовать и, несмотря на некоторые утверждения, не низвергается в хаос анархии, хотя бы «привычка повиновения» новому руководителю «еще не сформировалась» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 60). «Воля» суверенной власти, с очевидностью, будет реали-

Преемственность или «наследование» верховной власти знает различные формы. Так, суверен в демократии «не может умереть, поскольку не вымерла управляемая им людская масса»; суверен в аристократиях не «умирает», поскольку представлен коллективными политическими телами и постоянно делегирует полномочия новым персонам «для пополнения его корпуса»; суверен в монархии «не умирает» тогда, когда волей царствующего абсолютного монарха оформлен институт престолонаследия – новый абсолютный монарх, тождественный государственной власти, займет свое «законное» место в случае гражданской или политической «смерти» предшественника: физической смерти, акта отречения в пользу наследника и т.д.⁴⁴¹.

При критике Дж. Остина достаточно часто ссылаются на другого выдающегося правоведа – Герберта Харта. Последний усматривал существенные изъяны в концепции суверена Дж. Остина. По его мнению, той «мало что соответствует в реальной правовой системе», ибо в действительности оказалась нерешенной одна из главных политико-правовых проблем – вопрос преемственности верховной законодательной власти и юридической силы позитивного права во времени. Как быть, когда на смену одному суверену (Rex I) приходит другой (Rex II), - должен ли фактический преемник применять законы, которые издал его предшественник? Г. Харт настаивает на наличии существенного противоречия и пробела в доктрине Дж. Остина, ведь суверен, исходя из смыслового содержания термина, не может находиться в подчинении у внешней силы, более того, - он всегда является персонай⁴⁴².

Мы полагаем, что Г. Харт расставляет неверные акценты – при интерпретации Дж. Остина он отождествляет лицо как носителя верховной власти и саму

зована при посредстве нового лица, которое, получив от государства аналогичные полномочия, займет место ушедшего лица.

⁴⁴¹ Т. Гоббс поэтому справедливо утверждает, что, «...подобно тому как были приняты меры к созданию искусственного человека, были приняты также меры к созданию искусственной вечности жизни, без которой люди, управляемые собранием, возвращались бы к состоянию войны через каждое поколение, а люди, управляемые одним человеком, – сразу по смерти их правителя. *Эта искусственная вечность есть то, что люди называют правом наследования*». Если «суверенная власть есть душа государства» (Гоббс Т. Левиафан. С. 267-269, 306-308; курсив наш – А.И.), то люди в целом являются тем коллективным субъектом, который приводит такую «душу» в движение. В указанном смысле, любая обладающая властью персона есть «часть суверенного тела» (Austin J. The Province. С. 159).

⁴⁴² Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 35, 60-61, 79-80.

верховную власть, в то время как сам Дж. Остин только лишь «овеществлял», как замечал Г. Кельзен, абстрактную власть через фикцию «лица»⁴⁴³. *В действительности проблемы преемственности власти и законодательства в обозначенном смысле не стоит вовсе, ибо ее не существует.* «Непрерывность власти создавать право» и «сохранение права в течение длительного периода» обеспечивается не самим сувереном, как полагает Г. Харт⁴⁴⁴, но суверенной политической властью как идеей и институтом, незримо возвышающейся над таким сувереном. Законодательствовать непосредственно может монарх, парламент или (с оговорками) судья, но в конечном итоге право, закон или команда будут исходить именно от государства. Верховная государственная власть, а равно само государство, существуют помимо наделенных полномочиями лиц. По логике позитивного права не Rex I принимает законы, а та власть, которой он обладает; занимающее «должность» суверена лицо – лишь временный представитель государства, проводник его воли и интересов, ее инструмент и глашатай. Именно в этом (несколько измененном) смысле стоит понимать высказывание Т. Гоббса, отмечавшего, что «король любой страны есть государственное лицо» и «представитель всех подданных»⁴⁴⁵.

Rex II автоматически «наследует» законодательство предшественника, поскольку он связан с государством (вернее, с суверенной властью) как действи-

⁴⁴³ Суверенитет у Дж. Остина, по мнению Г. Харта, не позволяет правовому позитивизму дать «неисказенный отчет о тех правовых системах, где жесткая конституция налагает ограничения на власть верховного законодательного органа или разделяет законодательную власть между центральным федеральным законодательным органом и законодательными органами входящих в него штатов или провинций» (См.: Hart H. L. A. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. Oxford. 1982. С. 225-242). Это большое заблуждение, поскольку «законодательство... обладает связывающей законодателя силой» (Харт Г.Л.А. *Понятие права*. С. 50) в государствах-«аристократиях», где уполномоченный государством суверен, например, Парламент, исполняет требования изданных им же правовых предписаний. Ответственность за неисполнение, тем не менее, не может быть возложена на сам Парламент (ибо он суверенный носитель и представитель верховной власти, политико-правовой институт и идея) – только на лиц, осуществивших тот или иной незаконный или антиконституционный акт. Если оценивать суверена Дж. Остина с точки зрения социологии или политики, то становится очевидной, напротив, конечная неограниченность такого суверена.

⁴⁴⁴ Там же, с. 58, 60-65, 68-69 и др.

⁴⁴⁵ Гоббс Т. Левиафан. С. 573. И далее: «гражданский суверен есть верховный пастырь, чьей заботе поручена вся паства его подданных... гражданский суверен всегда есть должностное лицо всего государства, судья всех тяжб и командующий всем войском» (Там же, с. 744-745). Видно, как представляется, что *Т. Гоббс не является защитником абсолютизма или тирании, его политическая теория оказывается* (как и теория Дж. Остина) *сущностно нейтральной – она обосновывает верховную политическую власть и достоинства социального порядка, а не целесообразность английского абсолютизма*, хотя бы и черпала из него эмпирический материал. Подобную оценку этой теории можно обнаружить и у Дж. Остина: Austin J. *The Province*. С. 221, 232, 276, 295-301).

тельным источником этих законов⁴⁴⁶. Но поскольку Rex II как абсолютный монарх и есть теперь верховная власть, то он может принять самостоятельное решение о том, сохранит ли акт предшественника юридическую силу или нет; кроме того, однажды и при вступлении в «должность», подчинившись установленным правилам преемственности⁴⁴⁷, суверен «вправе» изменить правила преемственности (вплоть до отказа королевской династии от политической власти – отречения за себя и за своих наследников), обратив их требования на своих преемников. В указанном смысле, непосредственный наследник связан лишь моральной (т.е. ничем не обеспеченным, помимо морального сознания) обязанностью «продолжать дело» предшественника⁴⁴⁸. В противном случае, верховная власть нового поколения оказалась бы в имманентно подчиненном положении по отношению к предшествующей, а равно ее законодательные полномочия были бы существенно ограничены или вовсе отменены. Следовательно, действительным верховенством обладала бы некая изначальная политическая власть, в то время как любая последующая привычно и беспрекословно подчинялась бы первой или, скорее, находилась бы в бесконечном цикле воспроизводимого самообязывания и самоподчинения⁴⁴⁹. Это противоречит политической практике.

⁴⁴⁶ И. Бентам указывал, что признание позитивного права предшественника происходит, по преимуществу, в косвенном смысле – через его «неотмену» (См.: Bentham J. *The Limits of Jurisprudence Defined*. 1945. С. 104). Примечательно, что закон в целом И. Бентам понимал в качестве «совокупности знаков сообщенной воли, воспринятых или принятых сувереном» (Там же, с. 88). «*Возьмите любой мандат, - отмечает И. Бентам, - он будет либо в числе поддерживаемых сувереном, либо нет: промежуточного варианта не дано. Если мандат поддерживается – он мандат суверена... Если мандат не поддерживается – он нелегален...*» (Там же, с. 105; курсив наш – А.И.).

⁴⁴⁷ «Утверждение, что новый законодатель имеет право законодательствовать, предполагает наличие в социальной группе правила, которое дает ему это право» (Харт Г.Л.А. *Понятие права*. С. 65). Совпадение и непротиворечие мнения неопозитивиста с теорией Дж. Остина в указанной части представляется несомненным, с чем вынужден согласиться и Г. Харт, ибо родовое описание предшественника «очевидным образом выявляет необходимость его (правила наследования – А.И.) существования» (Там же, с. 250-251).

⁴⁴⁸ Austin J. *The Province*. С. 272. «Текущий суверен или предшественники суверена, возможно, прямо приняли и прямо пообещали соблюдать его (в данном контексте речь о позитивном конституционном законодательстве – А.И.)» (Там же, с. 274). По мнению правоведа, *действительность старых актов всегда упирается в волю нынешнего суверена*.

⁴⁴⁹ Там же, с. 268. Л.И. Петражицкий указывал, что с точки зрения принуждения нормы или образуют бесконечную череду норм, или оказываются непринудительными (См.: Петражицкий Л.И. *Теория права и государства в связи с теорией нравственности*. СПб., 1909. С. 273-274). Г. Кельзен, напротив, отрицал что в плоскости права возможен бесконечный ряд юридических фактов: если бы процесс нормативного обоснования действительности был бесконечным, подобно процессу каузальной интерпретации, который, в соответствии с понятием каузальности, не может привести к конечному пункту, к последней причине, то на вопрос о том, как мы должны действовать, нельзя было бы дать ответ» (Кельзен Г. *Чистое учение о праве*. С. 440). С более широкой точки зрения, Дж. Остин и Л.И. Петражицкий, конечно, правы – никакая «основная» норма не способна сделать правопорядок действительно принудительным. Возникают аналогичные трудности и у морального самообязывания, которое не является социальным, т.е. подлинно всеобщим, принципом, на что указывает уже сам Г. Кельзен (Там же, с. 469-470).

Отметим, что в государствах-«аристократиях» логика преемственности права распространяется на всех представителей без исключения – все они подчинены праву, ибо это вопрос политико-правовой стабильности⁴⁵⁰. В монархии же, представителем и действительным носителем государства выступает только одно лицо; поскольку оно одновременно концентрирует в руках и политическую, и юридическую власть, то, как и само государство, не подчиняется каким-либо ограничениям.

Возвращаясь к позиции Г. Харта, подчеркнем, что хоть в ней и содержится серьезная ошибка, в ней также есть весьма значимая крупица истины. «Существование суверена, подобного Рексу в нашем воображаемом обществе, чья власть не ограничена законодательными средствами» действительно, в чем мы полностью согласны, «не является необходимым условием и предпосылкой существования права»⁴⁵¹. Ей, подводя итог, является только идея фактического верховенства и самой политической власти, «одухотворяющие» государственный организм. Из рассмотренного следует, что Дж. Остин, в отличие от Г. Харта, не отождествляет факт обладания властью с самой этой властью⁴⁵².

3.3. Проблема связанности государства позитивным и международным правом

В этом параграфе мы доведем до логического завершения все рассуждения, касающиеся проблемы ограничения государственной власти правом в теории Дж. Остина. Согласно правоведу, государство как «носитель» суверенной политической власти на деле находится выше любого исходящего от него права и вы-

⁴⁵⁰ Гоббс Т. Левиафан. С. 311-312; Austin J. The Province. С. 342-343; Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 62-63.

⁴⁵¹ Там же, с. 74. *Институты государства, политической власти, главы государства, монархии и так далее не просто существуют, но являются сколько-нибудь действенными лишь благодаря скрывающейся за ними и в них идее политической власти – этого метафизического субстрата, воплощенного в позитивных институтах.* Государственный организм постольку живет и являет собой объективную реальность, поскольку его органы и члены были «одухотворены» идеей суверенной власти, получающей конкретное выражение в жизнедеятельности публичного тела.

⁴⁵² Что несколько парадоксально, на этом же акцентирует внимание и Г. Харт: «...сам Остин, развивая свою теорию, не отождествлял суверена с законодателем» (Там же, с. 79). Неопозитивист, тем не менее, делает абсолютно отличные от своего предшественника выводы. Проблема мыслится в том, что Г. Харт верно ухватил идею о «фактическом наличии» (эмпирически подтверждаемом присутствии) суверена «с приписываемыми ему Остином атрибутами» в правовых системах, однако ошибся в главном - не понял, о каком именно суверене говорит Дж. Остин и что это вообще такое. Это отнюдь не персона и не ординарная легислатура, вернее, далеко не только они (Там же, с. 244, 249 и др.).

ше любой уполномоченной персоны, даже в случае законодательно определенно-го ограничения собственного воздействия на общественные отношения и под-властных лиц⁴⁵³. По его мнению, «в отношении позитивного права суверенная политическая власть, установленная или действительная, не является ни правовой, ни неправовой... ни правильной, ни неправильной, она не является ни справедливой, ни несправедливой... не является ни законной, ни незаконной»⁴⁵⁴. Все законодательные акты, созданные нынешней властью, а равно все акты, созданные этой же публичной властью в прошлом, не обладают обязательной силой для самой суверенной власти, поскольку власть «неизбежно свободна от юридических обязанностей»⁴⁵⁵. Власть как таковая не оценивается при посредстве ею же созданных формальных требований; в противном случае, она не являлась бы суверенной, т.е. находилась бы в состоянии действительного подчинения по отношению к самой себе, что, по мнению Дж. Остина, логически и фактически невозможно⁴⁵⁶.

Дж. Остин прямо указывает – государство имеет власть издавать команды, прямо противоречащие действующей конституции; кроме того, возможности обратного легального воздействия конституции на государство стоит считать ограниченными хотя бы на той основе, что первая не способна определить пределы существования государства во времени и пространстве – это дело только фактической (политической) власти. Исходя из положений «норм-принципов» любой

⁴⁵³ «Всемогущество суверенной власти, означающее ее абсолютную свободу от правовых ограничений, является (по нашему мнению) бесспорной; она связана с идеей суверенитета в том же смысле, в каком свойства круга подразумеваются определением соответствующей фигуры» (Austin J. Centralization. С. 222; курсив наш – А.И.).

⁴⁵⁴ Austin J. The Province. С. 374. «...разделение суверенных властей на законные и незаконные - это бессмысленное деление. Ибо, если судить по этому критерию или измерять по этому стандарту, так называемое правительство de jure, но не de facto, не может быть законным: и, если судить по тому же критерию или измерять по тому же стандарту, правительство de facto не является ни законным, ни незаконным» (Там же, с. 376). Этот комментарий является уместным и применительно к, например, международно-правовому признанию государств.

⁴⁵⁵ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 356; Austin J. The Province. С. 275, 287. «...Настолько, насколько публичное право имеет отношение к Суверену, ясно, что большая его часть не является законом, а представляет собой только лишь позитивную мораль или этические принципы. Что касается монарха... или суверенного органа в его коллективном и суверенном качестве, так называемые законы, которые определяют конституцию государства или которые определяют цели или способы осуществления суверенных полномочий, не являются собственно позитивными законами, но являются законы, установленные общим мнением, или просто этические принципы, которые Суверен соблюдает по собственному желанию» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 745).

⁴⁵⁶ Austin J. The Province. С. 375.

конституции⁴⁵⁷ и любого позитивного права, у тех попросту нет возможности наложить на государство санкцию⁴⁵⁸. Нарушающие положения морали, религии, общественного договора, «основного закона» или позитивных законов команды несомненно стоит признать неконституционными. Но на вопрос о том, будут ли такие команды неправовыми ответ может быть только отрицательным – норма, закон или команда обладают обязательной силой уже по факту собственного существования⁴⁵⁹, потому как они исходят от обладающих легальными полномочиями на их создание представителей суверенной власти. В указанной части Дж. Остина критикуют за то, что «...качество легальности не входит в число необходимых условий для того, чтобы закон был таковым в теории Остина»⁴⁶⁰. Пример возможного «случайного» поведения государства, конечно, не приравнивается к общему правилу в теории Дж. Остина, однако последний, будучи теоретиком, не мог не рассмотреть указанную возможность, обусловленную природой суверенной власти.

Проблема «неконституционности» есть, в большей степени, этическая проблема для Дж. Остина, поскольку дело не ограничивается только лишь тем смыслом, в каком позитивное право противоречит принципам и нормам конституционного права. Правовед, главным образом, отталкивается от конфликта Сущего и

⁴⁵⁷ Для аналогичной формально-юридической критики «норм» конституции, т.е. без учета «основной нормы», см.: «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм. С. 95-96.

⁴⁵⁸ Ср. с мнением Г.Ф. Шершеневича: «правила, определяющие устройство и деятельность самой государственной власти, не могут иметь правового характера» (Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: Учебное пособие. Т. 1. С. 251).

⁴⁵⁹ Austin J. The Province. С. 274-276. Дж. Остин полагает, что под термином «неконституционный» нужно понимать любое противоречие команд государства той или иной устоявшейся позитивной нормативной системе, т.е. брать его «в том более общем значении, которое иногда придается эпитету» (Там же, с. 272). *Легальность «неконституционных» актов стоит, тем не менее, ставить под сомнение: «обычно, даже в государствах, где суверенитет находится в руках одного человека, законы создаются только тогда, когда суверен следует определенной принятой процедуре законодательства. Но, согласно Остину, каждое выражение воли суверена, которое является командой, является законом, поэтому он не допускает того факта, что суверен может отдавать команду способами, отличными от принятой процедуры (т.е. легальность его актов презюмируется – А.И.), и в этом случае его команда не является законом»* (См.: Raz J. The Concept of a Legal System. Oxford: Clarendon Press. 1980. С. 38). *Попытка издать закон в противоречии с условиями надления его юридической силой автоматически делает такой закон ничтожным* (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 36, 39, 41-43 и др.). Сделать указанный вывод на основе материала теории Дж. Остина, вернее, посчитать его конечным или безусловным, не представляется возможным – непреодолимым барьером служит природа суверена, деятельность которого легально неограничена, но которая способна быть наделенной свойствами легальности в обход необходимых процедур и благодаря силе политической власти (об этом см.: Eleftheriadis P. Law and Sovereignty // Law and Philosophy. 2010. Т. 29. №. 5. С. 535-569). Возможность надления, тем не менее, не означает общего правила или распространенной практики; кроме того, благодаря такому подходу сама конституция политического общества «должна быстро перестать существовать» (Austin J. The Province. С. 275).

⁴⁶⁰ См.: Dyzenhaus D. Austin, Hobbes, and Dicey // The Legacy of John Austin's Jurisprudence. 2013. С. 219.

Должного, поскольку неконституционные акты «противоречат принципу законодательства». Кроме того, «моральный» конституционный акт, имеющий значение «совета» и рекомендации для верховной власти, есть неотъемлемая часть завершенной системы позитивного права – *corpus juris*⁴⁶¹. Если так, то конституционное право, стоит понимать в качестве свода понятий, принципов и максим, формально устанавливающих «строение или структуру данной верховной власти»; в части политических декларативных положений, оно есть позитивная мораль, в части указания на полномочия государственных органов и должностных лиц, «которые на настоящий момент будут носителями суверенной власти» (сувереном) оно есть позитивное право, которое, несмотря на критику теории Дж. Остина, все же имеет обязательный характер для государственных лиц⁴⁶². Выражаясь образно, это «химера» позитивного закона и позитивной морали.

Указанное единство есть попытка сковать возможный произвол со стороны суверенной власти. Она является не столько тщетным усилием, сколько способом убедить народ в легитимности верховной власти⁴⁶³. С одной стороны, действительно, верховной власти, представленной государственными лицами, следовало бы «соблюдать нормы законодательства», однако она «может быть принуждена к их соблюдению только моральными санкциями... если суверен отважится отклониться от рассматриваемой максимы, он не обратит и не может обратить на себя негативные юридические последствия или правовую ответственность, но он, вероятно, спровоцирует осуждение или может столкнуться с сопротивлением со стороны большинства или основной массы подвластных лиц»⁴⁶⁴. *Отрицание госу-*

⁴⁶¹ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 746.

⁴⁶² Austin J. The Province. С. 274. «Хотя (политическое – А.И.) тело неизбежно свободно от правовой или юридической обязанности, любое лицо или собрание, из которых составлено тело, могут быть связаны законами, творцом которых выступает само тело» (Там же, с. 280; курсив наш – А.И.). Это справедливо для «аристократий». Монархия же возводит принцип «моральности» конституции в абсолют – ни государство, ни монарх не подчиняются ее положениям. Таким образом, конституционное право для суверенной власти (но не для временно обладающих ею должностных лиц) есть «лишь» позитивная мораль, «защищенная от нарушений моральными санкциями»: «легально необязанная персона или собрание» могут, но не обязаны с юридической точки зрения, соотносить свои действия с «мнениями и переживаниями, наличными в данном обществе» (Там же, с. 273-274, 281-284).

⁴⁶³ «Принудительный характер права не позволяет относить к нормам права конституционное, каноническое и международное право... Действия государственной власти находятся всецело под санкцией общественного мнения, то есть в сфере морали» (Фролова Е.А. История политических и правовых учений: учебник. С. 467).

⁴⁶⁴ Austin J. The Province. С. 272. «Страх встретить действительное сопротивление постоянно удерживал бы правительство в границах всех подчиненных целей (т.е. подчиненных конечной цели общего блага, например, законности и справедливости правления), несомненно приветствуемых единым мнением масс» (Там же, с. 345). Фактиче-

дарством собственных моральных обязанностей и законов может привести к пересмотру социальной конвенции, т.е. привычного подчинения конкретной политической власти – принцип полезности может подсказать подданным о необходимости восстания против «несправедливой» власти⁴⁶⁵. Тем не менее, акт неповиновения легальной и политической власти достаточно часто сопряжен с нарушением закона и является правонарушением⁴⁶⁶. Получается, согласно крылатому выражению Дж. Остина, что «существование закона - это одно, его достоинства или недостатки - совсем другое. Вопрос о том, существует ли закон, - это один вопрос; должен ли он соответствовать или действительно ли он соответствует указанному или предполагаемому критерию, - это другой и отдельный вопрос»⁴⁶⁷. Для автора абсурдной является позиция, отказывающая закону в признании за ним юридической силы на основании его предполагаемой или установленной несправедливости.

С другой стороны, попытка ограничения верховной власти не является тщетной, поскольку ограничения налагаются на тех лиц, которые отвечают за «телесные движения» самого Левиафана. Так, ограничительные способности конституции в «аристократии» мыслятся в предметах ведения и полномочиях, закрепленных за ветвями власти различных уровней, - сообщение команды ветвью, не обладающей соответствующей «конституционной долей суверенитета» будет означать превышение легальных полномочий, следовательно, соответствующее должностное лицо будет подвергнуто наказанию, и *сообщенная «неконституци-*

ски, мнение народа не является обязательным для суверена, а потому мы можем утверждать о существовании лишь моральной (но безусловно важной) обязанности, в соответствии с которой «законодатель должен следовать “духу народа”, быть архитектором, который прежде чем построить здание, учитывает множество необходимых для строительства факторов...» (Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. С. 102).

⁴⁶⁵ О проблеме неисполнения государством возложенных на него функций см.: Пожарский Д.В. Дисфункциональность государства // Труды Академии управления МВД России. 2021. № 3 (59). С. 32-37.

⁴⁶⁶ Austin J. The Province. С. 275, 286.

⁴⁶⁷ Там же, с. 278 (курсив наш – А.И.). По утверждению Г. Харта, «...юридический позитивизм означает простое утверждение о том, что *ни в каком смысле не является необходимой истиной то, что законы воспроизводят или удовлетворяют некоторым требованиям морали*, хотя фактически они часто это делают» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 188-189; курсив наш – А.И.). Таким образом, «*действительно существующий закон есть закон, даже если он нам не нравится или если он отличается от буквы, в соответствии с которой мы основываем наше одобрение и неодобрение*» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 184-188; курсив на- А.И.).

онная» команда будет ничтожной⁴⁶⁸. Однако в некоторых случаях ограничить правом можно и абсолютного монарха, о чем мы скажем в сноске⁴⁶⁹. Общий вывод (вне зависимости от формы государства) таков, что ограничения позитивного права касаются только непосредственной реализации власти. «Политическая» сторона государства или сама суверенная власть все же обладают известной политической «свободой», хотя бы в части невозможности конечного самообязывания⁴⁷⁰.

Как представляется, Дж. Остин прав, когда полагает, что остановить суверена от правонарушения действующее законодательство не способно. Единственные запреты и ограничения, способные сковать суверена – его моральное сознание, этические эмоции и моральные нормы⁴⁷¹. Нравственные представления – единственная сила, способная «нормировать» деятельность политических институтов; направленные в отношении себя же нравственные обязанности предполагают в своем исполнении лишь правила благоразумия: «...государственное право оказывается защищенным от нарушений со стороны суверена лишь чувствами и переживаниями подвластных»⁴⁷². Это же мнение можно обнаружить, например, у Г.Ф. Шершеневича, отмечавшего, что государственную власть ограничивают только два обстоятельства: это, во-первых, нравственное сознание («чувство совести») и благоразумие властвующих, которые охраняют правом свои интересы, тесно сплетая их с интересами подвластных лиц; во-вторых, возможность, вклю-

⁴⁶⁸ Austin J. The Province. С. 284. «Если король или любая из Палат посредством прокламации или ординанса попытаются установить закон, эквивалентный акту Парламента, этот так называемый статут не будет иметь юридической силы, и поэтому неповиновение его нормам не будет незаконным» (Там же; курсив наш – А.И.). Существование юридической «ничтожности» акта в качестве санкции в рассматриваемой теории очевидна.

⁴⁶⁹ В качестве исключения можно привести двойственный статус монарха, являющегося сувереном в одном политическом обществе и руководителем иного политического общества, подчиненного первому. Поскольку он является верховным представителем иного политического общества кроме своего собственного, то, как руководитель подчиненного политического тела, он обязан поступать в связи со своей же волей, но уже как лица, являющегося суверенным в «главенствующем» обществе. Таковы «судьба и участь» монарха, если он «является монархом или автократом в иностранном независимом обществе», ибо *подчиненные политические общества* (провинции), если верить Т. Гоббсу, *всегда управляются только монархически* (Там же, с. 387; Гоббс Т. Левиафан. С. 264).

⁴⁷⁰ Austin J. The Province. С. 268, 274, 281-282, 288, 374 и др. «В самом деле, обладая властью издавать и отменять законы, суверен может, если ему угодно, освободить себя от подчинения отменой стесняющих его законов и изданием новых, следовательно, он уже заранее свободен. Ибо *свободен тот, кто может по желанию стать свободным... поэтому иметь обязательства только по отношению к самому себе – значит не иметь их*» (Гоббс Т. Левиафан. С. 369-370; курсив наш – А.И.).

⁴⁷¹ Austin J. The Province. С. 297. О моральных обязанностях суверена писал, например, Дж. Локк, высоко оценивая речь короля Якова I, обращенную к парламенту в 1603 году (Локк Дж. Сочинения. Т.3. С. 378-379).

⁴⁷² Austin J. The Province. С. 274.

чая государственный переворот, противодействия со стороны подвластных⁴⁷³.

Из этической концепции Дж. Остина следует, что государственный произвол следует подвергать анализу не только через призму отрицания подвластными авторитета публичной власти или нарушения интересов частных лиц, но и через проблему отрицания властью самой себя. В действительности оказывается, что совершаемые сувереном правонарушения означают подрыв правопорядка, созданного властью, в котором эта же власть воплощена. Поддержание установленного порядка есть имманентное устремление государства, ибо оно само есть порядок и вне порядка не существует⁴⁷⁴; порядок есть жизненно важный интерес его юридического и фактического бытия. Акт нарушения государством права есть, таким образом, акт отрицания «правовой власти» и самого себя – это противно самой природе государства как воплощенного порядка⁴⁷⁵. В широком смысле, нарушение властью своих же установлений есть губительный прецедент, ведущий к превратной социальной практике – порядок начинает деградировать и разлагаться: «каждое отступление от нормы влечет ослабевание ее авторитета»⁴⁷⁶.

Получается, *если конституция как нормативно-правовой акт не способна ограничить могучего Левиафана, то это способна сделать лишь так называемая «конституция общества», основным институтом или организацией которой должно стать гражданское общество.* Если народ есть источник жизненных сил государства, то вполне понятными представляются идеи Дж. Остина о необходи-

⁴⁷³ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: Учебное пособие. Т. 1. С. 186, 246-247. Правовед также указывает, что сковывание верховной власти не является самоцелью: «дело не в том, чтобы связать государство правовыми нитками подобно тому, как лилипуты связали Гулливера. Вопрос в том, как организовать власть так, чтобы невозможен был или был доведен до минимума конфликт между правом, исходящим от властвующих, и нравственными убеждениями повластных. Для этого не надо изображать мнимые правовые гарантии, а следует лишь раскрывать нравственный долг гражданина в связи с сознанием личного интереса» (Там же, с. 258-259). Следовательно, *характер взаимоотношений между властью и народом должен иметь этический характер*, а не только лишь юридический.

⁴⁷⁴ Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 680.

⁴⁷⁵ Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 74-76.

⁴⁷⁶ Austin J. The Province. С. 53. В ином месте правовед конкретизирует обозначенное утверждение: «расточительные расходы и нарушение моральных обязательств (trust), доведенные (commended) до всеобщего подражания высочайшим примером государства, снижают уважение его подданных к честной умеренности и трудолюбию; и, таким образом, извращая и разрушая (abasing) их моральные чувства и привычки, нанося удар по источникам национального богатства и по главной опоре общего благополучия» (Austin J. Centralization. С. 247). Последствия ненадлежащего исполнения должностных обязанностей сказывается на «лице» и образе государства в общественном и индивидуальном сознании. Кроме того, неподчинение всегда скрывает больше зла, чем кажется на первый взгляд: «...нарушение вредного закона имеет склонность... приводить к нарушениям других законов, которые определено полезны» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 572).

мости общенародного просвещения, ибо безусловное и нескованное верховенство публичной власти есть большая угроза для общества, прав и личности⁴⁷⁷. Это прямой путь к тирании как к «власти помимо права»⁴⁷⁸, ее существование противно гражданскому «миру». Народ обязан, руководствуясь этическими принципами, воздействовать на правителей таким образом, чтобы были установлены и реально обеспечены гарантии против злоупотребления властвующими лицами своими полномочиями, ибо эти акты ввергают правопорядок в переживание неудобств, сопутствующих его разложению.

2. Ограничения международного права. Правовед отказывает международному праву в возможности именоваться «правом в собственном смысле слова» (позитивным законом) на том основании, что в этой системе отсутствуют суды и алгоритм централизованного и организованного безусловного вменения, нет международной законодательной власти и что политически независимые суверенные правовые порядки нельзя легально ограничить ни чужими, ни, тем более, собственными законами, ибо позитивные законы не регулируют с позиции власти и подчинения «...поведение суверенов, рассматриваемых в качестве связанных друг с другом»⁴⁷⁹. Тем не менее, международное право, по словам Дж. Остина, как раз создается такими правопорядками в ходе международных сношений (в чем с ним был бы солидарен Г. Кельзен⁴⁸⁰), а гарантией реальности санкций выступает само международное сообщество⁴⁸¹. Противники Дж. Остина, в частности, сам выдающийся австрийско-немецкий правовед, опираются на так называемую «аутентичную» критику, подвергая анализу рассматриваемую концепцию исключительно с

⁴⁷⁷ На почве оправдания возможной тирании политической власти, не считающей целесообразным руководствоваться «законами общественного мнения» (моралью), Дж. Остин подвергает критике концепцию Н. Макиавелли, этого «извращенного автора», «в действительности рукоплескавшего тирании, поддерживаемой ловкостью (ability) и дерзостью (courage)» (Austin J. *The Province*. С. 300). Кроме того, теорию Дж. Остина ошибочно, на наш взгляд, соотносят с концепцией К. Шмитта, который якобы ровно в том же духе безусловного деспотизма представлял себе неограниченные возможности суверена (Dyzenhaus D. *Austin, Hobbes, and Dicey // The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. С. 220). Дж. Остин, напротив, утверждает об отсутствии подлинно абсолютной власти в человеческом обществе, в т.ч. в условиях, когда «право молчит».

⁴⁷⁸ Локк. Дж. Сочинения. Т. 3. С. 379.

⁴⁷⁹ Austin J. *The Province*. С. 208. Г. Харт полагает, что «приводить доводы в пользу того, что международное право не является обязывающим ввиду отсутствия организованных санкций, означает молчаливо признавать анализ обязанности, содержащийся в теории о том, что право, в сущности, есть приказы, подкрепленные угрозами» (Харт Г.Л.А. *Понятие права*. С. 218).

⁴⁸⁰ Кельзен Г. *Чистое учение о праве*. С. 270.

⁴⁸¹ Austin J. *The Province*. С. 224.

позиции строгого юридического позитивизма⁴⁸².

Сугубо формальная интерпретация международного права делает честь юридическому позитивизму, ибо показывает высокий стандарт приложения догматического метода к соответствующему предмету, но этот взгляд оказывается слишком узким и, вероятно, губительным для концепции Дж. Остина. Международное право в учении Г. Кельзена приравнивается к позитивному праву⁴⁸³ (хоть и признается «примитивным»⁴⁸⁴), подход английского правоведа, напротив, утверждает о конечной независимости верховной политической власти. Дж. Остин и Г. Кельзен, таким образом, представляют две различные традиции понимания международного права: монистическую «национальную» (скептическую) и дуалистическую «международную» соответственно. Г. Кельзен оказывается возмущен позицией, утверждающей, что «национальное право и международное право – это две совершенно разные и взаимонезависимые системы норм, такие как позитивное право и мораль»⁴⁸⁵. Он полагает, что государство вполне способно оставаться суверенным, будучи субъектом международного права – правового децентрализованного «союза государств»⁴⁸⁶. Иные правоведы дополняют и отмечают,

⁴⁸² Применительно к проблеме международно-правовой ответственности, Дж. Остин упрекается за отождествление последствий международных санкций с последствиями, наступающими за нарушение моральных норм – порицанием, отказом заключать договоры и соглашения о сотрудничестве, а также особыми формами, например, санкциями или инициацией военных действий (Kelsen H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. С. 66).

⁴⁸³ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 397-417. «Международное право является правом в том же смысле, что и национальное право, при условии, что в принципе возможно толковать применение силы, направленное одним государством против другого, либо как санкцию, либо как правонарушение» (См.: Kelsen H. *Principles of International Law*. New York: Rinehart & Company. 1952. С. 18). Дж. Остин категорически не согласен: «...каждое государство может принять свое собственное международное право; обеспечивать соблюдение этого закона своими собственными судами или своей военной силой (по крайней мере) в отношении других наций. Это, однако, не международное, а национальное или гражданское право с точки зрения санкции... Если бы одна и та же система международного права была принята и справедливо применялась каждой нацией, эта система отвечала бы самим целям закона, но из-за отсутствия общего правителя ее нельзя было бы назвать таковой с уверенностью. Если бы суды, общие для всех наций, управляли общей системой международного права, эта система, хотя и была бы в высшей степени эффективной, все равно, по той же причине, была бы системой моральных норм. *Согласованное мнения всех стран по поводу поддержки таких судов и подчинения их постановлениям может быть в любой момент отозвано без юридических последствий*» (Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 575; курсив наш – А.И.). Эта же позиция автора встречается и в других местах (Там же, с. 635, 754 и др.).

⁴⁸⁴ Kelsen H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. С. 66. С упреками, касающимися «примитивности», спорит Г. Харт: «нет никаких установленных принципов, запрещающих использование слова “право” по отношению к системам, где отсутствуют централизованные санкции, и есть хорошие основания (хотя нет и принуждения) использовать выражение “международное право” в отношении системы, их не имеющей» (Харт Г.Л.А. *Понятие права*. С. 201). Об этом же см., например: Williams G. L. *International Law and the Controversy Concerning the Word Law* // *Brit. YB Int'l L.* 1945. Т. 22.

⁴⁸⁵ Kelsen H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. С. 67.

⁴⁸⁶ Монистической концепцией «часто злоупотребляют», поэтому «некоторые предполагают возможным из того факта, что международное право стоит над государством, вывести то, что суверенитет государства существенно ограничен и что за счет этого можно создать действенную организацию мирового права... Ответ на вопрос о том,

что межнациональные и иные союзы приводят к тому, что «не только внутри, но и вовне государство, будучи членом международного общения, признает себя связанным нормами международного права, не подчиняясь, однако, тем самым какой-либо высшей власти»; но для участия в общении необходимо «предварительное, явное или молчаливое, согласие» политической власти⁴⁸⁷. С этой точки зрения, международные нормы являются не *только лишь* инструментом морали и конвенционального самообязывания, но предстают в качестве «правового» условия пребывания такой власти в международном сообществе, предъявляя формально равные требования ко всем участникам общения⁴⁸⁸.

Думается, что в указанном споре нет однозначного ответа, поскольку каждая из приведенных теоретических позиций оперирует собственными критериями истины для определения верности или ложности своих и чужих построений и выводов – каждый прав в своей области. Тем не менее, стоит отметить, что правовой скептицизм Дж. Остина и юридический «монизм» Г. Кельзена местами недостаточно полно описывают реальность⁴⁸⁹, а релевантность обоих подходов стоит усматривать лишь в связи с дополняющими комментариями. Ошибку Г. Кельзена следует, вероятно, усматривать в том, что его восприятие международного права

насколько суверенитет суверенного государства может быть ограничен признаваемым этим государством международным правом, нельзя дать на основе содержания международного права; такой ответ также нельзя вывести из понятия суверенитета. Вместе с тем, позитивное международное право не устанавливает никаких границ для ограничения государственного суверенитета в смысле ограничения свободы действия государства... вопрос о том, в какой степени свобода действия государства должна или может быть ограничена правительством этого государства — это вопрос политики. Ответ на этот вопрос не может быть выведен ни из примата международного права, ни из примата государственного права» (Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 415-417).

⁴⁸⁷ Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 683; Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 268. «...Осознание, что существует много возможных форм и степеней зависимости и независимости, - это шаг по направлению к ответу на утверждение, что поскольку государства суверенны, они “не могут” быть подчинены международному праву или быть связанными им, или “могут” быть связаны лишь некоторой специфической формой международного права. Ибо слово “суверенность” означает здесь не более, чем “независимость”; и, как и последнее, определяется негативно: суверенное государство – это государство, не являющееся объектом определенных форм контроля, и его суверенность – это та область поведения, в которой оно автономно» (Там же, с. 223). Отстаивание классического и исходного значения слова «суверенность» тождественно, по его мнению, «не подкреплённой разумными требованиями догме».

⁴⁸⁸ Там же, с. 224-227. «Золотая середина» не имеет возможности дать ответ на основной вопрос, уходящий корнями в определения понятий права и верховной политической власти, - из «осторожных» формулировок неясно, является ли государство, даже если оно выступает субъектом права, действительно (безусловно) связанным нормами международного права – «область независимости государств», что вынужден признать сам Г. Харт, вызывает множество сомнений, что, тем не менее, не следует толковать в качестве довода в пользу абсолютной независимости правопорядков. Это вопрос политики.

⁴⁸⁹ «Страны Европейского союза признают, и на настоящее время независимые страны Британского союза признают юрисдикцию внешних правовых институтов над ними, тем самым опровергая теорию Остина. И законодательство большинства стран содержит контрпримеры к утверждению Кельзена» (См.: Raz J. Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. Legal Theory. 1998. Т. 249. С. 258).

в качестве позитивного и высшего (из соображений реального обеспечения формального равенства государств-участников) по отношению к национальным правовым порядкам предполагает нормативное единство всех существующих правовых порядков⁴⁹⁰, что невозможно – общечеловеческого права не существует. В первую очередь потому, что объективно не существует феноменов «общечеловека» и «усредненного» правового порядка, которые выступили бы адресатами общих для всех норм. Во вторую очередь, «существуют обширные области, особенно в конституционном и международном праве, которые обычно включаются в сферу права, но к которым критерий принуждения, по-видимому, неприменим. Затем эти области либо последовательно оставались вне сферы действия закона (как у Остина) или в более или менее ловкой и убедительной манере была предпринята попытка обнаружить принудительную составляющую и в этих областях»⁴⁹¹. Иными словами, если бы мы назвали международный правовой порядок *принудительным* правовым порядком, то мы выдали бы желаемое за действительное и главенствующей посчитали бы реальность права, а не реальность эмпирических фактов⁴⁹². И все же позитивизм Г. Кельзена, на наш взгляд, оказывается неуязвим для «неаутентичной» критики, ибо вопросы политики не имеют прямого отношения к «чистой» теории права. Она на их познание и не претендует⁴⁹³.

Аналогичной является ситуация, складывающаяся вокруг концепции Дж. Остина. По нашему мнению, не меньшая правота и бесспорное достоинство концепции английского правоведа мыслятся в том, что сфера политики из раза в раз доказывает конечный моральный характер «основной нормы международного права», не способной действительно предупредить кризисные ситуации. Эта си-

⁴⁹⁰ Kelsen H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. С. 68, 70.

⁴⁹¹ См.: Ross A. *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*. Copenhagen: Munksgaard. 1946. С. 108-109.

⁴⁹² *Jus gentium*, понимаемое в качестве современного международного права, предполагает идею естественного права – обязательной для всех нормативной системы. Однако никакой, даже самый высокий идеал, не имеет никакого смысла для человека, если он не воплощается в действительности. Тем самым возникает существенное противоречие – первейшая же несправедливость в общении между людьми оказывается отрицанием всеобщности и универсальности естественно-правовых принципов; отказ любого правового порядка признавать «общечеловеческие» ценности в качестве таковых есть, по сути, смертельный удар по универсальности, требуемой самой сущностью таких прав (Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 566). Общеобязательность становится невозможной.

⁴⁹³ См.: Raz J. *The Authority of law: Essays on Law and Morality*. Oxford University Press on Demand, 2009. С. 293.

стема общего для всех наций права противоречива в целом ряде норм⁴⁹⁴, а жизнеспособность такой структуры неизбежно упирается в условие постоянной и сколько-нибудь единообразной поддержки и признания со стороны всех или хотя бы преобладающего большинства ее участников⁴⁹⁵. Это, однако, не означает, что суверенная власть имеет безусловный неограниченный характер, позволяющий ей руководствоваться исключительно собственными интересами; в указанной части, но не в части конечных выводов о сущности международного права, Дж. Остин совпадает с представлениями Г. Еллинека, Г. Харта и Г. Кельзена. Очевидно, ни одна человеческая власть не является абсолютной, а равно различные суверенные власти обычно заинтересованы в поддержании «международного мира», ибо это практически целесообразно, выгодно и полезно. Утверждать иное, означало бы отрицание содержательной части концепции основоположника позитивизма, связанной с констатацией условности верховенства любой власти, кроме власти Бога, действительно и единственно абсолютной⁴⁹⁶.

Примечательной является политэкономическая интерпретация указанной проблемы Дж. Остином. Так, начала равенства и свободной торговли являются, вероятно, интересом практически любого современного национального государства, руководствуясь которым каждое из них устремлено к созданию и поддержанию такой ситуации, когда одна держава не способна диктовать другим определенную экономическую политику, а равно устремлено обеспечить собственную включенность в подобную систему мирового рынка: «свобода международной торговли... способствовала бы интересам человечества и не возвышала бы одну нацию за счет всех других обществ». Действительно, суверенная власть и произ-

⁴⁹⁴ Эти нормы есть, по мнению Дж. Остина, нормы обычного права и позитивной морали, имеющие вид норм позитивного права (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 569).

⁴⁹⁵ Например, что касается *международной правосубъектности* (Austin J. The Province. С. 213-215). Согласно Дж. Остину, вопрос о верховенстве и реальности публичной власти вовсе не должен рассматриваться через призму международного права - «это вопрос факта» (Там же, с. 223). Международное право в части норм о признании решает вопрос о действительности конкретной публичной власти с юридической точки зрения, однако не способно решить вопрос о фактическом бытии уже установленной власти независимого политического общества (Там же, с. 377). Можно сказать, что как только Дж. Остин покидает сферу юриспруденции, он из позитивиста превращается в философа права, размышляющего о проблемах этики, политики, социологии и других смежных с правоведением сфер знания. Поэтому о суверене и праве Дж. Остин размышляет, в конечном счете, как о социально-политических, но не правовых, институтах. Ошибка Дж. Остина как позитивиста (если его понимать сугубо в этом очевидно ограниченном ключе) заключается в том, что в своем анализе он ушел «слишком далеко» (См.: Olivecrona K. Law as Fact. London: Stevens & Sons. 1971. С. 121).

⁴⁹⁶ Austin J. The Province. С. 19, 224.

водный от нее суверен никому не подчиняются, но в их интересах мирно сосуществовать с соседями и остальным миром, поскольку это выгодно для всех. Если такая мера и является неудобством или даже злом, то возможный отрицательный характер ее воздействия на независимое политическое общество есть гораздо худший исход.

Дж. Остин делает вывод: если независимые нации «хотят избежать беспорядка, возникающего в результате войны», то они «не будут стремиться к независимости друг от друга; напротив, они... максимально расширят свою взаимную зависимость. Если бы он (принцип свободной торговли – А.И.) был принят повсеместно и окончательно, этот принцип уничтожил бы войну; и, следовательно, он мог бы устранить рассматриваемое экономическое зло вместе с бесчисленными другими бедствиями, которые война причиняет человечеству»⁴⁹⁷. Подобные взаимоотношения суверенов, конечно, не являются правовыми.

Таким образом, по проблеме сущности публичной власти Дж. Остин подводит следующий итог. Юридическое ограничение государственной власти означало бы, во-первых, что существует некая иная, действительно верховная власть, способная обеспечить такое подчинение. Во-вторых, это означало бы обладание государством правосубъектностью: правами и корреспондирующими обязанностями⁴⁹⁸. Правовед оставляет небольшой комментарий, отмечая, что единственный «статус», которым может обладать подлинный суверен – его «статус» безусловного верховенства, упирающийся в возможности (не правомочия) и могуще-

⁴⁹⁷ Austin J. List on the Principles of the German Customs-Union. С. 526, 546. О том, что война, есть «большой риск в отношении последствий, которые редко предсказуемы с абсолютной уверенностью» указывает и Г. Харт. Он тем не менее, отмечает, что «хотя не существует международной полицейской силы», благодаря чему принятие государствами решений по вопросам войны и мира невозможно сковать, международное право все же оказывает известную меру давления на нарушителей (в чем совпадает со взглядом Дж. Остина) – вводит «настоятельные требования компенсаций... репрессалии и контрмеры» и так далее (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 220).

⁴⁹⁸ «Монарх... или суверенное собрание в его коллегиальном и суверенном качестве, не наделены статусом... Статус состоит или составлен из юридических прав и обязанностей, а также возможности иметь их и быть им подвергнутым... поскольку они являются просто созданиями позитивного закона общества, и поскольку этот позитивный закон является просто созданием суверена, мы не можем приписывать такие права и обязанности монарху или суверенному телу. Мы можем сказать, что у суверена есть власть (powers). Мы можем сказать, что суверен имеет права в силу Закона Бога; что суверен имеет права в силу позитивной морали; что суверен подчиняется обязанностям, установленным Законом Бога; что суверен подчиняется обязанностям, которые налагает позитивная мораль. Более того, суверенная власть может иметь законное право против подданного или подданных другого суверенного правительства. Но она не может быть связана юридическими обязанностями и не может иметь юридических прав против своих собственных подданных. Следовательно, суверенная власть одного или суверенная власть собрания в его коллегиальном и суверенном качестве не наделено статусом...; или оно не наделено статусом, ... вытекающим из позитивного права своего собственного политического общества» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 70).

ство политической власти⁴⁹⁹.

Представляется, что окончательное решение о подчинении международному правопорядку остается за государствами как субъектами международного права. Дж. Остин, вероятно, оказывается прав даже в случае, когда государство нарушает включенные в систему национального права положения международных актов, следовательно, и взятые на себя обязательства. Акт отрицания законодательства будет, с позиции сугубо юридической точки зрения, актом отрицания государством самого себя. Но в силу того, что государство одновременно есть политическая организация, ему не составит труда продолжать утверждаться в своей жизненности и заполнить образовавшийся правовой пробел иным национальным актом. С позиции Дж. Остина, отрицание международного права есть противостояние права и морали. Даже под угрозой ответственности в силу взятых на себя обязательств, государство «вправе» нарушить нормы международного права, ибо таковы возможности фактической власти, определяющей юридическую структуру этой последней. Отсутствие подобной возможности означало бы отсутствие суверенитета, «обменного» на членство в международном сообществе.

Получается, поскольку проблема связанности государства правом имеет метаюридический характер, обнаружить ключ к окончательному или хотя бы наиболее удовлетворительному ее разрешению в рамках правового позитивизма попросту невозможно⁵⁰⁰. Поэтому английский правовед прибегает к социологической (эмпирической) интерпретации факта социальной конвенции, моральным и религиозным представлениям, психологическим переживаниям.

⁴⁹⁹ Там же, с. 71.

⁵⁰⁰ Г. Еллинек вовсе полагал, что универсального (общетеоретического) решения этой проблемы не существует (Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 362).

ГЛАВА 4. ТЕОРИЯ ПОЗИТИВНОГО ПРАВА

Работа с результатами человеческой практики («нормами») позволяет Общей Юриспруденции абстрагироваться от исследования конкретных жизненных ситуаций. Исключительное внимание к частностям и к частным выводам было бы «медленным и неточным», а в общем смысле бесполезным и непродуктивным, потому как оно не давала бы генерализированного представления. Напротив, оперирование обобщенным опытом, отраженным в понятиях, осуществляемое с опорой на эмпирические факты, дало бы наиболее достоверный результат⁵⁰¹.

Если мы воспринимаем эмпирику для теории в качестве исходного начала, то имманентная привязка понятийного знания к подобному «логическому постулату» и «допущению» обеспечит как бытие эмпирических фактов в сфере мысли, так и возможность «истинных» выводов науки. Окажется возможным дедуцировать знание «любой степени важности». Утилитарная философия презюмирует тождество описываемых теорией свойств явлений с теми свойствами, которые обнаруживаются при непосредственном исследовании эмпирических фактов. Иными словами, приписываемые явлениям свойства есть реально существующие свойства, между теорией и эмпирикой существует причинно-следственная связь⁵⁰². Эта же связь присутствует между «первичными» выявленными свойствами и теми, которые оказались из них дедуцированными. Например, понятие «независимое политическое общество» всегда предполагает понятие «суверен»⁵⁰³, последнее, в свою очередь, предполагает существование «позитивного права». Законы касаются поведения людей, но относятся к ним как к субъектам права, находящимся в подчинении у верховной власти; следовательно, также необходимы понятия «лица», «права», «свободы», «обязанности» и так далее⁵⁰⁴. Фактическое отсутствие независимого политического общества или суверена, по мнению Дж.

⁵⁰¹ «Значимость классификационной деятельности зависит от обобщения на основе опыта» (Mill J. S. A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation. Т. 1. С. 345).

⁵⁰² Там же, с. 148, 163.

⁵⁰³ Austin J. The Province. С. 201.

⁵⁰⁴ Это же мнение мы находим у Дж. Локка: «Но что такое обязанность, нельзя понять без закона. А закона нельзя знать или предполагать без законодателя или без вознаграждения и наказания» (Локк Дж. Сочинения. Т. 1. С. 123).

Остина, означало бы логическую невозможность выведения такого утверждения и принципа как «право есть команда суверена», невозможность существования позитивного права и юриспруденции.

Таким образом, позитивное право в теории Дж. Остина имеет значение эмпирического факта, связанного с иными бытийными фактами – рассмотренными ранее порядком, государством и сувереном. Эта же связь отражена в понятиях. Действительно, понимание права как закона, санкционированного верховной властью и опирающегося на реальность санкции и причинения некоторого «зла» за неповиновение⁵⁰⁵, имеет огромное значение для юридического позитивизма. Но дело обстоит таким образом, что сами команды, вырастающий на их основе единый непротиворечивый правопорядок, понимание общественных отношений как правовых (в их идеальном нормативном смысле) сами по себе не являются исходной посылкой, служащей опорой для дальнейших изысканий⁵⁰⁶. Мы полагаем, что «социологический» позитивизм английского правоведа является крайне значимой причиной, в соответствии с которой не совсем верно начинать изложение его теории позитивного права с терминов «команда», «право», «свобода», «обязанность», «санкция» и «вменения» в случае, когда он особенно подчеркивает, что любое правовое состояние и отношения с необходимостью предваряют фактические социальные отношения. По его мнению, *истинным началом правовой плоскости является человек, физическое тело которого выступает носителем фиктивных качеств и сущностей*: «лиц», прав, обязанностей и соответствующих свойств правового субъекта⁵⁰⁷. Расстановка указанных акцентов предписана полезностью и

⁵⁰⁵ Austin J. The Province. С. 7, 25-26, 59, 145, 153-154.

⁵⁰⁶ «Приказы» власти, их обязательность и принудительная сила - самоочевидный факт; самоочевидность подразумевает исключение интенсивности в «движении истины в самой себе». Продуктивность исследования с опорой на указанные моменты обусловлена особенностью восприятия этих последних. Они не являются началом, но они есть следствие, следствие определенного способа мышления – нормативного.

⁵⁰⁷ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 347-391 и др. Нормы, предлагая формализованный «дубликат» фактических отношений, касаются человека не напрямую, а опосредованно – через фикцию «лица». «Здесь лицо – это не физическое или индивидуальное лицо, а статус или состояние, которым оно наделено» (Там же, с. 363). Лица в целом могут быть подразделены на два больших класса: на физических (physical) или естественных (natural) лиц и юридических или искусственных (fictitious) лиц. Под «физическим» лицом в указанной классификации нужно понимать в буквальном смысле физическое тело человека, которым он обладает как биологический организм и которое пребывает в заведомо неправовой сфере – в области фактических отношений как возможный носитель юридических свойств (Там же, с. 348). Состояние, в котором находится физическое тело человека, является негативным состоянием, поскольку пребывает в плоскости, не испытывающей прямого воздействия права. Правосубъектность в строгом

должна быть в обязательном порядке учтена перед рассмотрением материала, представленного в последующих параграфах.

4.1. Командная теория как теория позитивного права

Логическим основанием командной теории права в учении Дж. Остина, как показывает предшествующее изложение, является теория полезности. Тем не менее, исследование содержательной части позитивного права с опорой на принцип полезности, несмотря на утверждения обратного в литературе⁵⁰⁸, не имеет непосредственного отношения к «юридическим» выводам правоведа. Утилитаризм может обуславливать классификационную логику, предопределять важность эмпирической верификации знания в науке, даже ставить законы и команды в зависимость от факта политического господства, однако в части, где правоведем предпринимается попытка провести формально-догматическое исследование права, она не оказывает прямого воздействия, хотя, несомненно, в трудах Дж. Остина продолжают проглядываться «философские» и «социологические» нотки.

1. Закон как «команда» суверенной власти. Дж. Остин указывает, что закон есть легальная команда, сообщенная в прямой или косвенной форме, а равно вид команды как таковой⁵⁰⁹. Под «командой» правоведа понимает способ властно-

смысле позитивного права есть приобретенное свойство человека – «юридическое лицо, не связанное напрямую с его врожденными качествами или способностями.

⁵⁰⁸ «...Теория полезности не может быть защитой командной теории права. Защита такого рода состояла бы в смешении описания закона с его обоснованием. Это не была бы эмпирическая теория права, нейтральная по отношению ко всем моральным теориям. Очевидно, что Остин чувствует себя не совсем в своей тарелке из-за такого рода - самоналоженного - нейтралитета. Он снова и снова возвращается к темам стабильности и гласности правовых институтов. Остин сталкивается здесь с дилеммой, с которой приходится иметь дело любой “эмпирической” теории права» (Eleftheriadis P. Austin and the Electors // The Legacy of John Austin's Jurisprudence. С. 165). Автор игнорирует посыл Дж. Остина, связанный с необходимостью учитывать этический контекст для «метафизики» права. Игнорируется также, что полезность имеет доюридическое и методологическое значение – предписывает, будучи органичным сочетанием эмпирических и рациональных методов исследования, определять классы вещей, выводить определения и составлять понятия, «расчищать» сферу юриспруденции и т.д. Полезность, таким образом, может определять внешний облик научного знания, но не его внутреннее убранство – общенаучные методы не содержат ничего этического, какая бы скрытая цель не стояла за их применением. *Необходимо строго противопоставлять более широкую и очевидно этическую нормативную систему, куда включается юриспруденция и ее предмет представлен в качестве морального отношения между людьми, и более узкую сферу – область позитивного права, абстрагированную от каких-либо иных сфер.* Автор, по нашему представлению, верно указывает на включенность сферы юриспруденции в более широкую этическую систему в учении правоведа, но не разделяет «социологические» комментарии последнего и, собственно, позитивистский контекст: Дж. Остин, по его мнению, «предлагает нам практическую теорию, которая объясняет структуру права в качестве элемента гражданского состояния, то есть в качестве публичного нормативного порядка» (Там же, с. 168).

⁵⁰⁹ Если и стоит, согласно Дж. Остину, ставить знак равенства между понятиями «команды» и «позитивного права», то только в случае, когда «команда» понимается в узком смысле – как приказ верховной политической власти,

го выражения воли (в прямой или косвенной форме)⁵¹⁰, сопряженный с санкцией как негативным последствием игнорирования такой воли некоторым адресатом. В случае, если лицо не способно подкрепить свое требование «санкцией», то сообщенная воля может быть названа просьбой, но не «командой»⁵¹¹.

Команда всегда отдается конкретным субъектом (фактически – индивидуальным рациональным чувствующим существом или коллективным лицом, состоящим из таких существ; юридически – искусственным лицом или телом), она исходит от политически властвующего лица, в конечном итоге – от государства, и адресована подвластному лицу или лицам⁵¹². Этот «приказ» направлен на волю иного рационального существа, либо на коллективы и фиктивные сущности, приводимые в движение такими существами.

«Команда заключает в себе позитивное и негативное свойство: наделяет правовой свободой для чего-либо, ограждает *от* чего-либо». Закон устанавливается в результате одновременно «позитивного и негативного поведения определенного индивидуального или коллективного лица»: только это лицо имеет право на создание законов, следовательно, никто больше не способен легально претендовать на ту же функцию⁵¹³.

выступающий разновидностью команд. Команда выступает родовым объектом для любых видовых объектов, т.е. приведенное определение оказывается актуальным для различных источников права – от законов до приказов военных командиров, старших членов семьи и грабителей (Austin J. *The Province*. С. 6). Этот аспект, разумеется, создает известные трудности для строгой понятийной системы и классификации явлений, на что и указывает, например, Г. Харт. По его мнению, «команда» есть предельно абстрактный термин, не позволяющий разграничить различные виды команд – не все они исходят от суверена, многие из них имеют «кратковременную принудительную форму» (например, приказы грабителя или военного командира), а не постоянную и непрывивную как законы (Харт Г.Л.А. *Понятие права*. С. 56). «Одной из сложностей, с которой сталкивается каждый, анализирующий общее понятие “императив”, является то обстоятельство, что *для приказов, команд, просьб и других разнообразных форм императивов не существует общего слова, которое бы точно выразило намерение говорящего, чтобы другой совершил или воздержался от совершения определенного действия; аналогично, нет ни одного слова и для обозначения совершения или воздержания от совершения этого действия...*» (Там же, с. 242; курсив наш – А.И.).

⁵¹⁰ Указанные мысли можно обнаружить еще в трудах И. Бентама. Как отмечается, «Бентам подробно разработал взаимосвязи между различными аспектами воли, а именно командой, запретом, дозволением и недозволением, которые могут быть приняты законодателем с явной целью привести ясность, точность и последовательность в систему законодательства» (См.: Schofield P. *John Stuart Mill on John Austin (and Jeremy Bentham)* // *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. 2013. С. 247-248).

⁵¹¹ Austin J. *The Province*. С. 6-8, 11.

⁵¹² Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 534. Здесь очевидно совпадение с позицией Г.Ф. Шершеневича: «не то важно, кто выработал содержание нормы, особые ли органы власти, или отдельные ученые, или само общество, в своем целом или в своей части, - важно, кто требует соблюдения нормы. Если это требование исходит от высшей власти в данном общественном союзе, веления которой неспособны отменить никакая иная, стоящая над нею, власть, то такие нормы мы называем нормами права... Нормы права называются действующими, насколько соблюдение их требуется государством» (Шершеневич Г.Ф. *Общая теория права: Учебное пособие*. Т. 1. С. 238-239).

⁵¹³ Austin J. *The Province*. С. 158.

Команда-закон всегда имеет своим источником суверена и отдается по его «воле»⁵¹⁴. Из этого следует, что *право, в известной мере, отождествляется с командами суверена*, т.е. с «органом» государства и институтом власти, но не с самим государством или правопорядком. Указанная «воля» есть единичный акт и, взятая сама по себе, она, главным образом, касается только собственных действий суверена, поскольку не может предопределить действий других людей, абстрагируясь от того, чтобы как-либо воздействовать на адресатов. Если же «воля» суверена направлена на человеческое поведение с желанием гарантировать некий результат, то она принимает форму команды, поскольку желает и требует этого поведения. Содержание «воли» или желания суверена мыслится в том, что это не нормативное суждение о собственном разуме, а суждение о желаемом (должном) поведении других людей⁵¹⁵. Из этого следует, что команда есть «средство, используемое для реализации содержания воли, это инструмент в руках говорящего»⁵¹⁶.

Команда есть единица информации, раскрывающая содержание «воли» общающего ее лица. Объединяет легальную команду с иными способами волеизъявления то, что внешнее проявление воли при посредстве первой также бывает двояким. Если *воля обозначается посредством слов* (в речи или на письме), то команда считается прямо выраженной. Если *воля обозначается посредством знаков и символов, не связанных с вербальной формой*, например, посредством языка жестов, молчания или фактического поведения (*conduct*), то команда считается *неписанной или косвенно сообщенной (tacit)*⁵¹⁷. Команда, по Дж. Остину, не столько сообщает подвластному лицу информацию и некоторое знание, сколь-

⁵¹⁴ Там же, с. 138, 267-268. Ср. с точкой зрения И. Бентама: «власть и право, как и целый сонм фиктивных существ того же рода, являются – в том смысле, какой принадлежит им в юриспруденции, - результатом того или иного проявления воли законодателя в отношении такого-то и такого-то действия» (Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 134).

⁵¹⁵ «Юридические нормы... суть правило должного и в этом смысле веляния. Будучи правилом должного, они... всегда повелевают, всегда указывают, что и как должно быть сделано для разграничения сталкивающихся интересов» (Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. С. 187; курсив наш – А.И.). Аналогичное мнение можно обнаружить у Г. Кельзена: Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 30, 39-40, 87, 90 и др.

⁵¹⁶ См.: Olivecrona K. The Imperative Element in Law // Rutgers Law Review. Т. 18. 1964. С. 796.

⁵¹⁷ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 102.

ко воздействует на его поведение⁵¹⁸. Закон есть сущая норма, являющаяся требованием должного поведения (она обращена в будущее⁵¹⁹). Она как предполагает определенный тип понимания некоторых объектов права властвующими лицами, так и определенный тип воздействия на понимание подвластных⁵²⁰.

С другой стороны, «волевая» концепция команды содержит один существенный изъян, а потому подвергается справедливой критике Г. Кельзенем. Понятие «воли» в теории Дж. Остина связывается «чистой» теорией права с «излишней и опасной фикцией “воли” законодателя или государства», в результате чего английский правовед уходит прочь из плоскости строгой юридической науки⁵²¹. Ошибка заключается в том, что, Дж. Остин не приводит самостоятельного определения «нормы» ни в этическом, ни в юридическом смысле, а обращается к общим категориям и воспринимает норму как волеустановленный эмпирический факт. Отсутствующее понятие «нормы» можно составить из признаков, относимых к ней и перечисляемых самим автором. Строгое понятие «нормы» включает в себя характеристики «закона» и «команды», однако охватывает более широкий круг объектов. Так, о наличии именно «нормы» свидетельствует то, что легальное

⁵¹⁸ Неудивительно, что в указанном смысле английского правоведа критикуют за слияние интеллектуального и волевого моментов в команде (Oliverson K. Law as Fact. С. 127; Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 30). Однако невозможно спорить с тем, что закон или команда как таковая «устанавливается одним разумным и рациональным существом для других разумных и рациональных существ» (Austin J. The Province. С. 4; курсив наш – А.И.). Говоря словами Т. Гоббса, «закон есть закон лишь для тех, кто способен его понимать», поскольку «отсутствие всякой возможности знать закон служит основанием для полного оправдания. Ибо закон, знание которого для человека невозможно, не имеет для него обязательной силы» (Гоббс Т. Левиафан. С. 376, 419). В аналогичном смысле рассуждает Дж. Локк (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 293).

⁵¹⁹ «Обязанность касается будущего. Обязанность по отношению к прошлому поступку... - это противоречие в терминах» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 444; курсив наш – А.И.).

⁵²⁰ Как указывается, «в императиве понимания скрыты... требования долга, обращенные как к понимаемому, так и к понимающему, которыми по совместительству являются и не могут не являться субъекты правоотношений. Как одну, так и другую сторону понимание призывает к взаимоуважению через взаимопознание» (Право. Порядок. Ценности: монография. С. 72). Непосредственное воздействие права всегда является легальным, но то, что обеспечивает бытие его действительности, всегда пребывает в сфере этики – вне, собственно говоря, Буквы закона.

⁵²¹ Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. С. 54-57. С опорой на термин «команда» Г. Кельзен оспаривал тот факт, что команды в теории Дж. Остина есть нормы права, ибо для бытия команды важны два основополагающих критерия: воля и ее сообщение (в любой форме) адресату. По его мнению, команда есть форма внешнего проявления воли, исходящая от одного индивида и направленная на поведение другого индивида. *Норма права*, напротив, не имеет непосредственного отношения к воле законодателя, ибо ее бытие обуславливают только специальные законодательные процедуры и логика позитивного права; если так, то она *вовсе не отражает содержание ни чьей реальной воли – только свидетельствует о наличии легальной обязанности* (Там же, с. 55). Наличие «волевого» момента в теории Дж. Остина обусловлено, конечно, «фикцией» суверена, на которой мы останавливались ранее. Однако употребление слова «воля» становится постольку релевантным, поскольку она используется в переносном смысле. Чаще всего это именно так, поскольку правовед отмечает, что при буквальном толковании текстов законов нужно учитывать их буквальный смысл, а не мотивы и цели нормотворцев (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 624, 989-990, 995). Указание английским правоведом на необходимость работы с текстом через буквальное его толкование не снимает, тем не менее, проблему незримо присутствующей воли человека.

правило *в целом предписывает* (и предписывает императивно – с опорой на санкцию) совершать, воздерживаться от совершения, либо не совершать в принципе действия определенного класса в течение конкретного времени или неопределенного срока (т.е. до дальнейшего распоряжения). «Норма» Дж. Остина, что сближает ее с позитивными законами, ограничивается ситуациями, направленными на классы объектов, т.е. на действия и воздержания от совершения действий в целом⁵²².

«Команда» Дж. Остина, таким образом, есть общая «норма права», если она является юридически «обязывающей» командой, т.е. порождает легальные обязанности для своих адресатов. Подобного рода команды в теории Дж. Остина именуется легальным общим императивом. Они предписывают совершать действия определенного рода (класса), либо воздерживаться от их совершения в целом – такие команды именуется «законами» или «нормами». Им свойственны те черты, которые выделяются современной правовой теорией: абстрактность, общеобязательность, формальная определенность, нормативность, неперсонифицированность, неисчерпаемость, связанность с государством и т.д.⁵²³.

Если рассматривать термин «норма» в узком смысле, то в концепции права-веда он не охватывает правила, однократно предписывающие определенную модель поведения, если правило исчерпывается после его совершения⁵²⁴. Получается, что не все формально опосредствованные акты «воли» суверена имеют статус «норм», хотя многие из них неизбежно имеют силу законов; в схожем положении пребывают так же и индивидуальные нормативно-правовые акты. Такие команды у Дж. Остина называются *«частными» командами*, то есть императивами, предписывающими совершать, воздерживаться от совершения или не совершать в

⁵²² Об этом же см.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. С. 160-161.

⁵²³ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 637. Правовед дает следующий комментарий, относящийся к абстрактности языка права: «в соответствии с замечанием Канта о том, что выражение некоторой максимы или принципа в абстрактных и общих терминах суть доказательство (или презумпция) того, что максима или принцип, будучи максимой или принципом, согласуется с истиной и разумом... Это, безусловно, суть доказательство (или презумпция) того, что, по мнению стороны, которая, таким образом, выражает максиму, максима соответствует разуму и может быть доступна для ознакомления прочим лицам» (Там же, с. 643). Таким образом, формальная определенность и известное совершенство языка права есть то, что способствует распространению общих знаний (правовых принципов) о сохранении правовых норм среди подвластных, целесообразная форма такого бытия права и его распространения. Из этого также следует *логическое подтверждение возможности информационного воздействия команд.*

⁵²⁴ Austin J. The Province. С. 14.

конкретном, индивидуально-определенном случае. Они всегда направлены на урегулирование специальных единичных случаев, которым свойственен срочный характер: к ним можно отнести акты судов и органов исполнительной власти как форму реализации права⁵²⁵ (т.е. в отношении индивидуально-определенного лица или лиц), либо, например, приказы о расквартировке войска и запрет на экспорт определенного товара или сырья в условиях дефицита⁵²⁶. Возможны также и «частные» команды суверена, прямо не упирающиеся в действующее позитивное право и даже противоречащие ему. Ярким примером служит объективное вменение⁵²⁷.

Команды суверена также могут быть *абсолютными или условными*. В первом случае нормы законов действуют всегда и вне зависимости от конкретных обстоятельств (обязанность уплачивать налоги и сборы); во втором случае они начинают действовать для правовых субъектов только тогда, когда они выполняют или не выполняют требование, указанное в диспозиции нормы⁵²⁸.

2. Принцип «сила есть право» (Might is right) в концепции Дж. Остина.

Г. Харт критиковал предполагаемое «вплетение» в верховенство права голого физического (политического) насилия, используя для описания указанного феномена формулировку «приказы, подкрепленные угрозами». Тем не менее, релевантность указанного принципа для юридического позитивизма, а равно для позитивистской командной теории права оспорил еще сам Дж. Остин. Политическая сила есть, как мы установили, условие существования позитивного права; правовая же «сила» - терминологическая аналогия, признающая «право» власти на

⁵²⁵ Там же, с. 15. И. Бентам отмечал: если «статутное право состоит из команд», то «английское Общее право – из квази-команд» (Bentham J. A Fragment on Government. С. 139). Дж. Остин мог бы возразить, отметив, что Общее право создается «частными» командами специально уполномоченных сувереном судей. Поскольку государственная власть в правовой плоскости есть единый юридизированный (централизованный) порядок, то вынесенное судьей решение от имени суверена будет тождественно актам, созданным верховным законодательным органом, либо непосредственно сувереном (монархом). *Дж. Остин утверждает об условно самостоятельном характере судебных команд*, к чему мы обратимся несколько позже.

⁵²⁶ Austin J. The Province. С. 14.

⁵²⁷ «Деяние, не являющееся преступлением в соответствии с действующим законодательством, вызывает недовольство суверена: и, хотя совершившие это деяние лица юридически невиновны или не совершают тем самым преступления, суверен приговаривает их к наказанию» (Там же). С позиции Дж. Остина, существование подобной команды является допустимым случаем – такая возможность предопределена самой природой суверена, т.е. его политическим верховенством и неограниченностью. Зло подобного рода не будет связано с законным наказанием или санкцией, это будет политическое применение принудительной силы со стороны государства. Тем не менее, реакция общества на подобное применение насилия может иметь самый негативный характер.

⁵²⁸ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 355.

насилие через указание на процедурность насилия, т.е. его регламентацию и ограничение. Приписывание основоположнику позитивизма мнения о том, что «сила есть право» означает не просто вульгарное искажение посыла английского правоведа, но еще и безусловное возведение в абсолют предполагаемого тождества политики и права⁵²⁹.

Юридическое верховенство суверена связано с управлением подданными посредством формальных требований (т.е. «слов и обещаний»), пользуясь терминами Т. Гоббса⁵³⁰); даже санкция как негативное последствие, имеющее прямое воздействие на фактическое состояние людей, представляет собой не столько господство политических фактов и только «лишь угрозы нанесения вреда и ничего более», сколько верховенство абстракций и фикций, отвечающих за формализацию человеческого поведения⁵³¹. Фактическая власть господствует опосредованно – через наделенных полномочиями лиц; ее бытие не имеет непосредственного выражения в области права. «Часто утверждалось, что “право - это сила” или что “сила - это право”. Но это противоречивое утверждение (облюбованное приземленными насмешниками и фиглярами) является либо простой прописной истиной, жеманно и неясно выраженной, либо насквозь ложной и абсурдной. Если это означает, что сторона, обладающая правом, обладает этим правом благодаря своей собственной силе или власти, то это утверждение ложно и абсурдно. Ибо сторона, обладающая правом, обязательно обладает этим правом благодаря могуще-

⁵²⁹ Это утверждение способно привести к мысли, в соответствии с которой концепция Дж. Остина в действительности выстроена на основе уголовного права, ибо уголовный статут «из всех разновидностей закона имеет наибольшее сходство с приказом, подкрепленным угрозами» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 29). Но при такой интерпретации неясно, каким образом в теории Дж. Остина вместе с «принуждающими приказами» могут сосуществовать «законы частных лиц», акты судебного нормотворчества, акты толкования, нормы-декларации, нормы и акты технического характера, нормы-определения, нормы-принципы и так далее (Austin J. The Province. С. 21-26, 30, 143, 301-303 и др.; Austin J. Lectures. Т. 1. С. 441-443, 478-479 и др.; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 524, 637, 989-990 и др.).

⁵³⁰ «Ибо о царствовании в настоящем смысле слова можно говорить лишь в отношении того, кто управляет своими подданными при помощи слов и обещания награды тем, кто повинуются, и угрозы наказания тем, кто не повинуются» (Гоббс Т. Левиафан. С. 497).

⁵³¹ Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 27. Как нам кажется, под словом «вред» в теории Дж. Остина понимается не приведение в исполнение голой насильственной угрозы, но «зло» в широком этическом смысле, частное проявление которого - страдание в его различных формах. Кроме того, у Остина видно, что для юридического бытия нормы достаточно ее санкционированности, но для бытия ее действительности одной санкции будет, очевидно, недостаточно. Мы уже показывали, что Г. Харт игнорирует этико-психологическую (субъективную) интерпретацию, предложенную Дж. Остином, в связи с чем приходит к неверным выводам, утверждая, в частности, что в теории предшественника команда не отражает, например, необходимое «уважение к власти», только «способность причинять ущерб» и «апелляцию к страху» (Там же, с. 28).

ству или власти другого лица... Если это означает, что каждое право является порождением силы или власти, то это утверждение - просто трюизм, замаскированный противоречивым языком. Ибо каждое право (божественное, легальное или моральное) основывается на корреспондирующей обязанности: то есть обязанности, лежащей на стороне или партиях, отличных от партии или партий, наделенных правом. И, очевидно, что эта корреспондирующая обязанность не была бы собственно обязанностью, если бы закон, касающийся ее наложения, не поддерживался силой»⁵³².

Правовед касается этой же проблемы в ином месте: «Что подразумевается под утверждением, что право - это сила (power)? Сторона, наделенная правом, наделяется этим правом благодаря корреспондирующей обязанности, возложенной на другое лицо или лиц. И эта обязанность обеспечивается не силой стороны, наделенной правом, а силой государства. Государство наделено силой; и благодаря силе..., сторона, наделенная правом, имеет возможность реализовывать его или пользоваться им»⁵³³.

Принцип «сила – это право» в рассмотренном смысле имеет дело лишь с политической причиной и конечным юридическим следствием; он не затрагивает промежуточные звенья и логику перехода одного состояния в другое, следовательно, дает неверную оценку затронутой проблеме. Дж. Остин допускает наличие «прав» у верховной власти только в случае, если она сама оказывается подчинена иной верховной власти, либо если под «правом» мы понимаем моральное право или божественное право-прерогативу⁵³⁴. Оба последних касаются не предмета Юриспруденции, но оправдания и признания справедливым его бытия.

Мы делаем вывод о том, что команды суверена не просто, в конечном итоге, подкрепляются угрозами, но выступают условиями юридического бытия какого-либо принуждения. Команды «санкционируют» угрозы, т.е. предусматривают процедурные правила и условия, в соответствии с которыми «юридическое» государство и все должностные лица легально способны применять эту силу. На это

⁵³² Austin J. The Province. С. 305-306; курсив наш – А.И.

⁵³³ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 398.

⁵³⁴ Austin J. The Province. С. 305-310.

же указывает Г. Кельзен, игнорируя, однако, факт присутствия указанной логики в концепции Дж. Остина⁵³⁵. Верно, на наш взгляд, отмечается, что «государственное принуждение, охраняющее право от нарушений, облечено в правовые формы... и имеет процессуальный порядок применения. Осуществление принуждения вне права (даже для защиты права) означает нарушение стабильности в обществе, которая является целью любого права»⁵³⁶. Отрицание правом собственной непосредственной цели устанавливает непреодолимое противоречие между сущностью права и его реализацией – это лишено полезности, поскольку подрывает правопорядок⁵³⁷.

Полностью раскрыть идею о необходимой легальности команд оказывается возможно при обращении к идее практической целесообразности, занимающей центральное место как в утилитаризме, так и в ряде иных концепций. Разум человека выявляет некую необходимость, которая, в свою очередь, диктует обществу следующее условие: обладать монополией на причинение «зла», т.е. насилия по отношению к персонам, может только государство⁵³⁸. Само существование государства как организованного социального бытия человека, упорядоченного политикой и правом, сводится к недопущению существования иного насилия, кроме его собственного, к поддержанию состояния порядка. Причем насилие это является всегда легальным, потому как юридизированная деятельность государства (по большому счету – вся его деятельность⁵³⁹) имеет имманентный правовой характер, даже в самых жестких недемократических режимах и вне зависимости от наших суждений о позитивном праве. В противном случае, т.е. без существования публичной власти и общеобязательных норм, общество откатывается к лишенному организации состоянию анархии, несовместимому с государственностью как состоянием порядка, а равно и с идеей общего блага.

3. Санкция. Необходимые условия существования закона – суверен и неза-

⁵³⁵ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 53. Об этом же: Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. С. 57-59.

⁵³⁶ Право. Порядок. Ценности: монография. С. 247.

⁵³⁷ Согласно метафоре Р. Иеринга, совершенный правопорядок господствует только там, где сила, с которой правосудие держит меч, равняется искусству, с которым оно владеет весами (Иеринг Р. Избранные труды. В 2 т. Т. 1. СПб., 2006. С. 24).

⁵³⁸ См.: Вебер М. Политика как призвание и профессия // Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 644-645.

⁵³⁹ Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 679, 681-682.

висимое политическое общество⁵⁴⁰, легальные законодательные полномочия, легальная возможность принудить к подчинению и подвластные лица⁵⁴¹. Отдельного внимания заслуживают юридические санкции.

Легальная санкция есть свойство или необходимый элемент всех исходящих от суверена актов; она выступает отличительной особенностью, *свойственной только командам суверена*. Ее можно назвать опосредованным выражением политической «силы» (might) суверена для тех, кого эта «сила» может коснуться. Наиболее распространенное отношение к санкции предполагает, что она есть «зло» неподчинения⁵⁴². Она оказывает двойственное воздействие: постоянное «мотивирующее» или «информационное» и «активное». В первом случае, санкция, как и команда, есть единица информации, содержащая сведения о правах и обязанностях⁵⁴³. Во втором случае, санкция связана с непосредственным вменением – юридической ответственностью или «претерпеванием зла» в результате нарушения правовой обязанности. «Это условное зло является Санкцией, которая обеспечивает исполнение обязанности, или обязанность санкционируется этим условным злом»⁵⁴⁴.

Санкция, в первую очередь, свидетельствует только о существовании юридической обязанности, следовательно, о формальной императивности норм. Иными словами, для функционирования системы позитивного права достаточно того, что лицо является обязанным в силу подверженности «злу» санкции, т.е. в силу существования самой санкции⁵⁴⁵. Реальность обязанности не ставится в за-

⁵⁴⁰ «Все действующие позитивные законы в отдельном обществе обязаны своей юридической силой прямо выраженной воле суверена или его молчаливым санкциям» (Austin J. Centralization. С. 222).

⁵⁴¹ «...Позитивный закон установлен или направлен исключительно на подвластное лицо или лиц его создателя: или позитивный закон установлен или направлен исключительно на члена или членов общества, в котором его создатель является сувереном» (Austin J. The Province. С. 380).

⁵⁴² Там же, с. 8, 379. Поразительно близкими оказываются приведенное определение и определение Т. Гоббса. Хотя английский философ и отождествлял понятие «греха» с нарушением закона и неуважением к законодателю (Гоббс Т. Левиафан. С. 404), его определение «наказания» (санкции) все же стоит считать релевантным: «наказание есть зло, причиненное государственной властью тому, кто совершением или несовершением какого-либо деяния сошел, согласно суждению той же власти, правонарушение» (Там же, с. 433).

⁵⁴³ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 16.

⁵⁴⁴ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 409. Нетрудно заметить, что и в ситуации вменения также будет незримо присутствовать «информационное» воздействие санкции, поскольку акт применения права представителями государства неизбежно содержит указание на то, какие права и обязанности были нарушены и в соответствии с какой нормой были определены степень и мера «зла», обращаемого на виновное лицо.

⁵⁴⁵ Там же, с. 409-410, 444. Г. Харт, как представляется, не совсем верно уловил смысл обозначенного утверждения. По его мнению, «Остин сначала допускает, что автор команд должен обладать действительной властью причинить

висимость от мотивов подчинения или реальности самого подчинения⁵⁴⁶. Как указывал Г. Еллинек, правовые нормы есть модели общественных отношений, их содержание не совпадает и не может совпадать с реальной жизнью, а создаваемые ими гарантии условны, поскольку создаются человеком и в реализации также упираются в его волю и его поступки⁵⁴⁷. Во вторую очередь, *наличие санкции означает санкционированность некоего правила или нормы государством*; они исходят от него и опираются в исполнении на возможности публичной власти.

Из трудов Дж. Остина следует, что проблема санкции должна быть рассмотрена в ключе аналитической философии права. По мнению правоведа, философско-правовое исследование сугубо юридических вопросов привело к тому, что «термин санкция, или принуждение к повиновению, применяется как к условному добру, так и к условному злу» без проведения различий между ними. Термин «санкция» употребляется применительно к тем явлениям, которые не имеют отношения к правовым обязанностям и легальному бытию обязательства как такового. Во-первых, *легальная санкция смешивается с условным «добром»*, например, с обещанием вознаграждения, т.е. обязательность формальных требований привязывается к позитивным последствиям для адресата, а не с санкцией⁵⁴⁸. Во-вторых, *термин «санкция» распространяется на круг объектов, не связанных напрямую или вовсе со «злом» неподчинения позитивным законам*.

«Физическая» санкция, предложенная И. Бенхамом, не давала указания на источник такой санкции, следовательно, было невозможно установить их харак-

возможный вред; однако затем он ослабляет это требование, предполагая, что на самом деле достаточно малейшего шанса малейшего зла» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 244). Глубоко ошибочным было бы считать факт политического господства и последующей возможности законодательствовать несвязанным с легальной действительностью норм. «Двусмысленность в определении Остином» отсутствует, если мы будем в верном, сугубо позитивистском духе, отождествлять юридическое бытие обязанностей с санкционированностью государством норм, содержащих такие обязанности. Как верно указывает Г. Кельзен, «*некий минимум т.н. действительности есть условие ее (правовой нормы – А.И.) действительности*» (Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 21; курсив наш – А.И.).

⁵⁴⁶ Austin J. The Province. С. 9-10.

⁵⁴⁷ Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 341-342.

⁵⁴⁸ Слияние терминов «награда» и «санкция» означает, что норма фактически предполагает ситуативное исполнение ее предписаний и является диспозитивной. «Награда» свидетельствует, главным образом, не о наличии легальных прав и обязанностей, связанных с необходимостью ее получения для граждан, но о каком-то внешнем мотиве (желании награды), с которым единственно может быть связана действительность нормы (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 91). Эти нормы единственно обязательны только для государственных лиц, присуждающих награду, но получение награды и совершение действий, направленных на получение такой награды, остаются на усмотрение исполнителя. Из этого следует, что некритичное использование термина «санкция» в отношении диспозитивных законов отождествляет, в понятийном смысле, их содержание с содержанием императивных законов.

терные особенности. Отдельное выделение «физической» санкции означало бы, что она описывает одновременно все явления, связанные с родовым понятием «санкция» по той или иной причине, а равно и никакие вообще⁵⁴⁹. Кроме того, обязательность нормы оказалась бы связанной с неюридическим феноменом, а не с формальной императивностью, проистекающей из санкционированности норм государством⁵⁵⁰. В этой связи Дж. Остин считает нецелесообразным в основу классификации помещать способ воздействия санкции, поскольку им не исчерпывается описываемое явление⁵⁵¹.

«Естественная» санкция, выделенная Дж. Локком, отсылает нас к акту любого человеческого возмездия в рамках фактических отношений. Однако строгая юридическая наука не может использовать термин в указанном значении, поскольку станет невозможной логика юридического понятийного аппарата – станет невозможно четко описать неисполнение обязанностей и нарушения императивного закона⁵⁵². Дж. Остин отмечает, что итогом неверного словоупотребления является невозможность проведения грани между легальными обязанностями и иными обязанностями и последствиями. Не получится также с точностью определить, что именно стоит считать императивным законом и «злом» санкции как последствием его нарушения. Наконец, едва ли сохранится возможность классификации различных «зол», если не проводить различие между их источниками, «адресатами», соответствующими процедурами и вменением⁵⁵³.

Далее, рассматриваемые через призму санкции, команды суверена, понима-

⁵⁴⁹ И. Бентам под физической санкцией понимал «бедствия» - «страдания, постигающие человека в естественном или свободном ходе вещей» (Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 17). Примером такой санкции может служить пожар, гибель имущества или человека от огня вследствие небрежного обращения с последним. Воспламенение чего-либо как результат естественного, природного и закономерного есть, таким образом, «санкция» физического мира, живущего по обнаруженным человеком физическим законам. Тем не менее, неясно, может ли преступление (поджог) считаться бедствием или «физической» санкцией, если естественные процессы были запущены актом волеизъявления человека, иными словами, может ли «физическая» санкция быть рукотворной и в чем отличие природного воздействия от человеческого. Если мы скажем, что последствия наступают помимо воли пострадавшего лица, то это не даст нам точного ответа и не позволит преодолеть путаницу.

⁵⁵⁰ Austin J. Lectures. T. 1. 453-457.

⁵⁵¹ Austin J. The Province. С. 193-194. Допускается ошибка, смешивающая правовую санкцию и обязанность, в то время как между ними отсутствует прямая связь. Во-первых, санкцию следует понимать как «зло», а обязанность – как потенциальную подверженность «злу». Во-вторых, «зло» порождается не потенциальной подверженности ему, но деянием, противоречащим условиям этой подверженности – нарушением обязанности.

⁵⁵² Там же, с. 195. Не только санкция, но все право в целом можно признать естественным в силу того, что оно есть историческое явление, а равно, что оно производно от «естественной» способности человека мыслить, чувствовать и соиздавать.

⁵⁵³ Там же.

емые в качестве законов, *бывают императивными или «дозвоительными»* (permissive). «Императивность» в данном случае используется правоведом не столько для указания на санкцию, сколько для указания на то, что именно является содержанием «воли» суверена⁵⁵⁴. Сложнее дело обстоит с «дозвоительными» законами. Очевидно, что они, как исходящие от суверена нормативные акты, также содержат обязанности для адресатов норм – это делает их «по умолчанию» императивными. Существенное отличие «дозволяющих» норм заключается в том, что они наделяют правовых субъектов легальными правами, а наличие (непосредственное наложение) санкции, по мнению Дж. Остина, не является их определяющим моментом. Так, обладание правом неизбежно предполагает обязанность использовать его в определенных законами пределах. Нельзя наделить лицо «только правом»⁵⁵⁵, т.е. вынести его статус полностью в область свободы, поэтому различие между императивными и диспозитивными законами следует считать условным и относительным⁵⁵⁶.

Дж. Остин оспаривает устоявшееся разграничение санкций на гражданские и уголовные, т.е. на частные и публичные. По мнению английского юриста, если в основу классификации помещается причинение вреда «частным» или «публичным» интересам, то это вовсе не отражает конечного различия между двумя разделами. Так, любые нарушения права причиняют вред правопорядку, ибо связаны с нарушением законов, установленных суверенной властью. Дж. Остин предлагает если и подразделять санкции на частные и публичные, то со следующими оговорками: «в тех случаях, когда правонарушение является гражданским вредом, санкция применяется по усмотрению стороны, чье право было нарушено. Там, где правонарушение является преступлением, санкция приводится в исполнение по

⁵⁵⁴ «Если под Законами понимаются обязательные или санкционированные Нормы, то Законы являются... императивными...». Закон, исходящий от законодателя или судебного «нормотворца», с необходимостью императивный, поскольку «он налагает обязанность действовать определенным образом или воздерживаться от действий» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 355). Отсутствие действия через отказ или воздержание от него воспринимается правоведом в качестве формы действия.

⁵⁵⁵ Austin J. The Province. С. 25-26.

⁵⁵⁶ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 355. Однако возможна ситуация, когда лицу присуждается государственная награда. Лицо вправе получить ее или отказаться, а равно предпринимать действия, способствующие ее получению до того, как было вынесено окончательное решение о присуждении такой награды. В этой связи, лицо, представленное к награде, не имеет обязанностей и пребывает в ожидании церемонии награждения. Однако «императивная часть закона» никуда не пропадает – она незримо присутствует и адресована стороне, обязанной выдать или вручить такую награду (Austin J. The Province. С. 10).

усмотрению суверена»⁵⁵⁷.

3.1. Санкция как бытие субъективных прав (политических и правовых свобод) и обязанностей. Идея обязанности является центральной для командной теории Дж. Остина. Обязанности и формы ответственности возникают из команд и санкций и имеют в качестве конечного источника «волю» суверена. Из этого следует, что каждая команда, так или иначе сообщенная подвластному лицу, накладывает на это лицо правовую обязанность⁵⁵⁸. Обязанности, для исполнения которых необходимо совершить то или иное действие, называются правоведом *позитивными*; они заканчиваются, как правило, с исполнением необходимого предписания. Это весьма условно, поскольку, например, акт уплаты налогов связан с совершением активных действий с некоторой периодичностью. Те обязанности, исполнение которых не связано с совершением активных действий, сводятся к непричинению или воздержанию от причинения вреда и именуются *негативными* обязанностями; их действие заканчивается либо в силу исчезновения обязанности (прекращение чрезвычайного положения или снятие иных внутригосударственных ограничений), либо в силу исчезновения права, которое она призвана обеспечивать (обязанность предоставления государственной награды исчезает у должностного лица по итогу такого предоставления), либо с исчезновением самого государства⁵⁵⁹.

*Любая правовая обязанность, если только она не является аномальной и автономной, предваряет и гарантирует существование субъективных прав*⁵⁶⁰. Если

⁵⁵⁷ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 502. Что касается причинения «гражданского» вреда, Дж. Остин дополняет свое утверждение следующим образом: «...было бы правильнее сказать, что там, где нарушение является гражданским вредом, санкция приводится в исполнение по инициативе потерпевшего или его представителя; и что ответственность правонарушителя (если она вообще допустима) допускается потерпевшей стороной, а не сувереном или государством» (Там же).

⁵⁵⁸ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 394, 401. С этим мнением солидарен Г. Харт: «утверждение, что некто имеет обязанность или обязан, предполагает существование правила» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 91).

⁵⁵⁹ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 444. Вне зависимости от формы правовой обязанности, каждая из них, во-первых, направлена на оказание воздействия на будущее (и желаемое сувереном) поведение правовых субъектов. Во-вторых, каждая из них в качестве непосредственного предмета мыслит акты (или воздержание от совершения актов) человеческого поведения, поскольку *любая норма оказывает конечное воздействие и на возможные последствия человеческого поведения, выступающие косвенным интересом законодательной деятельности суверена*.

⁵⁶⁰ Там же, с. 395. Иными словами, термин «право» часто означает обязанность, возложенную на обязанную сторону, а равно право, которым обладает противоположная сторона» (Там же, с. 466). Г. Кельзен, тем не менее, указывает, что подобное нерасчлененное отношение к праву (где право и обязанность есть различные стороны одной идеи) является не лучшим подходом в деле построения строгой и «чистой» юридической науки, ибо не обеспечивается условно самостоятельное бытие различных феноменов (Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analytical Ju-

обязанность есть следствие сообщенной сувереном команды, предписывающей делать или не делать что-либо, то право есть следствие, во-первых, существования обязанности и закона (следовательно, право существует благодаря принудительной силе государства)⁵⁶¹, во-вторых, следствие того, что такая обязанность создается для реализации обязанным субъектом по отношению к конкретному лицу, наделенному правом⁵⁶².

Всегда, когда частное лицо обладает правом, оно выступает потенциальным объектом государственно-правового вменения⁵⁶³. Это связано с тем, что, «строго говоря, не существует прав, не являющихся следствием закона»⁵⁶⁴. В указанном смысле, *любые договоры субъектов гражданско-правовых отношений («законы частных лиц»)* будут логическим продолжением позитивного права. Поскольку они упираются в реализацию прав и исполнение обязанностей, установленных общими нормами суверена, постольку они принадлежат сфере позитивного права. Легальное право всегда сопровождается правовой обязанностью и санкцией вне зависимости от того, установлены ли последние той же нормой, которой даруется право, либо средства правового обеспечения или защиты предполагаются в иных нормативно-правовых актах суверена. Право возможно лишь тогда, когда обеспечены легальные пределы выражения частной воли, а, значит, допустимые грани-

risprudence. С. 61). Для Дж. Остина, напротив, *логически чистые «право» и «обязанность»* (если только последняя не является «абсолютной», т.е. не имеет корреспондирующего права) *есть нечто невозможное*.

⁵⁶¹ «Все, что абсолютно необходимо для существования права определенного класса, - это простое указание в законе на лицо, которое им наделяется, в сочетании с некоторым заявлением или намеком на то, что это лицо должно принять право» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 878-879; курсив наш – А.И.) в любой пригодной для этого форме, в т.ч. молчанием.

⁵⁶² «Лицо обладает правом, когда закон уполномочивает его требовать от другого совершения действия или воздержания от его совершения» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 398). Используя слова Дж. С. Милля, «лицо, наделенное правом, есть лицо, извлекающее выгоду из наложения обязанности» (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 196), оно имеет *право на чужую обязанность*. Ср. с точкой зрения И. Бентама: «Положение человека в жизни устанавливается его легальным отношением к окружающим его лицам, т.е. устанавливается обязанностями, которые, будучи наложены на одну сторону, порождают права... с другой» (Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 147). Такое понимание «субъективного» права Дж. Остином является, как представляется, весьма широким. Указанная точка зрения, тем не менее, является распространенной и «позитивистски» верной. Ср. с мнением Е.Н. Трубецкого: «право в субъективном смысле складывается из правомочий и обязанностей, причем правам одних лиц всегда соответствуют обязанности других лиц» (См.: Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб. 1998. С. 152).

⁵⁶³ «Вменение, которое подразумевается в понятии вменяемости, есть связь некоторого поведения, а именно правонарушения, с правовым последствием» (Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 109). Выражаясь словами Дж. Локка, «ни для одного человека, находящегося в гражданском обществе, не может быть сделано исключения из законов этого общества» (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 316-317). И далее: «гражданский закон, являющийся актом государства в целом, тем самым имеет власть над каждой из отдельных частей этого государства» (цит. по: Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 317).

⁵⁶⁴ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 344.

цы фактических отношений: «право делать то, что не запрещено, предполагает обязанность других не препятствовать» моей реализации такого права: «стороны, наделенные правами, наделены правами, потому что другие стороны связаны командой суверена, предписывающей совершать действия или воздерживаться от их совершения»⁵⁶⁵.

В противном случае, необеспеченность правовой свободы и ее систематическое нарушение означало бы фактическое отсутствие права не только у конкретных пострадавших частных лиц, но и у всех остальных⁵⁶⁶, чем и обосновывается необходимость «борьбы за право» в смысле Р. Иеринга⁵⁶⁷. «Отказ от любых средств правовой защиты, прямых и косвенных, является полным отрицанием легального “права”; и отказ от наиболее эффективных средств правовой защиты сокращает в точной пропорции характер и ценность “прав”, которым все еще могут быть предоставлены некоторые незначительные формы признания»⁵⁶⁸. В указанном смысле, *санкцию можно назвать «исполнением пророчества»*, с необходимостью следующим за нарушением любого действующего закона или субъектив-

⁵⁶⁵ Там же, с. 365, 395. На примере права собственности правовед отмечает, что «...закон защитит или освободит владельца от любого нарушения его прав со стороны любого другого лица. Иными словами, все другие лица обязаны воздерживаться от действий, которые могли бы помешать или воспрепятствовать пользованию или осуществлению этого права» (Там же, с. 371). И далее: «*все права - это права на совершение или воздержание от совершения действий со стороны обязанных лиц*»; говоря иначе, обладание лицом правом означает, что то имеет легальную возможность ожидать и требовать от обязанных лиц такой модели поведения, когда ему либо не учинялись бы препятствия при реализации прав и обязанностей, либо, если такие препятствия все же были учинены, были бы предприняты все определенные законом действия и пройдены все процедуры, связанные с восстановлением нарушенных прав (Там же, с. 394; курсив наш – А.И.).

⁵⁶⁶ Прекрасный комментарий можно обнаружить у Дж. Локка: «Тщетно некое разумное существо устанавливало бы правила для действий другого, если бы у него не было власти награждать за соблюдение своих правил и карать за уклонение от них каким-нибудь добром или злом, которые не являются естественным результатом и последствием самого действия, ибо такие последствия, будучи, естественно, выгодными или невыгодными, действовали бы и сами по себе, без закона. Такова, если я не ошибаюсь, истинная природа всякого закона в точном смысле этого слова» (Локк Дж. Сочинения. Т. 1. С. 406). И далее: «*я действительно не имею никакой собственности, если другой может по праву отнять ее у меня, когда ему заблагорассудится, без моего согласия*»; без легального права на имущество, установленного законом общества, люди «не имеют вообще никакой собственности» (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 344; курсив наш – А.И.).

⁵⁶⁷ «...В сфере внутригосударственного права может быть верным то, что, если бы правонарушения, *как правило*, не наказывались, было бы мало или никакого смысла в конкретных высказываниях об обязанностях того или иного лица» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 90). Об этом же см.: Право. Порядок. Ценности: монография. С. 248, 441.

⁵⁶⁸ См.: Corbin A. L. Corbin on Contracts. 1950. Т. 2. С. 73. Можно сказать, что «без отлаженного механизма применения санкций за нарушения запретов право становится бессильным, а права членов общества превращаются в декларации, поскольку власть не способна организовать полноценное восстановление нарушенных прав, принуждение к исполнению обязанностей, наказание нарушителей запретов в праве» (Право. Порядок. Ценности: монография. С. 248). «Система юридических норм “ничего не будет стоить” без государственного опосредования актов поведения людей, их государственной оценки и охраны» (Там же, с. 441).

ного права⁵⁶⁹. Если же санкция не была предусмотрена командой, наделившей лицо правом, то задача определить соразмерную санкцию будет возложена на судебный орган.

Наделенное правом частное лицо также выступает субъектом условной политической свободы⁵⁷⁰. Политическая свобода означает «отсутствие ограничений»⁵⁷¹ и фактическую возможность беспрепятственно реализовывать содержание собственной воли⁵⁷². Право, понимаемое в узком смысле субъективного права, может существовать только там, где реально обеспечена свобода личности. Такая свобода может быть *общей или частной*. В первом случае она распространяется на всех субъектов права и понимается как синоним общегражданской правосубъектности⁵⁷³; во втором случае, свобода даруется одному или нескольким лицам путем предоставления правового иммунитета (*exemption*) или привилегии⁵⁷⁴.

Всегда, когда заходит речь о легальном праве или правовой свободе, предполагается субъектный состав из трех задействованных сторон: «суверенная

⁵⁶⁹ См.: Holmes O. W. *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters, and Judicial Opinions*. Boston. 1943. С. 397.

⁵⁷⁰ Austin J. *The Province*. С. 289. Это касается всех лиц, «облеченных законными правами, которые являются просто подчиненными членами независимого политического общества и которые обязаны своими законными правами власти и воле своего суверена» (Там же, с. 306). Правоведом отмечается важная роль публично-правовой власти в этом процессе: «*только ограничивая их естественную свободу, государство может обеспечить своим подданным пользование законными правами*, включая их законное право на остатки естественной свободы, которые государство молчаливо позволяет им сохранять» (Austin J. *Centralization*. С. 242-243; курсив наш – А.И.). Дж. Остин приводит пример: «Я юридически свободен, например, переезжать с места на место, ... но эта моя политическая свобода была бы лишь ничтожной свободой, если бы мои сограждане не были бы сдерживаемыми политическими ограничениями от нападения и лишения свободы моего тела» (Austin J. *The Province*. С. 290).

⁵⁷¹ Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 356. «Гражданская, политическая или юридическая свобода - это отсутствие юридических ограничений, независимо от того, налагались ли такие ограничения когда-либо или, будучи наложенными, оказались снятыми» (Там же). «Сказать, что кто-то имеет право вести себя таким образом, может означать только то, что у него нет обязанности вести себя иначе; он свободен. Например, у меня есть право дышать, думать, прогуливаться в парке. Эта свобода есть только отрицание наличия обязанности» (Kelsen H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. С. 60).

⁵⁷² «В той мере, в какой человек не ограничен, он свободен. Виды свободы, которыми он пользуется, столь же многочисленны, как и виды ограничений, которым он не подвержен...» (Austin J. *Centralization*. С. 242). Похожее мнение мы обнаруживаем у Т. Гоббса: «свобода означает отсутствие сопротивления (под сопротивлением я разумею внешнее препятствие для движения)... свободный человек – тот, кому ничто не препятствует делать желаемое, поскольку он по своим физическим и умственным способностям в состоянии это сделать... Свобода подданных заключается поэтому лишь в тех вещах, которые суверен при регулировании их действия обошел молчанием, как, например, свобода покупать и продавать и иным образом заключать договоры друг с другом, выбирать свое местопребывание, пищу, образ жизни, наставлять детей по своему усмотрению и т.д.» (Гоббс Т. *Левифан*. С. 290-291, 294).

⁵⁷³ В литературе часто указывается, что *права и обязанности есть элементы* не только конкретных или строго индивидуализированных правоотношений, но части *постоянно существующих или длящихся правоотношений между, в первую очередь, государством и гражданами, а также между самими гражданами* (См.: Матузов Н.И. *Личность. Права. Демократия (теоретические проблемы субъективного права)*. Издательство Саратовского университета. 1972. С. 174).

⁵⁷⁴ Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 356.

власть... которая устанавливает позитивный закон и которая посредством позитивного права наделяет законным правом и налагает корреспондирующую обязанность; лицо или лица, которым предоставлено право; лицо или лица на кого возложена обязанность или к кому обращен или направлен позитивный закон»⁵⁷⁵. Можно сделать вывод, в соответствии с которым *права, обязанности и их единство в правоотношении*⁵⁷⁶ *есть условие существования правопорядка*, бытие которого, как мы выяснили, безусловно полезно⁵⁷⁷. Получается, что *право в строгом смысле и есть правопорядок*, его бытие в строгом смысле позитивного права возможно только в качестве правопорядка.

4.2. Виды позитивного права, его источники и процедуры (modes) наделения юридической силой

Этот параграф посвящен проблеме соотношения законов, понимаемых в качестве формально опосредствованной воли суверена, и законов исходящих от иных лиц, являющихся и не являющихся государственными лицами. Или, что более точно, проблеме «происхождения» различных видов позитивного права через призму проблемы «воли» - того, кто именно является непосредственным или конечным предполагаемым создателем нормы и каким именно образом конечная или непосредственная воля приобретает вид объективной нормы. Обычно в юридической теории, точнее, в той ее части, которая относится к «деонтической логике (науке логики норм) различается содержание нормы (правило поведения) и источник, которым норма установлена и охраняется от нарушений»⁵⁷⁸. Отличие концепции Дж. Остина в том, что она, во-первых, дает обстоятельную критику

⁵⁷⁵ Austin J. The Province. С. 303. «В каждом законном праве есть три стороны: а именно, сторона, обладающая правом; сторона, обремененная корреспондирующей обязанностью; и суверенное правительство, устанавливающее закон, посредством которого право и обязанность соответственно возлагаются и налагаются» (Там же, с. 304-305). И далее: «Все субъектно-субъектные отношения подразумевают и другое отношение – с Сувереном как повелевающим (wielding) санкцией...» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 758).

⁵⁷⁶ «И во всех случаях, когда существуют субъективное право и соответствующая ему юридическая обязанность, субъекты... оказываются связанными между собой, т.е. связанными правоотношением (См.: Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М.: «Статут», 1999. С. 67).

⁵⁷⁷ Это условие настолько же важно и необходимо, насколько для бытия законности имеет значимость факторы существования законов и безусловного исполнения их предписаний. По этой теме см.: Байтин М.И. Законность и правопорядок // Байтин М.И. Вопросы общей теории государства и права. Саратов, 2006. С. 301-302; Корнев В.Н. Правоотношение – основополагающий элемент системы правового регулирования общественных отношений // Российское правосудие. 2019. № 1. С. 13-17.

⁵⁷⁸ Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. С. 162.

термину «источник»; во-вторых, выделяет также третий элемент: *юридические процедуры и способы наделения норм юридической силой*. В частности, большое внимание уделяется им работе суда.

Термины «писаный» и «неписаный», а также «промульгированный» и «непромульгированный» имеют огромное значение для обозначенной в подзаголовке проблематики. Каждый из терминов имеет несколько значений, в связи с чем считаем полезным уделить им определенную долю внимания⁵⁷⁹. На момент жизни Дж. Остина термин «писаное право» (*jus scriptum*) имел три значения. Первое – *буквальное*, отражающее то, что некоторая норма была зафиксирована в нормативном правовом акте; это отличает ее от неявленных в Откровении Божественных законов, человеческих обычаев, традиций, правовых идей, принципов, веяний моды, т.е. моральных норм в наиболее широком смысле этого слова. Незафиксированная норма считается «неписаной» (*jus non scriptum*) и не имеет прямого отношения к законам суверена. Это толкование правовед считает наиболее целесообразным.

Второе – *юридическое*, ставящее акцент на том, что норма создается либо непосредственно верховной законодательной властью («писаная»), либо опосредованно, т.е. при помощи наделенных полномочиями лиц (например, судей; «неписанные»⁵⁸⁰). В конечном итоге, разумеется, источником любого позитивного права все равно будет суверен⁵⁸¹; различие здесь упирается в несовпадение непо-

⁵⁷⁹ «...Чтобы установить различие между писаным и неписаным правом, мы должны тщательно изучить природу последнего; это вопрос, который полон трудностей; и который вряд ли был исследован с необходимой точностью большинством авторов, исследовавшим этот предмет. Я нахожу его сильно опороченным и столь же превозносимым, но я едва ли могу обнаружить попытку определить, что он из себя представляет. Но если бы этот осрамленный предмет был исследован должным образом, большая часть споров о его достоинствах, вероятно, утихла бы» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1076).

⁵⁸⁰ Там же, с. 512, 514, 521 и др. Так, нормативно-правовые акты представительных органов провинций или колоний Британской империи создаются непосредственно верховными законодательными органами этих административно территориальных единиц, однако их полномочия и сама власть берет начало во власти суверенного парламента Великобритании. Поскольку парламент не является непосредственным нормотворцем, но создает и обеспечивает единство политико-правовой плоскости государства (исходя из принципа централизации), то акты колониальных или провинциальных органов будут, в конечном итоге, «неписаными» актами парламента, поскольку они не создаются конкретно им (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 514).

⁵⁸¹ Austin J. The Province. С. 141. *Полномочия есть право на часть суверенной власти*, «наделить которой государство может напрямую, но обычно оно наделяет ей в форме молчаливого признания. Ибо, хотя государство может отменить нормы уполномоченного лица, но все же позволяет последнему их создавать, воля суверена, предписывающая “чтобы его нормы имели силу закона”, явно проявляется в его поведении, а не в декларативных высказываниях (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 102). О молчаливом согласии суверена, напрямую вытекающем из реализации

средственных «авторов», соответственно, юридический подход делает акцент на том, является ли право непосредственно промульгированным верховной властью, либо нет.

В третьем («расширительном» и «социологическом») значении «писаное» право считается *тождественным статутному праву*, т.е. такому, которое создается посредством реализации законодательных полномочий в строгом смысле. В этой части возникают трудности разграничения статутного права, во-первых, с так называемыми «законами частных лиц», во-вторых – с актами «судебного нормотворчества», поскольку как суверен, так и подчиненные судьи имеют возможность создавать нормы, действуя в качестве законодателей и нормотворцев, и выносить судебные решения и приговоры, действуя в качестве субъекта, наделенного «судейской дееспособностью» (*judicial capacity*). Соответственно, возникает разница не только между непосредственными создателями норм, но и, что наиболее важно, между способами или формами (*modes* – юридическими процедурами), посредством которых такие нормы становятся законами: между законодательством в собственном смысле слова (*direct legislation*) и законодательством в форме судебного нормотворчества (*improper, oblique, judicial legislation*)⁵⁸².

Английский правовед предпринимает попытку преодолеть различие между буквальным и юридическим толкованием писаного и неписаного права. Дж. Остин отмечает непоследовательность современной ему науки: в юридическом (глубоко ошибочном) смысле любой акт, не созданный непосредственно верховной властью, признается и неписаным, и непромульгированным. Грамматическое толкование в смысле Дж. Остина обладает безусловным преимуществом над тогдашним юридическим, поскольку позволяет работать с юридическими представлениями лучше, чем собственно формально-юридическая логика. Вероятно, это может быть связано с отсутствием не просто выработанного, но осмыс-

судей комплекса предоставленных ему полномочий, правовед упоминает и в иных местах (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 644 и др.).

⁵⁸² Austin J. Lectures. Т. 2. С. 521, 621. О двух видах нормотворческой деятельности (законодательной и судебной) и проблеме динамики социальной жизни в отличие от статичности норм см., например: Гамбаров Ю.С. Право в его основных моментах. Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1 / под ред. Ю.С. Гамбарова. С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О.Н. Поповой. 1899. С. 44.

ленного наукой догматического метода – ядра позитивистского исследования политико-правовых явлений. Отсутствие четкого представления о способе обработки позитивного права становилось барьером на пути признания, например, судебного акта, актом писаного права.

Грамматическое (фактически оказывающееся приложением догматического метода) толкование, которого придерживается Дж. Остин, с очевидностью показывает, что если судебный акт выражается на письме в момент создания, то он не просто является актом писаного права, но предполагает существование законодательно определенной логики правовых процедур, в соответствии с которой создаваемый судьей документ имеет юридическую силу. Формально-юридическая логика такова, что для нее источником права является только государство. Тем не менее, сказать, что право имеет источником государство, равноценно топтанию на пороге без желания войти внутрь; важно не просто установить очевидную связь, но и раскрыть ее – показать, почему закон является законом, в чем его отличие от иных создаваемых людьми норм, в частности, судебных решений или договоров.

Необходимо поэтому сделать акцент на способах образования легальных человеческих норм – противопоставить начало всякой легальности (суверенную власть) иным возможным «источникам» права, обуславливающим не в меньшей, если не в большей степени, нежели государство, содержание норм законодательства. Это целесообразно для выявления и дальнейшего освобождения сферы юриспруденции от желающих размыть или заменить ее примесей «позитивной морали»⁵⁸³.

⁵⁸³ Неслучайно поэтому отмечается, что отрицание в какой бы то ни было части позитивного права есть, по существу, отрицание авторитетности его источников, достоинств юридического позитивизма и формально-догматического метода: «если бы юристы оставили твердую почву положительного права и стали бы “свободно” относиться к источникам, то... вместо закона появился бы произвол, ... появились бы страх и апатия, уничтожение всякой предприимчивости, нежелание сообразоваться с правом, которое сегодня толкуется так, а завтра иначе, в одном суде так, а в другом иначе» (См.: Тимашев Н.С. Предисловие // Петражицкий Л.И. Теория и политика права. Избр. труды. СПб., 2010. С. 29). Эту мысль целесообразно дополнить следующим высказыванием: «догматическая система капитализирует и вмещает в себе все результаты той умственной работы, какую нам приходится производить при практическом применении права к жизни... Догматическая система в юриспруденции, также, как и всякая другая научная система, служит для нас настоящим духовным капиталом... Владея такой системой, мы как бы владеем могучим орудием, тысячекратно облегчающим и сокращающим для нас ту умственную работу, которая требуется для практического применения права к жизни» (См.: Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права. Харьков, 1900. С. 192). Позитивное право и догматика – нейтральные по отношению к ценностям и мировоззрению аспекты социального существования человека; их недооценка или оставление попыток хотя бы понять, происте-

Термин «источник» может иметь два значения – это либо конечное или непосредственное лицо-нормотворец (совокупность лиц)⁵⁸⁴, устанавливающее норму своей волей, либо некоторый акт, содержащий норму и поэтому выступающий внешней формой проявления права и концентрированным объективным выражением знаний о содержании классов правоотношений, прав и обязанностей. Термин «промульгированный» означает, что некоторая норма или правило оказались включены (embodied) в систему позитивного права в результате того, что они получили внешнее выражение в устной или письменной форме – в правовом акте как источнике права⁵⁸⁵; термин «непромульгированный» означает, напротив, невключенность правовых форм в плоскость позитивного права, их необнародованность и (или) несанкционированность.

Согласно Дж. Остину, приведенные понятия способны дать представление о том, что законы, проистекающие из одного источника (государства), могут быть наделены юридической силой различными способами, а равно, что при общем совпадении юридических процедур (санкционированности государством), нормы могут иметь различные конечные источники: конкретных государственных или частных лиц. *Попытка понимать «источник» в качестве любой причины закона (например, когда право производно от обычая или морали) является чуждой позитивистскому пониманию*, и, хотя и полезна, приводит к выходу за пределы предметной области юридической науки⁵⁸⁶. В конечном итоге мы бы вовсе пришли к выводу, что все право естественно – имеет источником Бога и одновременно природные свойства человеческого разума, сферу сознания⁵⁸⁷.

кающие из мировоззренческой основы той или иной правовой или философской школы, – недопустимая грубость, несвойственная сколько-нибудь серьезному правоведу.

⁵⁸⁴ Включая сюда лиц, создающих нормы от имени суверена в качестве частей или «резервуаров», проистекающих из одного «ключа», создавая, таким образом, единую и непротиворечивую (централизованную) иерархию норм (Austin J. Lectures. T. 2. C. 510).

⁵⁸⁵ Там же, с. 510-512, 523, 525.

⁵⁸⁶ «...Для ясности я хотел бы ограничить слово “источники” законодательной властью, посредством которой устанавливается закон...» (Там же, с.538).

⁵⁸⁷ Там же, с. 571. Правовед, тем не менее, выделяет следующие большие подклассы позитивного права: 1) писаное и промульгированное, 2) неписаное и промульгированное. К первому подклассу он относит позитивные божественные законы, правовые обычаи, принципы и традиции, команды уполномоченных лиц. Ко второму подклассу им относятся акты судебного нормотворчества и правоприменения и «законы» частных лиц (договоры). Иные возможные классы (неписанные и писанные непромульгированные нормы) могут быть использованы для подразделения социальных норм в целом, но не могут служить инструментом для подразделения норм позитивного права. К таким разделам относятся нормы Божественного права, обычаи, традиции, принципы и доктрины, международного

4.2.1. Судебное нормотворчество

Мы считаем целесообразным развить проблему писаного и неписаного права на конкретном примере. При обсуждении вопроса кодификации мы отметили, что единое «тело» позитивного права, по мнению правоведа, содержит в себе как статутное, так и «судебное» (judicial) или «прецедентное» (judiciary) право. Важно, однако, понимать, что эти феномены суть нечто близкое, но не тождественное.

В западной правовой мысли сложилось представление, согласно которому «Остин стал живым воплощением теории, считающей судебные решения механическим применением норм, ранее созданных верховной властью»⁵⁸⁸. Так, «позитивист Остинской школы» ошибочно полагает, что «правовые нормы и теоретические принципы, имеющие отношение к судье, являются достаточным основанием (criteria) для вынесения тем решения», в то время как судебное нормотворчество есть комплексная деятельность, не опирающаяся только лишь на команды суверена⁵⁸⁹. «Из командной теории права следует нормативное суждение, согласно которому судьи не имеют права создавать право, поскольку это дело законодательной власти и поскольку создание означало бы узурпацию законодательной функции судьями... судебная функция в прошлом просто заключалась в том, чтобы “находить” или “объявлять” закон, а не создавать его»⁵⁹⁰. Представители правового реализма тем более критически воспринимают «строгие» воззрения позитивизма⁵⁹¹.

В действительности же, мнение об игнорировании Дж. Остином роли судьи является явным преувеличением. Согласно правоведу, «не является понятным то, как лица, знакомые с проблемой, могут полагать, что общество в принципе могло

права самого по себе и человеческих команд, несвязанных с приобретением, изменением или прекращением прав и обязанностей: команды отца семейства, грабителя, одного суверена для другого суверена и т.д. (Austin J. The Province. С. 123, 173, 206-207 и др.; Austin J. Lectures. Т. 1. С. 36, 71 и др.; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 521-523, 543, 547-548 и др.

⁵⁸⁸ Morison W. L. Some Myth about Positivism. С. 212.

⁵⁸⁹ См.: Northrop F. S. C. The Mediatonal Approval Theory of Law in American Legal Realism // Va. L. Rev. 1958. Т. 44. С. 347, 353.

⁵⁹⁰ См.: McWhinney I.R. English Legal Philosophy and Canadian Legal Philosophy // McGill L. J. 1958. Т. 4. С. 226.

⁵⁹¹ Так, одни указывают, что закон есть только то, что объявляют судьи (См.: Corbin A.L. The Law and the Judges // Yale Rev. 1914. Т. 3. № 2. С. 236). Иные правоведы заходили дальше, признавая «правом» всю деятельность, связанную с изданием любых актов уполномоченными государством лицами (См.: Llewellyn K.L. Jurisprudence: Realism in Theory and Practice. Chicago: The University of Chicago Press. 1962. С. 31). Некоторые должностные лица могут «делать одно, другие - другое, а суды время от времени - третье» (Там же, с. 30).

бы существовать, если бы судьи не законодательствовали»⁵⁹². Функция суда заключается в создании «частных» команд для разрешения конкретных споров через применение права в связи с действующим законом и во имя законности. Указанное социальное назначение есть, по существу, основной признак судебной власти, деятельность которой направлена на реальное обеспечение императивности законов, а также бытия прав, обязанностей и вменения⁵⁹³. С формальной точки зрения, у норм оказывается единый источник – суверен⁵⁹⁴, но различны процедуры законодательного и судебного создания норм – судья при применении права часто уточняет закон таким образом, что закладывается новая юридическая практика или оформляется иной тип толкования положений закона. Разрешая дело, судья создает прецедент – использованная им логика, желает он того или нет, есть всегда «стандарт» в возможности. Заданный однажды «тон» может быть подхвачен иными судьями для принятия решений или вынесения приговоров по схожим обстоятельствам. Если это происходит, то судья «законодательствует, выполняя судебную функцию в собственном смысле этого слова, а не законодательную»; его непосредственная цель – вынесение решения или приговора, а не формулирование «общих» норм для урегулирования будущего поведения⁵⁹⁵. Напротив, если судебный акт является простым продолжением и приложением уже имеющейся нормы (*properly judging*), то такой акт есть, единственно и прежде всего, силлогизм и дедуктивное развитие общих норм законодателя, а не качественно новая норма, устанавливающая иной, нежели закон, стандарт⁵⁹⁶.

1. Необходимость кодификации *ratio decidendi*. «Законы судей» не за-

⁵⁹² Austin J. Lectures. Т. 1. С. 218. Г. Харт в том же смысле указывал, что «вне сомнения, суды так оформляют свои решения, чтобы сложилось впечатление, что их решения являются необходимыми следствиями predetermined правил, смысл которых фиксирован и ясен... Это лишь традиция – считать, что судьи “находят”, а не “производят” закон, которая скрывает это и представляет их решения, как если бы они были заключениями, легко сделанными из ясных, уже существующих правил, без вмешательства судейского выбора» (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 20).

⁵⁹³ «...Очевидно, что *статутное право, безусловно, не является законом, если оно не согласуется с мнением судей и коллегии адвокатов*», иными словами, *если оно не применяется судами в качестве источника права* (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 656; курсив наш – А.И.).

⁵⁹⁴ Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 682. «Судебная власть, как и всякая другая власть, принадлежит суверену, хотя в большинстве правительств современной Европы суверен передает ее в ведение судов» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 531). И. Бентам указывает, что судебная власть есть логическое продолжение власти суверена. Более того, при вынесении решений и приговоров суд и есть суверен, ибо разделяет с ним крупницу суверенной власти (См.: Schofield P. Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham. Oxford. 2006. С. 226).

⁵⁹⁵ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 621. Подробнее об этой проблеме см.: Бойнова Н.В., Пожарский Д.В. Особенности нормотворчества в англо-американском праве // Приднепровский научный вестник. 2018. Т. 9. № 1. С. 060-066.

⁵⁹⁶ Austin J. The Province. С. 24; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 639-641, 1043.

креплены в том же смысле, в каком являются закрепленными акты законодательства; эти «неписанные» акты есть, тем не менее, «не в меньшей степени позитивное право, чем статутное право, будь они им»⁵⁹⁷. Очевидно, что правоприменительная практика имеет следствием произведение на свет необъятного массива процессуальных документов. Каждый такой акт содержит общие формулировки, взятые либо из так называемых материальных и процессуальных отраслей права, либо из актов толкования права. Тем не менее, выраженное при их посредстве мнение судьи, даже если мы соберем все судебные акты воедино и предложим «усредненный» вариант понимания судом содержания законодательных норм, не позволит нам обнаружить ответ на тот вопрос, что именно среди производимого ими «юридического шума» (если вообще следует искать ответ среди него) можно было бы назвать «законом».

Поскольку термин «закон» предполагает некое постоянство и предсказуемость, следовало бы обратить свой взор на то, что неизменно присутствует в каждой судебной процедуре и является ее неотъемлемым ядром вне зависимости от внешних изменчивых обстоятельств, а именно, *на логику мышления судьи – ratio decidendi*. Эта «часть» конкретного судебного решения, согласно Дж. Остину, является единственным достаточно точным стандартом, который мог бы именоваться законом. Невероятная трудность «вычленения» общего принципа связана не только с большим количеством дел, к которым необходимо (на подобии естествознания, ибо работа с правом есть работа с фактами) применять метод индукции, но и с нахождением примерных границ подвергаемого «обобщению» *ratio decidendi*⁵⁹⁸.

Несмотря на всю сложность задачи, решить ее позволит принцип полезности. По мнению правоведа, стоит обратить внимание на «общие причины, на которые ссылается Суд при вынесении решения, и, абстрагировав эти причины от

⁵⁹⁷ Там же, с. 537. «В отличие от авторитетного текста, кодекса законов или книги статутов, эти решения не будут сформулированы в общем виде, и их использование в качестве авторитетных указателей на наличие правил будет основываться на довольно зыбких выводах, сделанных на основании решений по конкретным поводам, надежность которых будет сильно зависеть от индивидуальных способностей истолкователя и последовательности позиции судей от случая к случаю» (Харт Г. Понятие права. С. 102).

⁵⁹⁸ Austin J. Lectures. T. 2. С. 627-628, 657-658, 660.

переменных, являющихся следствиями частных особенностей дел, мы приходим к основанию или принципу решения, который будет применяться повсеместно к делам определенного класса и который, подобно статутному праву, может служить правилом поведения»⁵⁹⁹. В указанном смысле, утилитарный расчет автора является не только способом мышления, но и методом приблизительного прогноза того, какое именно решение следует ожидать от судьи в силу конкретных обстоятельств дела⁶⁰⁰.

Общая Юриспруденция выделяет также перечень «источников» права (в широком смысле), которые имеют непосредственное значение для судьи. Тем самым Дж. Остин отрицает произвольность судебных команд, а равно «абсолютность» характера усмотрения судьи⁶⁰¹. Так, «частные» команды судей создаются с оглядкой на: 1) «общие» команды суверена и, если это допустимо, законы иных государств и правовых систем (например, каноническое право); 2) собственную интерпретацию законодательства (equity); 3) общественное мнение и позитивную мораль (в том числе международное право и его принципы), древние или современные обычаи⁶⁰²; 4) мнение высших судов; 5) мнение профессионального юридического сообщества, правовую доктрину⁶⁰³. В литературе также отмечается роль явления, смежного с правовой доктриной, на мнение судей, именуемого *правовой традицией*⁶⁰⁴. На это обращает внимание и сам Дж. Остин⁶⁰⁵. Каждое из перечисленных выше явлений, если оно помещается судьей в основу судебного акта

⁵⁹⁹ Там же, с. 622.

⁶⁰⁰ Ср. с представлениями правового реализма. Так, К. Ллевеллин указывал, что имеет смысл выявлять влияющие на судью факторы «в значительной степени с целью их контроля» (См.: Llewellyn K.L. Jurisprudence: Realism in Theory and Practice. Chicago: The University of Chicago Press. 1962. С. 61).

⁶⁰¹ Для современной интерпретации см.: Корнев В.Н. Феноменология судебного (юридического) решения // Государство и право. № 5. С. 45-55. Ср. с явлением «судебного усмотрения», на которое ссылался Г. Харт (Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 20, 50, 102 и др). Неопозитивист указывал, что смысл его сводится к применению судьей своих оценок (моральных, политических или каких-то иных) и приукрашиванию мотивировочной части своих решений и приговоров, чтобы обосновывать этими оценками отхождение от права.

⁶⁰² Austin J. Lectures. Т. 2. С. 539, 543, 645.

⁶⁰³ В указанном смысле, судебные нормы есть итог коллективного творчества судей и практикующих юристов (Там же, с. 645, 1047 и др.). В литературе также отмечается, что «именно в ходе коммуникации участников судопроизводства рождается выверенное и апробированное правовое знание», в частности, «о подлежащих доказыванию обстоятельствах» (Право. Порядок. Ценности: монография. С. 73; курсив наш).

⁶⁰⁴ Там же, с. 107-108.

⁶⁰⁵ Суды могут выносить решения и приговоры, основываясь на устоявшейся практике человеческих обществ – так называемых нормативных фактах, custom or usage (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 634); практика судов common law и equity (лорда-канцлера) сами по себе есть своего рода правовые традиции, накрепко связанные с этикой английской корпорации судей.

по итогам «борьбы противоположных альтернатив» (выражение У. Пейли⁶⁰⁶) и в соответствии с требованиями юридических процедур, приобретает силу закона при применении права. *Если в судебном акте отсутствует мотивировочная часть, то отсутствует и ratio decidendi*⁶⁰⁷. Такой акт, что закономерно, не будет легальным актом, поскольку не соответствует процедурным требованиям.

Дж. Остин указывает, что значение команды судьи далеко выходит за рамки отдельного дела: установленные факты, логика мышления, ссылки и формулировки решения зачастую имеют преюдициальное и прецедентное значение. Судьи выступают не только агентами «воли» суверена, они могут также высказывать как «собственные представления о государственной политике или целесообразности»⁶⁰⁸, так и воспроизводить мнение общественности, будь это мораль или политическая идеология⁶⁰⁹. От последнего Дж. Остин особенно предостерегает: судья не должен забывать требования законности и задачу удовлетворения публичного интереса, жертвуя теми в угоду «чувства справедливости» народа; его функция не может быть сопряжена с произволом⁶¹⁰. Обозначенное искажение деятельности суда правовед именует «политической коррупцией», включая в этот термин как неразумное функционирование институтов, так и преступления. Действительно, игнорирование судами государственной воли и установленных законами правил должных процедур (due process) есть то основание, которое не позволяет имено-

⁶⁰⁶ См.: Paley W. The Works of William Paley, D.D.: With Additional Sermons...; and an Account of the Life and Writings of the Author. В 7 т. Т. 4. 1825. С. 420-421; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 996-997.

⁶⁰⁷ В таком случае судебный акт лишен как законности, так и закона как опоры для конечной законности такого акта; для бытия статутного права, напротив, отсутствие цели (мотивации) законодателя в тексте акта, исполнение законом своей непосредственной задачи, «отмирание» общественного отношения (предмета или объекта закона), либо так называемая «ультраактивность» закона и др. случаи – еще не повод для утверждения об утрате законом юридической силы (Там же, с. 631).

⁶⁰⁸ Там же, с. 539. «Детской выдумкой», по мнению правоведа, является тот факт, в соответствии с которым судьи полагают, что «судейское право или common law создается не ими, а чудесным образом самим собой», в связи с чем судьям надлежит лишь оглашать, а не создавать, их положения (Там же, с. 634). С указанной критикой был полностью согласен Г. Харп (См.: Hart H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals // Harv. L. Rev. 1958. Т. 71. № 4. С. 610).

⁶⁰⁹ Помимо уже выделенных, правовед указывает на иные причины, обуславливающие процесс вынесения судьями приговоров или решений (ratio decidendi): обычаи; мнения и практика нотариата; основанные на полезности представления юридического сообщества; собственное понимание и интерпретация прецедентов и статуты; чувство «юридической солидарности» (legal fraternity); личные классовые интересы или классовые интересы лиц, назначивших судью и так далее (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 539, 543, 546, 635, 641-645).

⁶¹⁰ Там же, с. 580-581, 620. На это же указывает И. Бентам (Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 42).

ваться деятельности судов деятельностью органов правосудия⁶¹¹.

«Частные» команды, помимо личного усмотрения судьи и принятия им логики мышления иных судей, следующей из прецедентного права (*praejudicia, res iudicatae*), могут выступать следствием актов интерпретации, ибо «сфера применения права всегда есть вопрос его истолкования»⁶¹². Хотя *интерпретация* и связана с частным мнением, она выделяется автором отдельно в силу того, что этот процесс *предполагает работу с уже наличными нормами, судебной практикой, либо правовой доктриной*. Более того, судебное толкование есть та деятельность, благодаря которой акты суда нельзя понимать в том же буквальном смысле, в каком единственно следует понимать законодательные акты⁶¹³, ибо правоприменение значительным образом конкретизирует (в силу, как минимум, индивидуальных особенностей дела и цели судьи) содержание категорий применяемых норм права⁶¹⁴. Для судебной власти обычным считается создание новой и самостоятельной команды «под видом толкования статутного права или индукционного вывода (посредством силлогизма – А.И.) из права, ранее созданного судьей». Тем самым возникает новый закон, «окутанный в мантию старого», поскольку вкладываемый в команду смысл выступает преломлением прежнего смысла через призму конкретного понимания судьи⁶¹⁵.

Правовед выделяет перечень причин, неизбежно, по его мнению, приводя-

⁶¹¹ Austin J. A Plea for the Constitution. С. 30-34; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 766.

⁶¹² Харт Г.Л.А. Понятие права. С. 50. «Законы требуют интерпретации для того, чтобы применяться к конкретным случаям, и как только мифы, затемняющие природу судебного процесса, развеиваются реалистическим исследованием, становится ясно, что... остается широкое поле для творческой деятельности, которую некоторые называют законодательной» (Там же, с. 206).

⁶¹³ «... *буквальное значение слов, в которых выражен статут, является основным показателем или ключом к намерению или смыслу его автора*» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 624, 989-990 и др.; курсив наш – А.И.). Для юридического позитивизма иная, в т.ч. ценностная оценка, является излишней, ибо *единственный строгий авторитет* для этой школы – *тексты актов, исходящих от суверена*.

⁶¹⁴ Там же, с. 625-627, 631.

⁶¹⁵ Там же, с. 995. Употребляемое Дж. Остином выражение «под видом» означает, что акт судьи отличается от действительного толкования и являет собой не комментарий по поводу содержания, но «процедуру внесения поправок» и «исправление» закона – *ratio decidendi* *позволяет ratio leges*, непроявившемуся в общественных отношениях (ибо цель закона оказалась скованной несовершенной текстуальной формой), *получить действительное воплощение в рамках судебного решения или приговора*. Закон, таким образом, получает возможность выполнять изначально помысленные для него функции *без внесения каких-либо изменений в собственное содержание – сам закон если и можно считать измененным, то только в смысловой его части, не в части юридической силы* (Там же, с. 531, 629, 635, 637, 992-993 и др.). Подобное толкование будет касаться не только смысла терминов, но и определения перечня нормативно-правовых актов, пригодных для правоприменения: «судья же, выслушав дело, должен сказать людям, что является законом... Ибо каждый судья поставлен для того, чтобы решать, что есть право и что не есть право» (Гоббс Т. Левиафан. С. 381, 391).

щих к мысли о необходимости кодификации *ratio decidendi*⁶¹⁶. Наиболее важным поводом мы считаем следующий выделяемый им аспект. Поскольку статутное право состоит частью из законов и частью из актов судебного нормотворчества, то законодательство есть нечто, сшитое из «лоскутков» или «фрагментов». «Нуклоны» (термин Дж. Остина) судебных дел всегда имеют конкретное выражение, которое, в конечном итоге, плохо совместимо с актами наиболее общего характера: статут «несравненно превосходит норму судебного права», ибо законодатель должен решить эту проблему до судьи и вместо судьи. Если и то, и другое есть позитивное право, то получающаяся в таком случае система хоть и не лишена единства, но связи между ее элементами и само существо таких элементов оказывается слишком разнородным⁶¹⁷.

2. Полезность судебного нормотворчества. Дж. Остин разделял с И. Бентамом критический подход к английскому общему праву, однако не спешил ставить позорное клеймо на судебном нормотворчестве⁶¹⁸. «Издевка», используя выражение основоположника утилитаризма, «частных» судебных команд над законами действительно может быть приписана современному позитивному праву, поскольку «потребности общества удовлетворяются постепенно, самым медлен-

⁶¹⁶ 1) «Судебное» право существует всегда *in concreto* (в судебных актах), следовательно, *не имеет формы наиболее общего и фундаментального принципа*. Одно «атомизированного» частного примера недостаточно для выявления общей логики или закономерности; 2) Быстрый темп «судебной жизни» не позволяет судьям законодательствовать должным образом. «*Право судей*» не только применяется в спешке в силу очевидных особенностей соответствующих легальных процедур, но также и создается в спешке; 3) *Судебная деятельность* – влияние на общественные отношения *ex post facto*. Этот минус относится, скорее, ко всему законодательству, больше следующему за общественными отношениями, нежели предопределяющими их; 4) Предыдущий пункт приводит нас к тому, что *судебная деятельность*, а равно деятельность иных правоохранительных органов, имеет дело с «огромным количеством документов» - они попросту *перегружены*; 5) *Нет какого-либо строгого мерила*, позволяющего нам сказать, что та или иная норма, созданная судьей, однозначно и безусловно есть норма прецедентного права: нет гарантий того, что определенная логика будет иметь прецедентное значение, иными словами, *юридическая сила создаваемых судьями норм не обеспечена ничем, кроме общего законодательства, полномочий суда и молчаливого признания суверена*; 6) судебная деятельность часто обращает внимание на индивидуальные особенности предмета спора (видовые качества) и игнорирует его принадлежность к некоему роду. Выделение *ratio decidendi* должно предложить более обобщенный взгляд (Austin J. Lectures. T. 2. С. 649-660).

⁶¹⁷ «Судебное» право, оно же неписаное право, есть «несный» закон, а потому иной судья не обязан им руководствоваться (Там же, с. 999); статутное право, оно же писаное право, есть «ясный» закон, которому судья уже не может не повиноваться. Позитивное право есть, таким образом, образование, лишенное гомогенности, - это «монструозный хаос, частично состоящий из судебного права, вводимого постепенно и включенного в безмерную массу конкретных судебных решений, и частично из статутного права, закрепленного заплатами на судебном праве и включенного в безмерную массу частных и дополнительных законов». Можно поэтому сказать, что кодификация имеет целью преодоление или снятие в единстве, насколько это вообще возможно, наиболее существенного противоречия в позитивном праве, привносимого различием между двумя ключевыми формами создания норм (Там же, с. 660-661, 676, 678, 1045-1046).

⁶¹⁸ «Я не могу согласиться с господином Бентамом в его решительной неприязни к праву, создаваемому судьями, я не могу согласиться навесить ярлык или заклеить его именем, вызывающим непочтительность» (Там же, с. 532).

ным и неэффективным образом»⁶¹⁹. Неэффективность усугубляется тем, что «судебное нормотворчество английских судов» как «обширная и искусственная ткань неписаного права» было построено на «ограниченном фундаменте древних и грубых обычаев». И. Бентам, хоть и отмечающий, что практика английских судов есть «незаменимая кладезь опыта для законодателя», все же ошибается, когда обрушивается на судебную деятельность в целом, а не на ее характер⁶²⁰. Действительную проблему стоит усматривать не в судебном нормотворчестве как таковом, ибо оно «очевидно полезно». Истинное несовершенство нужно связывать с «робкой, ограниченной и фрагментарной манерой, в которой они создавали законы». Получается, что единственно адекватной окажется критика судей «за нормотворчество, прикрытое расплывчатыми и неопределенными фразами»⁶²¹.

Автор выказывает большую убежденность⁶²² в том, что «судьи, непосредственно законодательствующие на манер римских преторов, могли бы справляться со своим делом» не хуже и даже «лучше, чем любое из суверенных законодательных собраний, которые только существовали в мире»⁶²³. Исключительное значение судебных команд Дж. Остин связывает еще и с предельно абстрактным языком юриспруденции⁶²⁴. Это касается сугубо прикладных терминов в позитивном праве, таких как «клевета», «разумный срок», «надлежащее уведомление» и

⁶¹⁹ Bentham J. *The Works of Jeremy Bentham*. Т. 5. С. 235-236; Там же. Т. 3. С. 206; Там же. Т. 9. С. 8; Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 658. Несмотря на отношение к английскому общему праву, актам судебного нормотворчества и доказательственному праву как к «корню зла» (*anathema*) (См.: Twining W. *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. London: Weidenfeld & Nicolson. 1985), И. Бентам, тем не менее, высоко оценивал сугубо практическую роль судов в системе социального управления и упорядочивания хаоса социальных отношений, он был против лишь чрезмерного влияния этики на судебское усмотрение (См., например: Ferraro F. *Adjudication and Expectations: Bentham on the Role of Judges // Utilitas*. 2013. Т. 25. № 2. С. 140-160).

⁶²⁰ Несмотря на критику, в его трудах можно обнаружить и горячую поддержку, что весьма часто отмечается в литературе: Lobban M. *The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850*. С. 128; Postema G. J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford. 1986. С. 405, 421-422, 454.

⁶²¹ Austin J. *Centralization*. С. 225-226; Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 219; Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 613, 679. Судью «обычно стоит обвинять не в создании новелл, а в том, что он работает под ложным предлогом и без системы» (Там же, с. 995), т.е. в том, что его *ratio decidendi* обусловлено, мягко говоря, хаосом в правовой плоскости и его собственными лишенными строгой логики представлениями о полезности.

⁶²² Указание на это можно обнаружить в литературе, см., например: Dyzenhaus D. *The Genealogy of Legal Positivism // Oxford Journal of Legal Studies*. 2004. Т. 24. № 1. С. 39.

⁶²³ Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 533. В частности, правовед отмечал, что применяемое судами право справедливости имеет большие возможности по урегулированию индивидуальных ситуаций, нежели законы: «право справедливости, которое, пускай люди как угодно клеветают на него, гораздо более рационально, нежели родственник ему соперник – Закон» (Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 474). Опора же судебной деятельности на кодифицированное позитивное право есть наилучший из возможных вариантов (Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 1028).

⁶²⁴ Это же, не смотря на критику, делает и И. Бентам: «законодатель создает своего рода набросок несовершенного мандата, который оставляет подчиненному должностному лицу для наполнения» (Bentham J. *The Limits of Jurisprudence Defined*. С. 109).

множества других⁶²⁵; едва ли можно сказать, что современная юриспруденция не знакома с этой проблемой. Отсутствие четкого законодательного определения для явлений, имеющих значение при правовой квалификации, означает, что смысл терминов будет определяться судьями⁶²⁶.

Есть огромный минус в том, что значение терминов будет истолковываться судом уже *ex post facto*, т.е. во время применения права в форме судебных процедур⁶²⁷. В общем смысле, любая деятельность суда будет следовать за жизнью, но не предварять ее⁶²⁸. Суд всегда будет сталкиваться с отношениями людей, произошедшими впервые с точки зрения права. Даже если класс таких отношений уже известен законодателю или суду, то частные и индивидуальные особенности дела делают каждое из них уникальным и рассматриваемым впервые⁶²⁹.

По мнению Дж. Остина, полезность суда заключается в том, чтобы сгладить, на основе собственных представлений о цели закона, возможную некомпетентность законодательствующего суверена, несовершенство его норм⁶³⁰. Его бесспорное преимущество в том, что суд имеет дело с реальной жизнью и, в идеале, не выступает абсолютным приверженцем буквы закона – в каждом конкретном случае он самостоятельно истолковывает команды суверена, застывшие с момента создания во времени и лишённые всякой жизненности⁶³¹. От судьи ожидается, что он является истинным знатоком права; его мышление, опирающееся на формальную юридическую логику и близкое к научному, есть само по себе «едва за-

⁶²⁵ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1001.

⁶²⁶ «Все законы, писанные и неписанные, нуждаются в толковании» (Гоббс Т. Левиафан. С. 383), а потому Дж. Остин полагает, что *нормы судей являются более совершенными с позиции юридической техники, поскольку в каждом конкретном случае правоприменения раскрывают содержание той или иной категории, упомянутой в законодательной норме* (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 647).

⁶²⁷ Там же, с. 658. Так, сперва возникает общественное отношение и лишь затем охватывающие его закон и вменение. Подобное нормотворчество правовед называет «монструозным» и наделенным «явными недостатками» (Austin J. The Province. С. 344).

⁶²⁸ Это не значит, что суд будет лишь подтверждать существование прав и права (в широком смысле), но не создавать собственные нормы, ибо «если бы судьи не создавали, а признавали права, которые возникли в обществе, это, по-видимому, привело бы к мысли, что они не преобразовывали “позитивную мораль” в закон, а лишь применяли нормы, вытекающие из обычая, которые уже считались обязательными» (См.: Lobban M. Austin and the Germans // The Legacy of John Austin's Jurisprudence. Springer, Dordrecht. 2013. С. 270).

⁶²⁹ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 487.

⁶³⁰ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 581, 612, 1001.

⁶³¹ «Не без основания еще древние утверждали: *чрезмерно точное следование праву порождает наивысшую несправедливость*» (Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. С. 95; курсив наш – А.И.). Тем не менее, желание суда вмешиваться в процесс изменения содержания общих норм есть негативная тенденция, способная усугубить общую сумятицу (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 616).

метный», но верный подход к созданию совершенного законодательства – кодекс должен быть идеальной системой в том же смысле, в какой им выступает каждый хорошо составленный судебный акт⁶³². Суд, таким образом, – адаптирующийся орган, условно самостоятельно законодательствующий от имени суверена и на благо всего общества⁶³³. Его полезность в сфере права невозможно переоценить.

Как следует из приведенного материала, Дж. Остину ошибочно приписывают отрицание самостоятельного нормотворчества уполномоченных лиц и органов. Правовед не мог не заметить, что бытие правопорядка обеспечивается применением права, а потому «...из всех политических полномочий... судебная власть является наиболее важной и примечательной»⁶³⁴. Легально организованное общество обязано обладать специальными процедурами, которые обеспечивали бы нормальное функционирование правопорядка. Команды суверена, как известно, означают императивное требование, сопровождаемое санкцией; однако, рассматривая утверждение в буквальном смысле, в этой цепочке отсутствует необходимый элемент – непонятна, связь сообщенной воли и «зла», наступающего в случае слушания и неповиновения. Именно команды судьи (*применяющих право должностных лиц в целом*) будут являться указанным связующим звеном между содержанием «воли» суверена и вменением, а равно обеспечивать юридическое бытие политической власти. Ни одна буква закона не обладает жизненностью, но вдохнуть ее, хотя бы на время, оказывается способен только применитель права. Деятельность судей есть жизнь права; они – глашатаи необходимых перемен в общественных отношениях, знающие тонкости правоприменения лучше всех прочих государственных лиц⁶³⁵. Судьям, по мнению правоведа, нельзя быть ради-

⁶³² Там же, с. 613. В противном случае, как замечает автор, в Англии не появилось бы Право и Суд Справедливости (национально-историческая особенность английского права – его несистематизированная часть, неопределенная в своих пределах) в ответ на нежелание и «упрямство» судов Общего права «делать то, что они должны были делать, а именно создавать свои нормы права и процедуры с оглядкой на растущие потребности общества, вместо того, чтобы с глупым недовольством придерживаться старых и варварских обычаев» (Там же, с. 615, 647).

⁶³³ Там же, с. 612. Схожее мнение содержится у Т. Гоббса, отмечавшего производность власти суда от верховной власти: «...сохранение гражданского общества зависит от правосудия...» (Гоббс Т. Левиафан. С. 616).

⁶³⁴ Austin J. The Province. С. 247-248.

⁶³⁵ О творческом характере деятельности судей и условной независимости законотворчества последних писал С.А. Муромцев: «судья не только является органом пассивного законодательства, но наравне с ним творит право, вводит в жизнь новые, до того неизвестные юридические нормы, подчиняет жизнь тому порядку, который сочла наилучшим его судейская совесть, в отличие от закона или обычая» (См.: Муромцев С.А. Творческая роль юриспруденции // Юрид. вестн. 1887. № 9. С. 112).

кальными консерваторами и испытывать чрезмерное уважение к старым и действующим нормам – им нужно постоянно стремиться к совершенствованию окружающей их правовой плоскости; если от их коллективного вклада зависит стабильность правопорядка, то «вызывает большое сожаление тот факт, что судьи, обладающие способностями, опытом и авторитетом, не пользуются каждой возможностью для введения новой нормы (нормы, полезной для будущего), даже если ее введение не имело бы такого последствия»⁶³⁶.

4.3. «Вещное право» и «право легальных статусов»

Дж. Остин отказывается от деления права на частное и публичное и вместо этого предлагает два иных больших класса: *право легальных статусов лиц* (*the law of persons*) и *вещное право* (*the law of things*). Он твердо заявлял, что устоявшееся подразделение должно быть упразднено (*banished*) и исключено из научной классификации, поскольку оно создает ложное чувство безусловного и радикального противопоставления ключевых отраслей в праве. В действительности же, нормы и институты частного и публичного права могут одновременно выступать и элементом частного, и элементом публичного права – это вопрос перспективы, лишенный «оснований разумности»⁶³⁷. Если же и стоит оставить указанные термины в употреблении, то под «публичным правом» надлежит понимать либо пра-

⁶³⁶ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 647. Здесь, мы бы сказали, отдаленно угадывается содержание категорического императива: судья, согласно Дж. Остину, обязан поступать только согласно такой максиме, руководствуясь которой он в то же время мог бы пожелать, чтобы она стала всеобщим законом. Максима эта, тем не менее, не должна находиться в противоречии с нормами законодательства.

⁶³⁷ Там же, с. 754. Если, руководствуясь идеями классических юристов, мы в основу классификации поместим частный и публичный интерес, то едва ли мы могли бы сказать, что утилитарный взгляд правоведа окажется готов примириться с указанным подразделением. «...общий интерес - это совокупность индивидуальных интересов. Право, касающееся первого, и Право, касающееся второго, касаются одного и того же предмета. Другими словами, термины “публичный” и “частный” могут без проведения различий применяться ко всему праву. Это все равно, что сказать, что рассматриваемое различие – это различие без различия» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 404; курсив наш – А.И.). В указанном смысле, такое различие можно признать губительным для *corpus juris*. «Каждая часть закона в определенном смысле является публичной, и каждая его часть также в определенном смысле является частной. Едва ли найдется хоть одно положение закона, которое не интересовало бы общественность, и нет ни одного, которое не интересовало бы отдельно взятых лиц, из которых состоит эта общественность» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 750). Таким образом, правоведел делает следующий вывод: «под “общественностью”... мы подразумеваем всех людей, составляющих общество, как управляющих, так и управляемых. В этом смысле... все право является публичным»; само же публичное право «обозначает все те права и обязанности (включая институты), которые служат защите других прав» (Там же, с. 757, 759). Ярким примером нерасчлененности частного и публичного интереса в правовых отношениях выступают отношения по поводу земли. По этой теме см., например: Белоусов С.А. Соотношение публичных и частных интересов в земельном праве // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2019. №4. С. 246-251.

во, которое более прямо (непосредственно) затрагивает интересы всего общества, либо являет собой подраздел права легальных статусов – правовые статусы публичных (государственных и уполномоченных) лиц⁶³⁸. Под «частным правом», таким образом, надлежит понимать все прочее право, не являющееся частью «публичного права».

Примечательно, что автор не придает большого значения тому, как должны называться отрасли права. Это объясняется его критическим отношением к любой классификации как к логико-техническому, а потому приблизительному, изложению сущности вещей⁶³⁹. Для него наибольшее значение имеет не нынешняя хаотичная группировка норм и институтов, а методология исследования и определение пределов (compass) действий прав и обязанностей, что позволило бы обратить внимание на действительное содержание правоотношений. Проведение соответствующего различия между существующими правовыми явлениями, а равно создание логически цельной системы, где такие явления окажутся подразделенными на классы, есть последний и наиболее трудный шаг в определении сферы юриспруденции. Конкретно авторская классификация не является обязательной (unnecessary)⁶⁴⁰, однако стоящая за ней идея систематизации знания в целом есть необходимость, которая в обязательном порядке должна быть проведена «прежде чем мы сможем понять и адекватно и правильно выразить ту природу или сущность, которая является общей для всех прав»⁶⁴¹, правовых институтов и явлений. Выявление общих черт и принципов вместе с их последующим изучением в качестве самостоятельных объектов, является, напомним, действительным предметом Общей Юриспруденции.

В основу указанной классификации была положена идея о *непосредствен-*

⁶³⁸ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 68; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 744-745, 748 и др.

⁶³⁹ Английский правовед отмечал, что *любая классификация будет далека от совершенства и даже лишена смысла*; как бы много внимания ей не было уделено, она *не является необходимой, достаточной или совершенной*. Скорее, классификация (как в случае, например, с системой римского права) есть удобный инструмент в деле накопления знания, лишь наименее неподходящий из доступных человеку – она, выражаясь словами Г. Харта, обладает «большой объяснительной силой» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 41-42; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 689, 691, 721; Харт Г. Понятие права. С. 158).

⁶⁴⁰ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1073-1074.

⁶⁴¹ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 364, 369; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 734, 958. «Твердо установить это различие и провести четкую грань между этими двумя разделами означало бы очистить науку от большей части путаницы и жаргона, которыми она затемнена и опозорена» (Там же, с. 953). Это проблема связана с уточнением уже определенной сферы юриспруденции.

ной цели законодателя (*ratio leges*) для каждого из упомянутых разделов⁶⁴². Это не значит, что у нормотворчества отсутствует какая-либо конечная или высшая цель, и суверен руководствуется исключительно сиюминутными порывами и практической целесообразностью. Конечная цель законодательной деятельности содержит представления законодателя об общем благе политического общества или человечества в целом. Непосредственная цель, напротив, всегда имеет содержанием «выгоду правомочных сторон» или заинтересованных третьих лиц, независимо от двух указанных разделов позитивного права⁶⁴³.

Правовед неоднократно утверждает, что предложенная им классификация является своего рода почтительным поклоном в адрес римской правовой мысли⁶⁴⁴. Но воспроизведение классификации или отдельных категорий не означает, что правовед полностью соглашается с вложенным в них содержанием, а равно с той логикой, посредством которой изначально оказалось возможным утверждение в юриспруденции подобного содержания. Подход Дж. Остина можно считать уточнением идей римских юристов и новейших авторов, занимающихся так называемой рецепцией римского права⁶⁴⁵.

⁶⁴² Это основная идея, выступающая логической основой классификации. «Ибо каждой попытке выработать общее собрание позитивных законов, составить трактат или комментарий, охватывающий ту же тему, должно предшествовать четкое представление о ключевых различиях и подразделениях. От степени точности и верности, с которой они восприняты и заранее определены, в основном будут зависеть достоинства и успех попытки. Ошибки или несовершенства в деталях легко устраняются или исправляются. Ошибки в общей системе поражают всю систему и абсолютно неизлечимы» (Там же).

⁶⁴³ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 403. Анализ юридической проблематики через призму этических суждений (конечных целей права) привел бы нас к мысли, что любое право или любая обязанность адресованы людям в целом, что делает невозможным какую-либо строгую классификацию. Следовательно, когда юриспруденция касается, например, проблемы права собственности, она должна рассматривать ее не в связи с влиянием этого института на существование людей и общества, а в связи с существованием собственности как объекта и предмета права, т.е. прав и обязанностей лиц. Иными словами, поскольку «право – это система для достижения целей», то «различные цели, для которых предназначены различные части права, являются наилучшим основанием для его разделения» (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 213; курсив наш – А.И.). Таким образом, создание «вещных» прав и обязанностей есть самоцель соответствующих нормативно-правовых актов, в том же смысле, в каком создание правовых статусов есть самоцель других законов.

⁶⁴⁴ По его мнению, римское право до сих пор впечатляет последующие поколения «тщательной и более чем достаточной (*ample*) индукцией, основанной на наиболее прилежном изучении Институций Гая и Юстиниана и внимательном прочтении Пандектов или Дигестов этих последних» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 383-384). Талант римских юристов к описанию реально существующих правовых явлений был, как полагает английский правовед, бесконечно велик, если не принимать во внимание значительную роль юснатурализма в теоретических рассуждениях римлян. Описание и выявление правовых принципов, институтов и явлений не привело, однако, к созданию всеобъемлющей системы, охватывающей метаюридические вопросы и дающей определения основным понятиям, кроме понятия «право» (Там же, с. 399).

⁶⁴⁵ «Систематизация римских юристов может вызвать возражения в отношении частных, но она, очевидно, является верной в целом; несмотря на то, что некоторые современные авторы погрузили ее в густой мрак, чрезвычайно неверно понимая ее цель, и ужасно искажая выражения» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 932).

Отдельно заострим внимание на большом, на наш взгляд, минусе. Вся политико-правовая материя в теории Дж. Остина, несмотря на тезис об отсутствии необходимости, оказывается выраженной и считается единственно возможной для выражения лишь посредством категорий двух выделяемых автором классов гражданского права – «вещного» права и права легальных статусов. Правоведом, конечно, выделяются уголовно-правовые и процессуальные нормы и институты права, однако он ставит их в заведомо подчиненное положение и лишает самостоятельного смысла и значения – именует их «вторичными» «вещными» правами и обязанностями и, как следствие, *их существование связывается им с понятиями «права», «обязанности» и «статуса», выводимых из категории «первичных» прав и обязанностей, являющих собой, собственно, сферу гражданского права.* Прекрасные критические комментарии по этому поводу можно обнаружить у Дж. С. Милля, к мнению которого мы обратимся при рассмотрении «санкционирующих» (собственно «вторичных») прав и обязанностей⁶⁴⁶.

Поскольку, как мы заметили, основание любой классификации может быть оспорено, Дж. Остин самокритически отмечал, что при создании соответствующей системы он руководствовался больше соображениями удобства и представлениями Мэтью Хейла, касающихся аналогичного расположения разделов *corpus juris*⁶⁴⁷. Какой бы она ни оказалась в перспективе, ее текущий вариант, по мнению позитивиста, «позволяет всем классам (прав – А.И.) легко» быть соотнесенными законами, «имеющими непосредственное отношение к ним... в ней представлены в логически цельном ряду те принципы права, которые являются общими для всех классов...» и, таким образом, представленная автором классификация есть при-

⁶⁴⁶ Дополнительно отметим, что указанная особенность служит серьезным препятствием для того, чтобы мыслить теорию Дж. Остина в качестве выстроенной на фундаменте уголовного права, о чем утверждает, в частности, Г. Харт.

⁶⁴⁷ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 41-42. «Отвергая разделение права на публичное и частное, отвергая названия, которыми обозначается это разделение, и сравнивая политические состояния с состояниями иной природы, я руководствуюсь большим авторитетом нашего выдающегося Хейла, а также убедительными доводами, на которых я буду настаивать в своих лекциях. В своем «Анализе Общего права» (или, скорее, Общего права, за исключением уголовной части) он создает систему политических состояний (или "политических отношений") и частных состояний (или "отношений"), которые он называет экономическими» (Там же, с. 68). Общую незавершенность и некоторую противоречивость такой системы отмечал также Дж. С. Милль: «мы не можем думать, что это тот способ систематизации, который одобрило бы почти безошибочное суждение господина Остина применительно к таким темам, если бы он когда-либо завершил свой Курс» (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 215).

близительный вариант такой организации *corpus juris*, которая «существовала бы, если бы» выявленные им «принципы неуклонно и последовательно соблюдались». Классификация, однако, не является бесполезной, если она не является точной⁶⁴⁸.

4.3.1. «Вещное право». Первичные права

На первый взгляд может показаться, что действительным объектом «вещного» права (*jus* или *jura in rem*) являются только вещи в собственном смысле слова – «постоянные» предметы материального мира, «воспринимаемые или ощущаемые через органы чувств». Это не совсем корректно, а замыкание понятия вещи (*res*) на вещах в собственном смысле – большая ошибка⁶⁴⁹. Однако ошибки можно избежать, если полагать, что не объект определяет сущность выделяемого раздела позитивного права, а непосредственная цель его норм.

По мнению Дж. Остина, *фраза jura in rem касается не самих конечных вещей, которые затрагивают законные права, а легальных пределов (compass) таких прав и их направленности*⁶⁵⁰: *jus in rem* «на самом деле означает права, реализуемые в целом, в отличие от тех, которые реализуются в отношении конкретных людей... вещное право – это нормы (*law*) о правах и обязанностях, рассматриваемые в целом или отделенные от тех особых перечней (*collections*) прав и обязанностей, которые называются правовыми состояниями (*conditions*)...»⁶⁵¹. Действи-

⁶⁴⁸ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 722.

⁶⁴⁹ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 358, 360. «Рассматривая очевидное значение эпитета “вещный” (и фразы *in rem*, от которой происходит этот эпитет), мы, естественно, должны заключить, что вещное право должно быть правом на вещь. И, соответственно, многими современными толкователями римского права термин “вещное право” или *jus in rem*... ограничивается такими правами, которые применяются в отношении мира в целом, как права на вещи в собственном смысле этого слова, то есть на постоянные внешние объекты, которые не являются личностями, в отличие как от личностей, так и от тех временных объектов, которые называются действиями и воздержанием от совершения действий» (Там же, с. 382).

⁶⁵⁰ Там же, с. 369.

⁶⁵¹ Там же, с. 364; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 678. «Вещное» право есть право в собственном смысле слова, за вычетом тех его частей, которые затрагивают определенные классы людей (т.е. без уделения внимания статусам иных субъектов права, несмотря на то, что в правоотношении в любом случае фактически участвуют минимум два человека). Правовед полагает, что здесь важны права и обязанности персон, но не сами обладающие ими персоны. В приведенном смысле, «вещное право» автор считает синонимом «обязанности» (Austin J. The Province. С. 367). Поскольку любая реализация права предполагает противостоящее нам правосубъектное лицо, постольку любое легальное право предполагает соответствующую легальную обязанность. *Обязанности в теории Дж. Остина бывают первичными и вторичными* (в зависимости от раздела), *а также абсолютными и относительными*. Классификация является не совсем точной и весьма условной: любая обязанность будет, в конечном итоге, либо применительно к конкретным обстоятельствам, отвечать или корреспондировать властному «полномочию» государства,

тельная цель правовых норм и институтов «вещного» права сводится к тому, «что правомочная сторона может взаимодействовать с рассматриваемой вещью или распоряжаться ею таким-то образом и в таком-то объеме. С этой целью на других лиц, как правило, возлагаются обязанности воздерживаться от действий, которые могли бы причинить вред или помешать этому»⁶⁵².

Отметим, что *под «вещью» в данной классификации нужно понимать не только объекты материального мира, на которые обращены вещные права, а то, что противостоит субъекту в принципе*: этим объектом может быть как неодушевленный предмет, так и фиктивная сущность, человек или его поведение⁶⁵³. Однако в силу того, что правами и обязанностями обладает только человек, а регулирующее воздействие права касается не лишенных правосубъектности предметов, а актов людей, то закономерным представляется следующий вывод правоведа: «...все права – это права лиц, а... вещи – всего лишь объекты их прав». Из этого следует то, что «все права принадлежат людям и представляют собой права, направленные на действия или воздержание от совершения действий со стороны других лиц»⁶⁵⁴.

Правовед, в значительной степени опираясь на представления английских эмпириков – Ф. Бэкона и Дж. Локка, - предлагает следующую классификацию объектов вещного права⁶⁵⁵. Они, во-первых, бывают *постоянными и временными* (преходящими, *transient*). Постоянными чувственно воспринимаемыми объектами выступают лица или вещи в собственном смысле, временными объектами явля-

субъективному праву, либо являться следствием правовых статусов (в общем смысле – правосубъектности), которые та призвана обеспечивать. Из этого следует, что *любая обязанность*, поскольку она упирается либо в легальное право, либо в политический интерес государства (и легальные полномочия суверена), *неизбежно является относителем* (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 371, 394, 401 и др.; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 701, 729 и др.).

⁶⁵² Austin J. Lectures. Т. 1. С. 369, 397.

⁶⁵³ Как представляется, концепция Дж. Остина во многом повторяет систему, предложенную И. Бентамом: последний выделял право и человеческие акты *in personam*, против персон, и *in rem*, против вещей (См.: Bentham J. Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence. Oxford: Clarendon Press. 2010. С. 300-303).

⁶⁵⁴ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 68-69, 368.

⁶⁵⁵ Термины «постоянный» и «преходящий» Дж. Остин называет «метафизическими», отмечая их абстрактность, однако, поскольку они отражают существенное для юридической науки различие, постольку отказ от них будет более вреден, чем их использование. Поэтому проблема чрезмерной абстрактности этих понятий и по форме, и по содержанию, вовсе не рассматривается английским юристом (Там же, с. 358-359). Что касается влияния, например, Дж. Локка, то тот упоминал два класса вещей: долговечные и скоропортящиеся. Первый класс соответствует классу постоянных вещей у Дж. Остина, второй класс – подклассу менее постоянных вещей (Локк Дж. Сочинения. Т. 3. С. 288-289).

ются факты или события⁶⁵⁶. Во-вторых, в зависимости от природы вещи, те могут быть *более постоянными* (дольше сохраняющими неизменной изначальную форму) и *менее постоянными* (сохраняющими форму меньшее количество времени, т.е. быстрее портящиеся, разрушающиеся (decay) и теряющие свои качества (perish))⁶⁵⁷. Помимо этого, вещи могут быть *индивидуально-определенными или определены родовыми признаками* (fungible), отдельным подвидом которых выступают *вещи, уничтожаемые при использовании* (quae usu consumuntur) вещи. Наконец, вещи могут быть подразделены на материальные и нематериальные, движимые и недвижимые, простые (singulae) и сложные (universitates rerum)⁶⁵⁸.

Лица и вещи объединяют два качества: оба класса объектов можно считать *внешними и постоянными* объектами. Из этого следует, что и те, и другие есть чувственно воспринимаемые объекты, восприятие которых как реально существующих подтверждается возможностью их повторного и многократного восприятия. Внешними и постоянными объектами также выступают права и обязанности людей, их правовые статусы, ибо они, во-первых, есть «внешние» объективные факты – часть противостоящей нам реальности (как и сама плоскость права), и, во-вторых, их «постоянство» обеспечивается условной самостоятельностью от воли человека, а равно тем, что их бытие в пространстве и времени не имеет (благодаря универсальному правопреемству и потенциально бесконечной череде правопреемников⁶⁵⁹) конкретного предела⁶⁶⁰.

Далее, в зависимости от конечной направленности прав и обязанностей,

⁶⁵⁶ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 358-359. Правовед отмечает: «...когда обозначается вещь, то смысл выражения “постоянный воспринимаемый объект” ... таков: оно обозначает объект, который воспринимается неоднократно и который воспринимается теми, кто неоднократно воспринимает его, как являющийся одним и тем же объектом... Преходящие воспринимаемые объекты, которые стоят в одном ряду с фактами или событиями, не воспринимаются повторно. Они существуют всего мгновение: исчезают: и никогда не повторяются в ощущениях, хотя они могут быть вызваны памятью. Таково... различие между термином “постоянный” применительно к вещам и термином “преходящий” применительно к воспринимаемым событиям. И, принимая термины в этих значениях, все вещи постоянны, и никакие вещи не являются преходящими» (Там же, с. 359).

⁶⁵⁷ Там же, с. 360. Эта классификация имеет стойкую связь с эмпирическими фактами, поскольку «вещи в этом мире находятся в таком непрерывном изменении, что ничто не остается долго в том же состоянии» (Локк Дж. Сочинения. Т.3. С. 354).

⁶⁵⁸ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 360; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 777-782.

⁶⁵⁹ Там же, с. 830-837.

⁶⁶⁰ Отметим, что деление вещей на материальные (tangible, corporeal) и нематериальные (intangible, incorporeal) правовед считает нецелесообразным – многообразие объектов (например, товар и право на чужое воздержание от совершения действия есть объекты одного рода, но разных видов), носящих имя «вещи», само по себе есть обстоятельство, делающее подробнейшую классификацию практически невозможным предприятием – термины являются слишком абстрактными для этой задачи (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 364; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 685-686).

«вещное» право в целом подразделяется на две крупные категории «абсолютных» первичных (primary) и вторичных «санкционирующих» (secondary, «sanctioning») прав и обязанностей. *Первичные права* существуют только в силу обеспечивающих их санкций и юридических обязанностей, являющихся условием бытия правовой свободы. «*Санкционирующие*» права, адресованы должностным лицам, применяющим право (можно отметить совпадение взглядов Дж. Остина и Г. Харта в указанной части), и частным лицам, использующим права на средства правовой защиты, либо претерпевающим определенные меры государственного принуждения в результате указанных форм реализации прав на защиту собственных интересов иными лицами. Подразделение «вещных» прав на первичные и вторичные есть различие не только между целями; оно касается, в том числе, причин, в результате которых те или иные права и обязанности получают конкретное выражение (бытие) в юридической плоскости⁶⁶¹.

1. Права «против вещей». В первую очередь к первичным правам относятся *jus in rem* или *jura in rem*, в общем смысле известные классическому римскому праву под именем *Dominium*⁶⁶². Указанная область касается взаимодействия персон по поводу владения, пользования и распоряжения объектами и предметами «вещного» права – собственностью. Собственность как правовое владение знает две основные формы (разновидностей, тем не менее, бесконечное множество): 1) *dominium* (в узком смысле) или *jus in re propria* – это условно неограниченное, широкое и «абсолютное» правовое господство над вещью; 2) *jura in re aliena*, «*парциальное*» (fractional, словами И. Бентама) *право или servitus* (в широком смысле; сервитут в узком и привычном нам смысле есть всего лишь подвид) – это так называемое «ограниченное» вещное право, опосредствующее, как правило,

⁶⁶¹ «Те, которые я называю первичными, не возникают из-за вреда или нарушений других прав и обязанностей. Те, которые я называю вторичными или санкционирующими..., возникают в результате нарушений других прав и обязанностей или в результате вреда, деликтов или правонарушений» (Там же, с. 763). Между первичными и вторичными правами нет непосредственной причинно-следственной связи (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 372; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 933-934). Отсутствует она также между первичными правами и деяниями, связанными с их нарушениями: преступлениями и деликтами. Эта связь, напротив, имманентно свойственна преступлениям вместе с деликтами и вторичным правам (Там же, с. 764). Цель вторичных прав раскрывается через три аспекта: 1) они должны давать критерии для квалификации нарушений прав и обязанностей, 2) определять законные средства правовой защиты, предусматривать процедуры для восстановления нарушенных прав, 3) санкционировать первичные права и обязанности (Там же, с. 767). Иными словами, *единственная причина их существования обусловлена тем, что подчинение правовым нормам не является безусловным.*

⁶⁶² Austin J. Lectures. Т. 1. С. 377, 383.

целевое взаимодействие с некоторой частью легального комплекса, известного под именем собственности, и самим предметом такого права – вещью⁶⁶³.

Одновременное обращение *dominium* и *servitus* (или их иных сочетаний) на один объект может быть названо *condominium*. Дополнительно, классические институты римского права (*узифрукт* и его виды, *суперфиций*, *эмфитевзис*) исключаются правоведом из класса ограниченных вещных прав – по его мнению, они есть формы *dominium*, ибо предоставляемые согласно им права, пускай и упирающиеся в некоторые конкретные ограничения, являются «абсолютными» и неопределенными во времени⁶⁶⁴.

Подобное расширенное понимание классических представлений приводит английского основоположника к мнению о том, что, во-первых, факт обладания любым правом означает, что его бытие будет постольку реальным, поскольку (помимо существования чужих обязанностей, санкций и вменения) окажутся исключенными любые возможные преграды, препятствующие реализации такого права; это актуально и для абсолютных, и для ограниченных прав, где последние также противопоставлены притязаниям всех прочих лиц, ибо они – так же «вещные» права⁶⁶⁵. Во-вторых, все вещные права являются не просто ограниченными⁶⁶⁶, но и могут быть направлены как на лиц, так и на вещи в целом – разница

⁶⁶³ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 804. «Я понимаю под собственностью... любое право, которое дает... правомочной стороне такие полномочия или свободу использования или распоряжения предметом, которые не поддаются точному ограничению (*circumscription*); которые просто ограничены в целом правами всех других лиц и обязанностями..., возложенными на собственника. И под *servitus*... я понимаю любое право, которое дает правомочной стороне такие полномочия или свободу использования или распоряжения предметом, которые точно определены или ограничены» (Там же, с. 794). «Каждый сервитут - это определенное вычитание или исключение... из неопределенных прав пользователя или исключения, которые принадлежат владельцу вещи» (Там же, с. 814). Дополнительно, правовед указывает, что «...*определение права собственности содержится во всем corpus juris и содержит определение каждого права или обязанности, которые содержатся в corpus juris*» (Там же, с. 799; курсив наш – А.И.). Полностью раскрыть это право иным образом не представляется возможным.

⁶⁶⁴ Там же, с. 822-827, 849, 851.

⁶⁶⁵ «...Реализация права часто сопровождается причинением позитивного зла другому; и там, где другие исключены из взаимодействия с предметом, предполагается боль лишения, причиняемая прочим лицам» (Там же, с. 801). И далее: «...право... было бы совершенно ничтожным, если бы оно не дополнялось соответствующим правом исключать иных лиц в целом из любого участия в реализации такого права» (Там же, с. 808). И далее: «ограничение пользователя права, а также реализации права, однако, обязательно предполагается везде, где есть закрепленное за другим право; поскольку *последнее, в противном случае, было бы ничтожным*» (Там же, с. 853; курсив наш – А.И.).

⁶⁶⁶ Не только в пространстве, но и во времени, ибо их носителями выступают люди (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 368). Правоведом выделяются, с точки зрения продолжительности существования прав, «срочные» (*of limited duration*) и «бессрочные» (*of unlimited duration*) права. Бессрочность прав обеспечивается возможностью бесконечного его отчуждения – не только посредством института наследования (включая и форму *ab intestato*, без завешания), но и любой другой формы уступки или приобретения права. Срочное право, напротив, прекращает действие в связи с наступлением конкретного события (например, прекращение договора, истечение конкретного срока действия га-

лишь в конечном «предмете», на который направлены права.

Не стоит пугаться слова «предмет», используемого правоведом для описания состояния человека⁶⁶⁷. В действительности этот неясный термин не приписывает людям качеств, которые низвели бы их до уровня вещей. Полагаем, что двусмысленность языкового значения позволит преодолеть следующий пример. Так, никто не будет спорить, что права отцовства и материнства, либо опеки и попечительства предполагают стойкую правовую связь с иным субъектом права – конкретным, как правило, ребенком. Родители или опекуны имеют легальное право воспитывать ребенка и участвовать в его жизни, в равной степени сам ребенок имеет право на семью и детство; с юридической точки зрения, возможность взаимодействия со статусом ребенка оказывается объектом родительских прав. Право родителя означает, что только он легально способен оказывать соответствующее юридическое и фактическое воздействие на ребенка; права ребенка, напротив, предполагают определенное обратное воздействие на родителя; следовательно, у иных лиц подобные права отсутствуют⁶⁶⁸. В силу того, что третьим лицам противопоставлены «абсолютные» взаимные права родителя и ребенка, у них возникают обязанности воздерживаться от учинения препятствий реализации родительских и детских прав. В указанном смысле, невмешательство в реализацию правовых состояний родителя и ребенка оказывается содержанием обязанностей третьих лиц, возникших у них с момента «юридического» появления ребенка на свет – после составления свидетельства о рождении. Не ребенок или родитель как люди будут предметами чьих-либо обязанностей, а комплекс их взаимных прав, привя-

рантийного периода или закона, или смерть – гражданская или физическая – обладателя права) или совершением человеком конкретного деяния, исключающего возможность дальнейшего владения (правовыми основаниями для возвращения дара из собственности другого лица являются бесхозяйственное обращение одаряемого с даром, а равно совершение им преступления в отношении дарителя) (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 830-836, 837).

⁶⁶⁷ «Там, где вещное право – это право в связи с вещью (right over thing) или... право, в отношении вещи (right in thing) или право на вещь, я называю вещь, в связи с которой существует право, предметом или проблемой (matter) права... Там, где право – это право в связи с человеком, я также называю человека... предметом права. Ибо лицо, рассматриваемое с этой точки зрения, находится в положении, напоминающем положение вещи, являющейся предметом права... Он рассматривается как предмет права, принадлежащего другому лицу и отвечающего обязанностям, возложенным на третьих лиц» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 363, 368, 370; курсив наш – А.И.).

⁶⁶⁸ «Независимо от его прав, направленных на ребенка, и независимо от его обязанностей, ... родитель имеет право в отношении ребенка, реализуемое против мира в целом. И, рассматриваемый как предмет этого последнего упомянутого права, ребенок помещается в положение, схожее с положением вещи, и может быть назван (в связи с таким сходством) вещью» (Там же, с. 386; курсив наш – А.И.).

занный к их соответствующим статусам⁶⁶⁹.

Исходя из сказанного, можно сделать следующий вывод. С позиции формально-юридической логики, любое лицо, наделенное правовым статусом, может выступать предметом прав и обязанностей в части своего статуса – этим обременяется «юридическая» сторона человека – его «лицо» или «статус», а не сама его персона. Лицо, как будет видно в дальнейшем при обращении к the law of status, является правовой фикцией и в широком смысле затрагивает не только людей, но и организации. Последние сами по себе не способны иметь права и обязанности, однако благодаря фикции лица, эти объединенные вещи «иногда рассматриваются как лица и им приписываются или вменяются права и обязанности»⁶⁷⁰.

Говоря о правах в отношении вещей, понимаемых в привычном смысле слова, ярким примером «вещного» права выступает право собственности. Однако, понимая термин «вещь» в широком смысле, можно выделить «право на жизнь», репутацию, свободу (главным образом – свободу «распоряжения» собственной личностью, в обусловленных законом и телесными способностями пределах), «освобождение от телесных повреждений или бесчестья»⁶⁷¹ и иные права, связанные с правами на объекты, законным владельцем которых выступает «правообладатель».

Дж. Остин полагает, что *некоторые вещные права существуют и строятся по такому принципу*, когда лица распоряжаются гражданскими свободами, *не имея конкретного представления о непосредственном предмете их прав*; в равной степени такой предмет не определен и законодателем, либо конкретный предмет, представленный лицами или вещами, *вовсе отсутствует*. К этому виду вещных прав относятся, например, «абсолютные» права на доброе имя, честь, до-

⁶⁶⁹ Там же, с. 369, 388; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 938-939.

⁶⁷⁰ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 358, 408. Кроме того, единственным легальным «правом на лицо» или человека следует считать «право на свое собственную персону или тело». В современном мире эта группа прав иногда именуется «соматическими» правами; понимание Дж. Остина этих прав несколько шире – это любое незапрещенное законом и ненарушающее права и интересы иных лиц распоряжение своими телесными способностями (например, способностью к труду как производству стоимости), связанными, в том числе, с приобретением, изменением и прекращением прав и обязанностей (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 788).

⁶⁷¹ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 372-373; Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. Т. 21. С. 211.

стоинство или деловую репутацию⁶⁷². Едва ли можно с точностью установить, какой перечень характеристик считается обязательным или достаточным для обладания добрым именем или, вернее, для должного восприятия такого имени в качестве «доброе» широкой общественностью. Невозможность выявления четких пределов доброго имени не означает, что право на него также является невозможным или вовсе отсутствующим⁶⁷³. Кроме того, *права лиц в отношении их правовых статусов также можно назвать «вещными» правами*, предмет или содержание которых не определены⁶⁷⁴. Существование подобных прав неудивительно, поскольку человек, пребывающий в определенном правовом состоянии, например, супруга или родителя, имеет интерес к его сохранению и продолжительному использованию.

2. Права «против лиц». Во вторую очередь, первичные права, направленные против мира в целом, представлены *jus* или *jura in personam* (obligatio) – правами, направленными «исключительно в отношении конкретного лица... или лиц» и имеющими целью воздействие на них и их поведение⁶⁷⁵. Лица, участвующие в указанном правоотношении, могут быть отнесены к одному из двух соответствующих классов: либо к «кредитору», либо к «должнику»⁶⁷⁶. Как и в случае с *in rem*, формулировка *in personam* означает не субъектов права как таковых, а характеризует легальные пределы реализации прав этими «фиктивными» лицами.

Цель норм указанного подраздела может быть понята из анализа обязанно-

⁶⁷² Под этот же подкласс подпадает *право монопольной торговли или иное исключительное право – patent, privilege* (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 949). Похожие условия свойственны «франшизам», под которыми правовед понимает не современное право на производство и (или) продажу продукции другой компании, а *исключительную привилегию, дарованную сувереном*. Сущностно, это слово отражает у него особые права, льготы и привилегии в целом, где торговая монополия выступает лишь частным случаем. Сюда же можно включить право «юрисдикции» или взимания определенных плат за проезд или провоз груза, дорожных пошлин и так далее, какими, например, могут быть наделены хозяева паромов, мостов и застав (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 389; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 954). К последнему, вероятно, относится и деятельность нотариата.

⁶⁷³ «Если у права и есть какой-либо предмет, то он состоит из случайных преимуществ, которые он (правообладатель – А.И.), возможно, может извлечь из одобрения других» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 389, 397-398; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 953-954). Возможность юридического бытия предмета права на доброе имя обеспечивается обязанностью, которая презюмирует наличие доброго имени за всеми субъектами права, следовательно, считает определенный тип поведения своим предметом и предписывает всему бесконечному кругу адресатов воздерживаться от совершения любых действий, способных причинить вред этому благу.

⁶⁷⁴ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 389-390.

⁶⁷⁵ Там же, с. 370, 373-374, 383, 394, 408 и др. Несколько измененная, эта формулировка встречается и в «Определении сферы...»: «права, которые применяются исключительно в отношении конкретно определенных лиц, или которые отвечают обязанностям, которые лежат исключительно на конкретно определенных лицах» (Austin J. The Province. С. 366).

⁶⁷⁶ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 466-467.

стей, вытекающих из *jus in personam*. Они бывают как негативными, так и позитивными: «то есть обязанностями воздерживаться от действий или не совершать их, или обязанностями сделать или исполнить что-либо». Из этого следует, что права *in personam* являются правами, связанными с обращенными к иным лицам требованиями, содержанием которых выступает некоторое ожидание «правообладателя», подкрепленное санкцией позитивного закона; это *права на поступки других лиц, вернее, права на содержание таких поступков*. Если такое ожидание с абсолютной точностью будет удовлетворено, то *jus in personam*, с позиции юридических фактов, можно назвать «наличным» (*vested*); если, наоборот, присутствует лишь возможность такого удовлетворения (например, при подаче иска о взыскании денежных средств), то *jus in personam* есть «право в возможности»⁶⁷⁷. Неясно, однако, где именно стоит усматривать границу между относительно и абсолютно определенными «состояниями» прав.

2.1. *Jus in personam*, возникающие из контрактов (*ex contractu*). Вещные права могут возникать из договоров – контрактов. Акт заключения договора, а равно сам договор, есть сложный юридический факт и правовое средство: «*контракт - это название не для класса прав, а для класса фактов или названий, с помощью которых создаются права*»⁶⁷⁸. Права и обязанности, возникающие в рамках договорных отношений непосредственно вследствие заключенных договоров, имеют отношение только к сторонам, являющимися контрагентами, либо к их законным представителям⁶⁷⁹. Особенность договорных отношений со стороны покупателя мыслится в том, что право на вещь и обязанности в связи с вещью в силу заключенного и пока не исполненного контракта будут упираться в права и обязанности продавца *in rem*, право покупателя на предоставление вещи – в обязанности продавца *in personam*, поскольку покупатель имеет легальные основания для того, чтобы продавец поступал соответствующим образом.

⁶⁷⁷ Austin J. Lectures. T. 1. C. 370, 394, 397; Austin. J. Lectures. T. 2. C. 868.

⁶⁷⁸ Там же, с. 957; курсив наш – А.И. «Права *in rem* иногда возникают в результате случаев, которые называются контрактами... рассматриваемые случаи имеют двойственный характер... С одной стороны, подобный случай предоставляет “*jus in personam*” и... является контрактом; с другой, он дает “*jus in rem*” и... является актом о передаче правового титула. Одним словом, случай сочетает в себе свойства контракта и передачи титула; но с помощью одного из тех пространственных слов (*ellipse*), которые одновременно столь удобны и сбивающи с толку, он кратко именуется “контракт”» (Там же, с. 967).

⁶⁷⁹ Там же, с. 935.

В целом, все права, вытекающие из договоров и затрагивающие действия или воздержания от совершения действий контрагента, выступают разновидностью *jus in personam – jus ad rem (acquirendam)* как условно самостоятельного права⁶⁸⁰. Под ним следует понимать право на вещь, вернее, *право на получение вещи или право, связанное с владением вещью, которую, как и право, необходимо передать*. Указанное право выступает, помимо самой вещи, предметом обязательства; его самостоятельность мыслится в том, что это право не является необходимым элементом только лишь договоров – соответствующие обязанности предполагаются также деликтами (например, незаконным завладением или причинением вреда), преступлениями (снова незаконным завладением, но в форме кражи), квази-контрактами, вступившими в силу судебными решениями о приговоре и так далее⁶⁸¹.

Возвращаясь к контрактам, «может показаться, что сторона, наделенная правом, имеет право на вещь или вещное право, в отличие от стороны, которая наделена корреспондирующей обязанностью. Но в каждом подобном случае право правомочной стороны, строго говоря, сводится к следующему: она имеет право приобрести вещь у противоположной стороны или заставить сторону сделать вещь своей посредством акта передачи». Получается, что до того момента, пока покупателю не будет передан предмет договора, у того имеется *jus ad rem*, но не в отношении вещи, а в отношении действий продавца – покупатель имеет договорное право требовать у продавца исполнить обязанности по договору, а именно, передать тот предмет, который был определен соглашением между сторонами. Правовед отмечает, что всегда, когда лицо обладает договорным правом, оно «имеет *jus in personam AD jus in rem acquirendam*. Иными словами, оно имеет пра-

⁶⁸⁰ Austin J. Lectures. T. 1. С. 375. Ключевое значение «законов частных лиц» (договоров) в теории Дж. Остина следует из следующего утверждения автора: «для того чтобы *dominium* покупателя могло быть законченным во всех отношениях, со стороны продавца еще должно быть кое-что сделано. Он должен провести отчуждение своего легального права (*interest*) в юридической форме. Он должен провести отчуждение *dominium* или собственности, которая все еще принадлежит ему по закону, в соответствии с тем способом передачи, который, по своей мудрости, предписывает Закон» (Austin J. Lectures. T. 2. С. 968-969; курсив наш – А.И.).

⁶⁸¹ «У меня есть не *jus in rem* (или *jus in re*), а *jus ad rem*: право заставить вас передать мне *jus in rem* или совершить какое-либо действие в виде дарения или отчуждения, которое сделает вещь моей... Мое право заключается исключительно в следующем: в понуждении вас передать право *in rem*, в соответствии с тем, как я укажу или назначу. Если мне позволено уточнить устоявшееся выражение, я обладаю не столько “*jus ad rem*”, сколько “*jus ad (jus in) rem*”» (Там же, с. 961).

во, используемое против определенного лица, на получение права, используемого против мира в целом. И, следовательно, его право – это право на требование выполнения акта передачи предмета со стороны обязанного лица»⁶⁸². После выполнения всех условий договора права и обязанности сторон, как правило, прекращают действие – люди теряют соответствующие права и обязанности *in personam*, т.е. в отношении действий друг друга.

2.2. Rights in personam, возникающие из квази-контрактов (*quasi ex contractu*). Квази-контракты – это «акты, совершаемые одним человеком к его собственному неудобству в интересах другого, но без разрешения (*authority*) другого и, следовательно, без какого-либо обещания со стороны другого возместить ему ущерб или вознаградить его за труд»⁶⁸³. В указанном случае обязанность возникает, как если бы одна сторона была обязана сделать что-либо в пользу другой в силу установленного между ними соглашения; соответственно, противная сторона приобретает право требовать что-либо, как если бы действительно заключила договор. Ярким примером указанных прав и обязанностей *ex quasi contractu* Дж. Остин считает действия в чужом интересе без поручения (*negotiorum gestio*) и вознаграждение за спасение (*salvage*)⁶⁸⁴.

1.3. Первичные права, являющиеся простыми и сложными (*universitates juris*) *сочетаниями jus in rem и jus in personam*. Помимо обозначенных ранее прав и обязанностей, вытекающих из контрактов, Дж. Остин относит к этому подклассу «комплексных» отношений, предполагающих множество юридических фактов, например, права наследников в отношении наследства. Правовед также приводит в пример право отца на опеку и воспитание ребенка, в целом приравни-

⁶⁸² Austin J. Lectures. Т. 1. С. 375-376. Возможны ситуации, когда предмет возникшего обязательства *ad rem* не является определенным, например, в случаях, когда должник обязан вернуть кредитору определенное количество денежных средств. Если номинал платежных средств (*species*), подлежащих возврату, не был специально оговорен, и предметом договора, помимо права истребовать и обязанность вернуть, выступают абстрактные денежные средства (*money*), то конкретный предмет обязательства нельзя считать доподлинно известным для сторон. Он окажется таковым в результате передачи денег, когда возникшее денежное обязательство получит конкретное выражение, однако, поскольку заранее неизвестно какими монетами будет отдан долг, то едва ли можно сказать, что у кредитора имеется еще и право *in rem* на долг, а не только право *ad rem*, обращенное на действия должника.

⁶⁸³ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 911. Иными словами, это «*казус (incident)*, из которого Должник извлекает выгоду: выгоду, которую он должен возместить или которую он должен передать стороне, за счет которой он ее получил. В последнем случае, по-видимому, нет обязательства без требования и отказа; ибо до тех пор намерение сохранить не может быть известно» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 392; курсив наш – А.И.).

⁶⁸⁴ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 911.

вая к нему права опекуна в отношении воспитанника и права хозяина в отношении труда слуги или раба. Ребенок, если он покидает отца, признается реализующим *jus in personam*; у отца, однако, остается право принудить ребенка вернуться. Если мы говорим исключительно об отце, то его право в отношении ребенка следует признать реализацией *jus in rem*. Ребенок фактически воспринимается через призму своих правовых обязанностей (необходимости подчиняться законному родителю), т.е. в этом смысле признается объектом права родителя. Для Дж. Остина, *jus in rem* есть не только лишь право на опеку и воспитание ребенка, это еще и право на «реализацию подобных прав без вмешательства третьих лиц»⁶⁸⁵.

4.3.2. Санкционирующие права и обязанности. Деликты, преступления и вменение

Этот параграф касается процедурных правил, связанных с квалификацией деяний, и прав, обязанностей и правомочий, выходящих из «спящего» состояния в результате нарушения первичных прав и обязанностей, с чем бы такое нарушение ни было связано. «Санкционирующие» или «вторичные» права и обязанности есть то, что обеспечивает бытие первичных прав и обязанностей⁶⁸⁶ – они предполагают как легальные механизмы защиты для субъектов права, так и легальные механизмы самозащиты для самого правового порядка. Отметим, что Г. Кельзен отрицал, что «статичная» система позитивного права Дж. Остина как-либо дополнялась «динамикой» - «процессом их создания» или реализации⁶⁸⁷. Это, разумеется, глубоко ложное утверждение, ибо, например, «законы» частных лиц и акты судебного нормотворчества есть сами по себе свидетельства, говорящие против

⁶⁸⁵ Austin J. Lectures. T. 1. С. 383-385. Учинение препятствий отцу или ребенку в реализации родительских и детских прав соответственно есть акт препятствия реализации права *in rem* и, помимо этого, оспаривание статуса обоих упомянутых лиц, предполагающего такую реализацию. Таким образом, возможными противоправными действиями фактически будут нарушаться, как минимум, четыре права *in rem* – два у отца и два у ребенка. Закономерно, такое нарушение повлечет за собой появление прав и обязанностей *in personam* у семьи и обязанностей *in personam* у причинителя вреда соответственно.

⁶⁸⁶ Austin J. Lectures. T. 2. С. 762, 768.

⁶⁸⁷ Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. С. 61.

указанного типа понимания⁶⁸⁸.

Необходимо подчеркнуть, что с позиции позитивного права, «действия (в собственном смысле) не являются вредом или нарушением права в отрыве от их последствий. Там, где действие запрещено, обязанность и санкция указывают на последствия, которые постоянно или обычно следуют за ним»⁶⁸⁹. Далее, юридически значимым может выступать акт как таковой, т.е. взятый в отрыве от реальных последствий или, когда такие последствия еще не наступили; в этом случае законодателем оценивается потенциальная общественная опасность деяния, неважно, был претворен в жизнь умысел или нет. Полагаем, нас поддержат в том, что под указанный критерий прекрасно подпадает акт формирования банды или преступного сообщества, который уже сам по себе порождает юридически значимые последствия, хотя непосредственный вред объектам правовой защиты еще не был причинен. Однако, говоря о последствиях, мы затронули лишь часть проблемы; более того, чрезмерно сократили мысль правоведа, как если бы он утверждал, что связь причины (деяния) и следствия (действительного причинения вреда) есть единственно возможное содержание термина «последствия». Обозначенная связь – связь юридических фактов, в совокупности, если опустить несколько элементов, создающих правовые условия для дальнейшего вменения за совершенное преступление или деликт.

Посыл Дж. Остина заключается не только в этом. Он, скорее, затрагивает более тонкую материю и вновь подчеркивает, что *для бытия правовых процедур необходимо законодательное закрепление следствий деяния - санкций и обязанно-*

⁶⁸⁸ В концепции Дж. Остина есть весьма проработанная, но несистематизированная теория юридических фактов. Формальные ограничения нашего исследования не позволяют уделить ей должного внимания, в силу чего мы вынуждены ограничиться кратким комментарием. Согласно правоведам, наиболее общим понятием для юридических фактов является «событие». *События в целом* бывают простыми и сложными (совокупностью простых «фактов»), однако наиболее существенным является то, что *с ними непосредственно связаны юридически значимые последствия: причины возникновения, изменения и прекращения прав и обязанностей* (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 365). Разница между современной теорией и концепцией Дж. Остина мыслится в том, что нынешняя теория государства и права подразделяет юридические факты на события и действия, в то время как английский правовед: 1) именует всю совокупность юридических фактов «событиями»; 2) под «событиями» понимает фактическое поведение людей в отрыве от требований законодательных норм как критериев оценки поведенческих актов (поскольку носителем прав и обязанностей являются именно «физические» лица); 3) относит к классу «событий» человеческие действия и бездействия, тем самым сливая воедино как факты, связанные с поведением людей, так и факты, не связанные с таким поведением.

⁶⁸⁹ Там же, с. 427. Это утверждение, в целом верное, следует дополнить и сделать указание на то, что вред и правонарушение могут оказаться следствием не только активного поведения, но также и отказа от совершения действия (например, нежелания возвращать долг) или бездействия (неоказания помощи больному).

стей. Санкционирующие нормы лишены смысла, если они не способны обслуживать предмет, ради обслуживания которого они и были созданы – ради того, что санкционировано сувереном. Иными словами, без изданных государством норм (как и без противоправного поведения), содержащих права, обязанности и условия их нарушения, подкласс вторичных норм не был бы нужен в принципе.

Дж. С. Милль резко оспаривал подобную классификацию, указывая, что цель законов не всегда смыкается на создании и создаваемом праве; это может быть справедливо для «первичных прав», однако неприменимо для «санкционирующих прав» - там не законы существуют во имя права, но право (порождающее, например, специальные статусы) во имя законов. «Вторичные» нормы имеют своей непосредственной целью не создание прав, а конечное применение санкций, следовательно, – приведение в движение иных частей позитивного права⁶⁹⁰. Через статусы людей и вещей не раскрывается в полном объеме система позитивного права, потому как цивилистика не обладает всеохватывающим исчерпывающим значением. *Цивилистический подход Дж. Остина служит общетеоретическим способом описания, обоснования и классификации разнородных объектов*; оба раздела *corpus juris* (law of things и law of status) имеют дело с одинаковыми основными идеями – правом и его дефинициями. Но можно ли в понятиях цивилистики наиболее полно обосновать существо, например, уголовно-исполнительных процедур, исполнительного производства в области гражданского права или деятельности судебных приставов?

Получается, что «вторичные» права и обязанности, а также специальные статусы, имеют инструментальное значение и вызываются к жизни в связи с необходимостью вменения – они не являются ни самоцелью, ни первичными правами и обязанностями; вероятно, наиболее целесообразным было бы не просто рассматривать их в связи с санкциями, но включать в тот же раздел, в какой оказываются включены санкции, а не права⁶⁹¹. Дж. С. Милль полагал, что подобный

⁶⁹⁰ Mill J.S. *Essays on Equality, Law, and Education*. Т. 21. С. 197.

⁶⁹¹ «Из этих соображений следует, что какой бы подходящей основой ни была классификация прав для систематизации той части права (law), которая касается первичных прав (обычно называемых Гражданским Кодексом), в Уголовном и Процессуальном Кодексе созданные таким образом права являются лишь предметом вторичного рассмотрения, которому не следует придавать то значение, которое им придается путем приложения к этим отраслям

подход является «не лучшим для поставленной задачи»⁶⁹², но все же отмечал однозначную полезность представлений Дж. Остина: несмотря на логическую незавершенность системы, основоположник позитивизма все же начал прокладывать дорогу к конечной цели юридической науки – ясности и системности юридических идей и категорий⁶⁹³.

Далее, философ-утилитарист оспаривает ключевой элемент концепции позитивного права Дж. Остина – *понятие права*. Нами уже было указано, что основоположник позитивизма понимает под ним «*право на чужую обязанность*», выражающееся в необходимости другого лица совершать или воздерживаться от совершения тех или иных действий в отношении «правообладателя»; сопровождаемость права подобной обязанностью (и подразумеваемой санкцией) тождественно легальной обеспеченности права, т.е. его действительности. Если понятие права не является точным, то невозможно говорить о точности напрямую вытекающих из него понятий и положений.

По мнению Дж. С. Милля, если утверждение Дж. Остина воспринимать в качестве верного и строгого, то мы бы закрыли глаза на то, что в нем «содержится нечто большее, чем обязанность по отношению к конкретному лицу»⁶⁹⁴, в частности, интересы тех, ради кого она была создана и каким образом реализуется. Это *безбрежно расширяет вводимое понятие, эклектично сливая первичные и вторичные права и обязанности*. Сам комментарий, в котором используется прием *reducio ad absurdum*, а также обнаруженное в концепции правоведа важное противоречие, мы помещаем в сноску⁶⁹⁵. Получается, что наиболее абстрактное понятие

того же принципа классификации» (Там же, с. 214). От себя отметим, что статусы, полномочия и обязанности, напрямую и единственно связанные с исполнением вступившего в законную силу решения или приговора, едва ли могут быть включены в предлагаемую Дж. Остином классификацию.

⁶⁹² Там же, с. 174.

⁶⁹³ Примечательно также и то, что в этом смысле идеи Дж. Остина расходятся с теми, которые были предложены И. Бентамом. Создатель принципа полезности писал о субстанциональной (substantial) и процедурной (adjective) юриспруденции, где в первую включал частное и публично-конституционное право (гражданское право и уголовные отрасли), а во вторую – правовые процедуры, т.е. «правильные решения и эффективное исполнение»; отдельно выделялась «вознаграждающая» ветвь, которая ведала санкциями в форме наград (См.: Bentham J. The Collected Works of Jeremy Bentham: Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education. Oxford. 1998. Т. 2. С. 191-192, 223-224).

⁶⁹⁴ Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 197.

⁶⁹⁵ «Оно включает случаи обязанности, в отношении которых... не было корреспондирующих прав. Например, правовые обязанности тюремных надзирателей. В их обязанности входит кормежка заключенных... и эта обязанность корреспондирует праву заключенных. Но это также их правовая обязанность – держать заключенных в за-

«субъективного» права не является пригодным для описания конкретных разнородных видов прав⁶⁹⁶.

1. Права и обязанности, порожденные деликтами. Деликт есть форма нарушения прав и обязанностей, не являющаяся, согласно положениям закона, преступлением. Необходимо отличать причинения вреда объекту права или противоправное взаимодействие с предметом права, причиняющее вред объекту прав от последствия такого нарушения – появления у пострадавшего лица не только права *in personam* к причинителю вреда (право требования), но и права на иск и иную легальную форму защиты и восстановления права (права притязания, *action*)⁶⁹⁷.

Факт неисполнения обязанностей, неважно, какая сторона в этом виновна, есть одновременно правовое условие вменения и состояние взаимного неудобства, именуемое Дж. Остином *in mora* («задержка»). Стороны, будучи *in mora*, взаимно подвергаются неудобствам, которых можно было бы избежать, если бы обязанности между сторонами были исполнены в должный срок или должным образом: неисполнение обязанности должником препятствует (*delay*) реализации права кредитором, из чего так же следует, что должник чинит препятствия самому себе, обременяя себя дополнительными обязанностями⁶⁹⁸. В этом случае у потерпевшего лица появляется право требовать у причинителя вреда компенсации, вер-

ключении... этот случай относится строго к тому типу, который рассматривается в определении права господина Остина; существует обязанность, которую необходимо выполнить по отношению к конкретному лицу или лицам; но можно ли сказать, что они имели право быть заключенными в тюрьму, и что их право будет нарушено, если их выпустят на свободу? Опять же, палач обязан вменять смертную казнь всем лицам, законно доставленным ему для этой цели; но можно ли говорить о том, что сам преступник имеет право быть повешенным? Конечно нет. И эту логику полностью признает господин Остин. В одном месте он пишет, что “*право в условиях, которые являются сугубо обременительными, едва ли мыслимо*” (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 390; курсив наш – А.И.), а в другом, что “*право на время или оправдание пользования бременем*” является “*абсурдом*” (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 706, 882, 884; курсив наш – А.И.)» (Mill J.S. Essays on Equality, Law, and Education. CWJSM. Т. 21. С. 197).

⁶⁹⁶ Так, цивилистический термин «право» не позволяет отделить право собственности от предполагаемых понятием, например, «административных» правоотношений, связанных с регистрацией права собственности на недвижимое имущество, основанием для которого является вступившее в силу решение суда о расторжении брака. Последнее отношение в нашей смоделированной ситуации является еще одним отношением, предположенным понятием, но необъяснимым посредством предложенного понятийного аппарата. Попросту получается, что лицо, лишившееся собственности в результате расторжения брака, «имело право» на подобное отторжение имущества с первой секунды после регистрации соответствующего гражданского состояния, поскольку понятия Дж. Остина предполагают все возможные следствия прав и обязанностей. Поэтому лица, обладающие соответствующими статусами, имеют «права» на все вытекающие из них следствия, какими бы обременительными или отрицающими их права они ни были. Это попросту невозможно в плоскости юридической логики, руководствующейся «принципом вменения», хотя, вероятно, могло бы оказаться верным в иной, например, детерминистской плоскости.

⁶⁹⁷ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 61.

⁶⁹⁸ Там же, с. 474.

нее, правовое основание для истребования такой компенсации⁶⁹⁹. Для предъявления требования законодатель предусматривает *диспозитивность при инициации процедуры* (ее может возбудить как непосредственно пострадавший, так и его представитель), что *отличает правовые последствия деликта от последствий совершения преступления*⁷⁰⁰.

Кроме того, право потерпевшей стороны на обращение в суд следовало бы, согласно этой логике, признать главным, в отличие от наказания виновного лица, объектом подобного «санкционирующего» права. Однако в гражданском процессе правовое основание для обращения в суд связывается законодателем с реальным нарушением легального права и правовой обязанности, которое в обязательном порядке (согласно современным нормам и представлениям римлян) должно предваряться процедурой досудебного урегулирования спора, чтобы избежать неудобств судебного рассмотрения дела⁷⁰¹. Отметим, что возможна также исключительная ситуация, когда законодателем может быть принята во внимание возможность будущего причинения вреда⁷⁰².

Важно отметить, что «вторичные» процессуальные права в той же степени

⁶⁹⁹ Там же, с. 376. «Очевидно, что *все права на обращение в суд должны основываться на правах in personam*, то есть на правах, которые реализуются исключительно против определенного лица или лиц, против которых будет направлено такое обращение» (Там же; курсив наш – А.И.).

⁷⁰⁰ Известно, что возможность подачи гражданского иска в английском уголовном процессе образца XIX века отрицалась английскими юристами (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 947) в силу строгой противопоставленности двух правовых оснований вменения – преступления считались настолько серьезным основанием, что в качестве единственного средства правовой защиты воспринималась только санкция уголовного закона. В то же время, законы государств континентальной Европы допускали возможность участия гражданского истца в уголовном процессе (См.: Тальберг Д. Г. Гражданский иск в уголовном суде или соединенный процесс: Исследование. Киев. 1888. С. 32-69; Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. Изд. 3-е, пересм. и доп. С.-Петербург. 1910. С. 69-71 и др.). Насколько нам известно, современный английский уголовный процесс также допускает подобную форму участия. Исходя из этого, классификация Дж. Остина обладает несомненной точностью в части строгого противопоставления правовых оснований двух отраслей, однако пребывает «в плену» витавших в обществе той поры заблуждений. Отрицание возможности подачи гражданского иска в уголовном процессе, либо сознательное исключение этой проблемы, оставляет пробел в соответствующей концепции, делая последнюю неприменимой ни в качестве стандарта общетеоретического знания, ни как теорию, способную описать современное английское право.

⁷⁰¹ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 470, 474.

⁷⁰² Там же, с. 378. Дж. Остин полагает, что с очевидностью представленный умысел обязанного лица (должника), связанный с его желанием в обозримом будущем нарушить возложенное на него обязательство, может послужить самостоятельным условием для появления у кредитора права на обращение в суд. В указанном смысле, если для подобного обращения (action) имеются достаточные основания, обеспечительная мера суда (injunction) может быть назначена из соображений превенции (Там же, с. 471). В современном российском праве это действие известно под именем «предварительных обеспечительных мер», предъявляемых до предъявления исковых требований по существу; однако последние обязывают потенциального истца подать само исковое заявление в срок, указанный в определении суда. Если иск будет подан и предметом окажется, например, требование о понуждении ответчика к исполнению договора, то предварительные обеспечительные меры будут автоматически преобразованы в меры по обеспечению иска.

предполагают права и обязанности в отношении «слуг правосудия». Помимо этого, *правовед допускает участие государства в качестве истца и ответчика в суде, но с большими оговорками в отношении его «статуса»*⁷⁰³. Кроме того, *непосредственная связь между правами in rem и правовыми последствиями их нарушения отсутствует: обязанность in rem «приостанавливается» для конкретного причинителя вреда до исполнения возникшей обязанности in personam*⁷⁰⁴. Обязанность in personam упирается в права in personam лица, «вещному» праву которого был причинен вред. Соответственно, право на обращение в суд (action)⁷⁰⁵ будет считаться правом, «основанным на нарушении права in rem, и требующим восстановления стороне права на пользование этим самым правом, а не просто удовлетворения (компенсации – А.И.) за то, что ее лишили его»⁷⁰⁶. Поэтому решение суда следует считать легальным актом, восстанавливающим «абсолютное» право законного собственника и обязанность in rem для причинителя вреда. Оно так же является способом приобретения соответствующих прав и обязанностей, в т.ч. права собственности – юридическим фактом⁷⁰⁷.

Кроме того, *обязанности могут быть возложены на лицо в случае, если им*

⁷⁰³ «...Из такого появления суверенной власти мы не можем сделать вывод, что власть несет юридические обязанности или имеет законные права в отношении своих собственных подданных... Там, где она выступает в качестве заявителя, она, по-видимому, основывает свои притязания на собственном позитивном праве и преследует свои притязания в судебном порядке. Но хотя она достигает своей цели посредством общей и обращенной в будущее нормы и посредством судебной процедуры, она юридически свободно достигать своей цели путем произвольного или не отвечающего нормам осуществления своей юридически неограниченной власти... там, где суверенная власть выступает в качестве ответчика, она выступает в связи с иском, основанным на так называемом законе, который оно установило для себя. Следовательно, она может отклонить иск, полностью отменив закон или отменив действие закона в отношении этого конкретного случая... ликвидировать своей собственной властью» (Там же, с. 288; курсив наш – А.И.). Однако в интересах власти соблюдать собственные нормы и не нарушать установленную логику процедур.

⁷⁰⁴ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 765; Austin J. Lectures. Т. 1. С. 372. Причиной действия санкции будет факт нарушения права/обязанности, но причиной конечного вменения – только предписание санкции, абстрагированной от подвергнувшегося правовой квалификации деяния.

⁷⁰⁵ Оно понимается правоведом в широком смысле – именно как «право на средства правовой защиты», а не в узком – как «иск» (Там же, с. 382). «Взятое в самом широком смысле, оно означает любое судебное средство правовой защиты; взятое в более узком смысле, оно выражает только особый вид судебного средства правовой защиты» (Там же). Правовед особенно подчеркивает: «права на средства правовой защиты, со всеми другими правами, основанными на причинении вреда, также являются jura in personam. Ибо они отвечают обязанностям, возложенным на конкретных лиц, причинивших вред... Каждое право на реституцию является правом in personam» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 936; курсив наш - А.И.).

⁷⁰⁶ Так, недобросовестное владение чужим имуществом служит прекрасным примером подобного деликта; сам факт такого владения «есть сам по себе вред», «аналогичный незаконному завладению» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 473).

⁷⁰⁷ Там же, с. 64-65. «Таким образом, когда законы предоставляют компенсацию там, где этого требует справедливость, он неявно исходит из принципа “Трактуй одинаковые случаи одинаково...”, восстанавливая, после того как произошло нарушение, status quo, при котором и жертва, и нарушитель находятся в состоянии равенства и, таким образом, одинаковы» (Харт Г. Понятие права. С. 168).

вовсе не был причинен имущественный или иной вред. Так, если имущество «кредитора», вверенное на хранение «должнику», было уничтожено в силу пожара, возникшего не по вине этого «должника», то «кредитор» оставляет за собой право требовать у «должника» возвращения этой вещи, либо, при невозможности исполнения соответствующей обязанности в натуре, компенсации ее стоимости. «Должник» не будет виновен в уничтожении вещи, однако он будет обязан восстановить нарушенное право «кредитора» в том же смысле, в каком оно подлежит восстановлению при действительном причинении вреда. Обе стороны оказываются *in mora* (в состоянии взаимного неудобства) в силу обстоятельства, не связанного с пожаром; обязанность «должника» проистекает *aliunde* – из другого источника, а именно, из договора хранения, а не нарушения закона⁷⁰⁸.

В категорию деликтов правовед включает также ответственность работодателя и родителя перед третьими лицами за причиненный вред зависимыми от них лицами – работником и ребенком соответственно. Это подтверждается не только фактическими отношениями указанных лиц, ибо работодатель и родитель имеют достаточно влияния на общую дисциплину и поведение подчиненных им людей, но находит и легальное выражение – как правило, в гражданской, семейной, трудовой, административной, уголовной и конституционной отраслях права. В категорию деликтов также можно отнести причинение вреда вследствие незнания или непрофессионализма (*imperitia*) виновного лица, например, в случае, когда неквалифицированный хирург во время операции совершает ошибку и причиняет вред здоровью пациента⁷⁰⁹. В обоих случаях причиняется вред правам *in rem*, поэтому указанные деяния, если будут отсутствовать основания для квалификации их в качестве преступлений, следует считать деликтами.

1.1. «Аномальные» права и обязанности, порожденные квазиделиктами. Квази-деликт есть акт, имеющий форму «вреда, причиненного кредитору, но без умысла или неосторожности со стороны должника»; за нанесение

⁷⁰⁸ Austin J. Lectures. T. 1. C. 478. «Вред, причиненный пожаром, не является следствием вреда, причиненной мной; несмотря на это, я буду нести ответственность как за причиненный вред, в случае, если я не выполню свои особые обязательства по возмещению убытков, возникших в результате несчастного случая» (Там же).

⁷⁰⁹ Там же, с. 497.

этого вреда должник, тем не менее, обязан удовлетворить требования кредитора» как если бы должник нарушил заключенный между ними договор либо причинил вред собственными виновными действиями, воздержанием от совершения действия или бездействием в отношении иной стороны как стороны в подобном якобы существующем соглашении (*quasi ex contractu*)⁷¹⁰. Соответственно, квазиделикт отличает от деликта факт того, что отсутствует какая-либо вина (в правовом смысле) со стороны должника в появлении «задержки» (*morae*), а также вред, понесенный по этой причине кредитором. Кроме того, он не является формой нарушения существующих прав и обязанностей; тем не менее, он «порождает *iura ad rem*, отказ или бездействие в удовлетворении которого есть деликт» в собственном смысле слова⁷¹¹.

В качестве примера правовед называет акт добросовестного (*bona fide*) владения чужим имуществом, например, когда один сосед передал другому денежные средства в качестве займа. Обязанность должника вернуть денежные средства, переданные в его распоряжение, есть обязанность *quasi ex contractu*; она является реальностью с момента, когда кредитор истребует переданную вещь, ибо обе стороны начинают находиться *in mora*. Соответственно, продолжение обладания должником денежными средствами или «задержка» (*morae*) при их возвращении послужат условиями для появления у должника обязанности *quasi ex delicto*. Действия неосмотрительного судьи, выносящего решение или приговор с допущением существенной ошибки в применении законодательства, также могут быть названы квазиделиктом, ибо они будут порождать соответствующие последствия (*in personam* за нарушение прав *in rem*) для самого судьи. Сюда же следует отнести отказ одного лица возвращать деньги, уплаченные ему по ошибке другим лицом, эвикцию (истребование у покупателя приобретенного им имущества по основаниям, возникшим до продажи – продавец возмещает понесенные

⁷¹⁰ Там же, с. 392; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 911. В общем смысле квазиделикт имеет две причины: «1° Причинение вреда праву другого лица в силу собственной неосторожности... 2°. Причинение вреда праву другого лица каким-либо третьим лицом, за нарушения которого ответственность несет иное лицо» (Там же, с. 927). Примером второго случая может быть, например, неисполнение договорных обязанностей по договору строительного подряда подрядчиком по вине субподрядчика.

⁷¹¹ Там же, с. 914, 983-984.

покупателем убытки), отказ уплачивать денежные средства в соответствии с завещательным отказом (*legacies*)⁷¹².

1.2. Права и обязанности, порожденные преступлениями. Не будет качественно отличаться юридическая логика в отношении правовых последствий преступлений – так называемых *delictum publicum*, используя терминологию римских юристов. По мнению Дж. Остина, *отличием нарушения права в форме совершения преступления от деликта заключается в нарушении абсолютной обязанности и более активном вмешательстве государства: «иными словами, задача судебного преследования не оставляется на усмотрение потерпевшей стороны или ее представителей, а берется на себя Сувереном или подчиненными лицами Суверена»*⁷¹³. Выделяемый правоведом критерий подразделения - в части нарушения абсолютной обязанности – является, по меньшей мере, неточным. Очевидно, нарушить абсолютную обязанность можно и причинением гражданского вреда, т.е. совершением деликта⁷¹⁴. Как бы то ни было, именно совершение деяния, предусмотренного только уголовным законом, будет актом совершения преступления. Наказание, что закономерно, окажется легальным следствием преступления. Уголовная санкция оказывается возможной благодаря уголовному судопроизводству и деятельности полиции, в ведении которых находится обеспечение неотвратимости ответственности и вменение конкретного наказания⁷¹⁵.

4.3.3. Право легальных статусов и его внутреннее подразделение

Согласно Дж. Остину, «точное определение того, что такое Статус, является... самой сложной проблемой во всей юридической науке»: дать его практически невозможно, а имеющееся есть, скорее, дань более удобному описанию и

⁷¹² Austin J. Lectures. T. 1. C. 472-473, 497-498; Austin J. Lectures. T. 2. C. 912, 983.

⁷¹³ Austin J. Lectures. T. 1. C. 405.

⁷¹⁴ Вероятно, никто не будет спорить с тем, что каждый обязан воздерживаться от причинения вреда чужому имуществу и препятствовать нормальной реализации права собственности; вероятно, также никто не возразит нам, когда мы скажем, что далеко не каждое, например, дорожно-транспортное происшествие будет являть собой преступление (исключая случаи, специально предусмотренные положениями уголовного закона). Далее, едва ли преступлением не может оказаться деяние, связанное с нарушением корреспондирующих прав и обязанностей, сопряженных с *jus ad rem*. Яркий пример - уголовная ответственность бывшего супруга за злостное уклонение от уплаты алиментов. Более подробное рассмотрение упомянутых нами ситуаций способно поставить под сомнение релевантность сделанных правоведом выводов. Эта работа, к сожалению, не является частью нашего исследования.

⁷¹⁵ Austin J. Lectures. T. 1. C. 66.

классификации⁷¹⁶. Раздел *corpus juris*, посвященный физическим телам как носителям определенных «юридических лиц» (*persons*) и различиям между классами таких «лиц», именуется правоведом *Law of Persons*⁷¹⁷ – правом легальных статусов⁷¹⁸.

Термин «статус», отождествляемый Дж. Остином со смежным термином «состояние» (*condition*), *есть перечень приобретенных физическим телом человека обособленных от иных частей правовой системы свойств и качеств, содержанием которых выступают права, обязанности, способности и неспособности*⁷¹⁹ «юридического лица» человека *приобретать права, иметь соответствующие обязанности, изменять или прекращать то и другое в правовой плоскости*⁷²⁰.

Статус отражает в правовой плоскости тот факт, что лицо, будучи членом того или иного коллектива (класса), пребывает в определенном правовом состоянии, свойственным для всех представителей этого класса⁷²¹. Правовые состояния

⁷¹⁶ Там же, с. 389-390; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 697.

⁷¹⁷ Поскольку нормы, предлагая формализованный «дубликат» фактических отношений, касаются человека не напрямую, а опосредованно – через фикцию «лица», – то класс всех норм, охватывающих различные правовые состояния человека, следует именовать не *rights of persons*, а «*law of status or condition*» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 363): правом статусов или состояний. «Здесь лицо – это не физическое или индивидуальное лицо, а статус или состояние, которым оно наделено» (Там же).

⁷¹⁸ Не является ясным то, почему *law of things* и *law of status*, совместно затрагивающие, казалось бы, юридические понятия вместе с родовыми и видовыми объектами, располагаются в разных частях систематизированного правоведом *corpus juris*, первое – в начале, а второе – в конце. Правовед полагает, что, поскольку права, обязанности и юридические факты, являющиеся частью *the law of things*, есть конституирующие причины правовых статусов – предмета *the law of status*, – то логичным представляется обращение сперва к содержанию правоотношений, потом – к классам персон, участвующих в них. Чтобы понять идею, дополняющую то, от чего она производна, необходимо сперва понять составные элементы указанного «дополнительного» аспекта; «вещное» право и право статусов, таким образом, соотносятся как целое и часть (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 720, 727-728 и др.).

⁷¹⁹ Яркий пример статуса, состоящего только из неспособностей – статус раба. В этой связи Дж. Остин отмечает, что некоторые правовые статусы могут содержать только обязанности и являются «обременительными» (*onerous*) (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 390). *Обязанности без корреспондирующих прав являются весьма распространенным феноменом и устанавливаются, как правило, уголовным законом и, в некоторых (например, советском) правовых порядках – административным правом* (См.: Кечекьян. С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М.: 1959. С. 62-63). Тем не менее, далеко не все из указанных обязанностей порождают самостоятельные статусы.

⁷²⁰ Austin J. Lectures. Т. 2. С. 688, 697, 700 и др.

⁷²¹ Там же, с. 942, 945-946. «Каждое право или обязанность (за исключением права или обязанности, присущих индивидуально определенному лицу) может относиться лиц, наделенных ими, или лиц, на которых они распространяются, к тому или иному виду или категории... возможные классы людей столь же многочисленны, как и возможные различия между правами и обязанностями» (Там же, с. 708). Если у такого лица есть иные индивидуально-определенные правовые качества и особенности – особые льготы, не являющиеся привилегиями, или ограничения, не являющиеся аномальными, то они не входят в конфликт с его «классовым» статусом (так, инвалид может заключать сделки или получать образование); аномальные льготы (привилегии) или ограничения (недееспособности и неделиктоспособность) есть основание для исключения человека из класса одних персон и введения в класс других персон, имеющих соответствующий статус.

людей являются взаимообусловленными⁷²². Определенные совокупности или сочетания указанных качеств есть то, что отличает один класс персон от другого класса; это позволяет также говорить нам о том, что некоторое лицо принадлежит к определенному классу лиц и, как следствие, обладает определенным статусом.

Реализация права также оказывается невозможной без статуса – они есть следствие «правосубъектности» лица (перечень прав и обязанностей порождает статус, однако статус позволяет пользоваться перечнем). Статус может предполагать значительные ограничения для реализации права (статус крепостного или серва) или даже состоять исключительно из таких ограничений (статус раба). Кроме того, один человек, может одновременно иметь множество не только социальных, но и правовых статусов («лиц» в легальном смысле)⁷²³. Распространенной является ситуация, когда разные классы включают одинаковые права и обязанности – об «общегражданских» правах и обязанностях мы скажем позднее.

Примечательно, что правовед не выделяет так называемый «общегражданский» или «конституционный» правовой статус, с которым могла бы быть связана правосубъектность лиц. Автор руководствуется тем, что необходимо проводить различие между состояниями и правами, обязанностями и «способностями», ибо состояние или статус есть нечто производное от указанного комплекса – оно имеет те в качестве элементов своей сложной структуры. Но и легальный комплекс имеет причину – он есть следствие факта обладания политической свободой, лишь впоследствии отраженный в форме конституционно-правовых основ «юридической личности» человека⁷²⁴. Гражданское состояние имеет причиной не

⁷²² Там же, с. 948.

⁷²³ Лица «родителя» и «ребенка», например, есть одновременно юридический статус и свидетельство фактического положения человека в общественных отношениях. Что касается правовой стороны, то правовед резюмирует: «короче говоря, о Правах, Обязанностях, праводее способности или ограничениях в реализации права вряд ли можно сказать, что они составляют Статус или Состояние, если они не *наделяют лицо особым качеством*: если они не *протекают через его* (правовое – А.И.) *положение в непрерывном ключе (vein) или формации (stratum)*: если они не *окрашивают все его юридическое существо в характерный и заметный цвет*» (Там же, с. 944; курсив наш – А.И.).

⁷²⁴ Там же, с. 942. Вполне логично, что до обладания конкретным статусом лицо должно иметь возможность порождать юридические факты, а равно быть «включенным» в мир права в том смысле, в каком за такой персоной признавался бы факт обладания «юридическим лицом». Современное правоведение называет указанное свойство правосубъектностью; Дж. Остин, отрицая так называемый «общегражданский» или «конституционный» статус, допускает существование вытекающего из него следствия (в теории Дж. Остина такое следствие вытекает непосредственно из законов, без использования «промежуточной» фикции) – *правоспособности, capacity* (Там же, с. 710 и др.). Для удобства и большей точности, мы будем именовать указанный термин «*правосубъектностью*», ибо та более привычна для слуха и тождественна вводимому правоведом термину.

столько документ, сколько факт политической свободы, дарованный политической властью. Эта свобода, будучи нормативным фактом, оказывает конституирующее воздействие на структуру общества, создавая не статус, но фактические начала тех или иных статусов вообще – класс персон, именуемый «гражданами».

На наш взгляд, к проблеме подразделения классов лиц Дж. Остин подходит как социолог права: они либо имеют наиболее общий характер и охватывают всех или практически всех (без учета возможных ограничений) лиц, либо объединяют только некоторую часть общества, подпадающую под определенные родовые признаки. Что касается статуса, то он является правовым свойством, отражающим общую качественную сторону или общие признаки некоторого коллектива граждан, свойственные каждому из его членов, какими бы индивидуально-определенными характеристиками они не обладали. «Класс», таким образом, есть имя, отражающее как фактическое, так и юридическое положение тех или иных коллективов в структуре социального целого вследствие обладания комплексом прав, обязанностей, «способностей» и «неспособностей». «Статус», напротив, есть только юридическая и производная сторона указанного положения лиц.

Отношение Дж. Остина к понятиям «класс» и «статус» не является случайным. Аналитический взгляд правоведа устремлен преодолеть метафизику языка, а потому, если бы мы не вынесли некий «общегражданский» статус за скобки, либо не исключили его полностью, получилось бы, что все право есть следствие указанной «правосубъектности» - все право есть the law of persons, реализация неких «абсолютных» и «неотъемлемых» прав. Это не позволило бы (сколько-нибудь успешно) сочетать «широкий» социологический и «узкий» догматический взгляды на право в рамках Общей Юриспруденции, а равно поставило бы под сомнение релевантность вводимой автором классификации; сама классификация, таким образом, есть попытка под видом формальной-юридической логики описать социальные факты, в которой последние, к великому сожалению, не растворяются и даже сохраняют известную самостоятельность⁷²⁵. Эта мысль предпола-

⁷²⁵ Там же, с. 714, 719. Некое «общегражданское» состояние, как представляется, одновременно признается и игнорируется правоведем. Он закрывает глаза на то, что суверен фактически создает субъекта права, где тот сам по себе есть начало любого правового состояния («лица») человека. Политическая власть через некий факт (закон)

гает большой простор как для критики, так и для поддержки.

Гражданское состояние, очевидно предполагающее весьма устойчивую политико-правовую связь с государством, само по себе есть одновременно и правовое отношение. Оно не имеет конкретного предмета регулирования. Если такой предмет (права, обязанности и праводеееспособность) определен лишь родовыми признаками, т.е. предполагает реализацию права в целом, то статус в строгом смысле слова не может наличествовать там, где нет конкретности, - где нет правоотношения, содержание которого определено видовыми (индивидуальными) признаками. Если статус есть итог правового взаимодействия людей по поводу видовых объектов (а потому начинает применяться принцип конкретности предмета), либо итог обладания ими комплексом прав, обязанностей и вытекающей из них праводеееспособностью, то большая часть сделок, известных современному отраслевому и общетеоретическому правоведению, не порождает определенного статуса. *Сделка* есть, по мнению Дж. Остина, «*межклассовое*» правовое отношение *персон* – ее стороной может выступить практически любое лицо⁷²⁶; тем не менее, некоторые перечни прав, обязанностей и особенности праводеееспособности, сопряженные со сделками, следует относить к правовым состояниям⁷²⁷.

В общем смысле, сделки не касаются классов персон и не создают статусов;

дает человеку права, обязанности и праводеееспособность («способности» и «неспособности») – наделяет его правосубъектностью; «каждый статус должен быть гражданским (civilis), т.е. созданием позитивного права...» (Там же, с. 719). Приобретенный правовой комплекс (общие для всех «юридических лиц» качества) есть, фактически, правовое состояние; это истинно несмотря на то, что правоведа предпочитает указывать на «способности, свойственные всем лицам». Этот «статус» позволяет отнести персон к всеобъемлющему классу «граждан». Если бы мы допустили отсутствие связи между законом и классом, опосредованным некоей легальной и «промежуточной» причиной, то логика правоведа становится исключительно превратной. Ее, вероятно, можно было бы оправдать ярко выраженной классовой дифференциацией английского общества первой половины XIX века, однако имущественное и правовое различие классов не отрицает и не должно отрицать принципа формального юридического равенства; это основополагающий принцип, гарантирующий существование «единого» правового субъекта, а не такого, который является «своим» для каждой группы лиц.

⁷²⁶ Там же, с. 720. В праве присутствуют, разумеется, определенные ограничения, препятствующие вступлению тех или иных лиц в договорные отношения и предполагающие оспоримость (продажа доли в праве общей собственности без ведома иных собственников) или даже ничтожность (совершение сделки малолетним или невменяемым) таких сделок. Из этого следует, что «межклассовое» правовое отношение, связанное с заключением сделки, несколько изменяется в зависимости от «классовых» или индивидуально-определенных особенностей участвующих в сделке лиц, однако какие-либо ограничения и статусы есть внешние по отношению к конкретной сделке обстоятельства, способные, тем не менее, оказывать существенное воздействие на ее содержание. Таким образом, *подлинно «способного» или безусловно праводеееспособного «человека не существует»* (Там же, с. 724).

⁷²⁷ Сюда Дж. Остин относит «статусы» наследника, «ближайшего наследника» (next of kin) и душеприказчика. Это связано с тем, что правовые процедуры предопределяют преемственность и появление прав и обязанностей определенного класса в том же смысле, в каком они оказываются свойственны классам лиц (Там же, с. 952). Вероятно, именно в этот подкласс следовало бы включить, согласно логике правоведа, современный «статус» потребителя.

они создают, во-первых, взаимные права и обязанности *ex contractu* и *ex quasi contractu*, и, во-вторых, титулы – основания правового владения, возникающие как во время действия договора (сервитут, эфитевзис, суперфиций, залог), так и после (манципация, простая передача вещи или при помощи акта и др.). Все из перечисленного правовед включает в предмет *law of things*⁷²⁸.

Получается, что статус, будучи порождением позитивного права, относится к правам, обязанностям и актам лиц в наиболее абстрактной и общей форме, в связи с которыми *появляется возможность установить конечную принадлежность тех или иных индивидуальных персон к определенным классам*. Если же статус есть правовое состояние, свойственное одной или нескольким индивидуально-определенным персонам, права которых не сочетаются с возложенными на них же обязанностями, то такой статус именуется привилегией и предполагает правовые иммунитеты для обладающего им лица; он является следствием «частной» или «общей» команды суверена и порождает состояние, близкое к «статусному»⁷²⁹. Тем не менее, в обоих случаях, *статус есть свойство, дополняющее качественную сторону «юридического лица» человека. Он либо позволяет ему участвовать в разрешенных законом видах общественных отношений (например, заводить семью), либо отражает итоги некоторого правового и фактического взаимодействия (лицо, обвиняемое или подозреваемое в совершении преступления)*.

Согласно теории Дж. Остина, классы «юридических» лиц, вернее, правовых статусов людей, бывают личными (*private*) и политическими. Существуют также аномальные состояния, не относимые ни к одному из классов.

⁷²⁸ Там же, с. 689. Стоит отметить, что современное право, напротив, допускает создание определенного класса лиц (продавца и покупателя, потребителя) после заключения сделок и даже до их заключения (продажа товара по цене, отличающаяся от суммы, указанной на ценнике, есть основание для его продажи по цене, указанной на ценнике), предполагающего наличие конкретного перечня прав на действия иных лиц; наиболее яркими примерами могут послужить бесчетные следствия существования прав потребителя (сюда же относятся гарантийные периоды и периоды обслуживания), государственных и международных стандартов качества и т.д.

⁷²⁹ Можно сказать, что *привилегиями обладают государственные лица, в том числе и сам суверен*: «существуют определенные полномочия или права, а также определенные обязанности, которые должным образом соотносятся с состояниями и включаются в Право Статусов, хотя они ограничены конкретными лицами или группами людей... Таковы полномочия Суверена, где Суверен представлен одной персоной. И таковы права и обязанности конкретных государственных лиц или компаний, которые, хотя они и являются отдельными лицами, естественными или искусственными, наделены способностями, которые серьезным образом касаются общих правовых положений, и протекают в непрерывном ключе через всю систему позитивного права» (Там же, с. 949). Такие лица исключаются, в известном смысле, из общей логики правоотношений, однако никогда не перестают в них участвовать.

1) **Личные статусы.** Они не связаны с осуществлением политических функций. Личные и политические статусы, с очевидностью, сосуществуют.

1.1) *Гражданские и квази-гражданские статусы.* К первой категории следует относить, например, гражданские состояния супругов⁷³⁰, родителя и ребенка, хозяина и раба, хозяина и слуги (наемного работника)⁷³¹. К квази-гражданским статусам следует относить состояния лиц, которые возникают или связаны с фактическими обстоятельствами (детство, пол, здоровье и т.д.) и требуют особого урегулирования. Сюда включены различные формы легальной дееспособности и ее ограничения⁷³².

1.2) *Профессиональные статусы.* Сюда следует отнести, например, «состояния» юриста, имеющего право выступать в суде – барристера⁷³³.

1.3) *Аномальные статусы – привилегии.*

2) **Политические статусы.** Они касаются комплекса полномочий лиц, назначенных сувереном в качестве подчиненных политических руководителей. По существу, сюда включены статусы любых должностных и специально уполномоченных лиц, осуществляющих публичные функции. Это те права состояний, которые в привычных правовой мысли классификациях являются частью публичного права⁷³⁴. *Право политических статусов подразделяется на конституционное и административное.*

⁷³⁰ Этот статус предполагает несколько прав и обязанностей: 1) взаимные права и обязанности супругов как «юридических» лиц; 2) права и обязанности каждого из супругов, противопоставленные правам и обязанностям третьих лиц или мира в целом, т.е. возможность реализации прав, предусмотренных брачно-семейным и смежным законодательством без вмешательства третьих лиц, а равно необходимость реализации обязанностей, связанными с невмешательством в семейные дела иных супружеских пар (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 363). И далее: «*между собой они обладают взаимными правами in personam и несут корреспондирующие обязанности.* Более того, у каждого есть права другого, противопоставленные всему остальному миру, и каждый отвечает за обязанности, которые неизменно являются отрицательными. Супружеская измена жены... дает мужу право развестись с женой и оформить юридически раздельное проживание (a mensa et thoro). Прелюбодеяние иного лица с женой... дает мужу право на компенсацию вреда, направленное против прелюбодея» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 939).

⁷³¹ «Хозяин имеет право, которое распространяется только (specially) на слугу, на действия и воздержание от совершений действий со стороны самого слуги. Хозяин также имеет право на обладание слугой (right over servant) или право, обращенное на слугу (right in servant), которое действует против других людей в целом или против мира в целом. Что касается первого из этих прав, то слуга несет обязанности, корреспондирующие праву хозяина. Но в отношении второго из этих прав он находится в положении, напоминающем положение вещи, которая является предметом права. В отношении этого права у него нет никаких обязательств. Он всего лишь предмет права, которое принадлежит его хозяину и которое действует (не против него самого), а против третьих лиц» (Austin J. Lectures. Т. 1. С. 368).

⁷³² Austin J. Lectures. Т. 2. С. 689. В частности, статус «замужней женщины» традиционно связывается Дж. Остином с частичной дееспособностью женщины, оказавшейся на «попечении» супруга.

⁷³³ Там же, с. 942.

⁷³⁴ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 70, 404.

2.1) *Статусы по конституционному праву.* Эта подотрасль ведает внутренней структурой государственной власти, т.е. вопросом о том, каким образом организовать единство государственной власти (будет ли это монархия или «аристократия»), кто именно может обладать полномочием распоряжаться суверенной властью от имени государства и каким образом реализуется преемственность верховной власти⁷³⁵.

2.2) *Статусы по административному праву.* Эта подотрасль ведает порядком и процедурами государственного управления, т.е. реального бытия суверенной власти в делах и персонах, а равно использования суверенных «полномочий» и прерогатив. Она не ограничивается рамками исполнительной власти, задача которой – именно государственное управление. Скорее, административное право касается выстраивания «централизованной» цепи человеческих руководителей, подчиненных, в силу политического статуса, верховной власти⁷³⁶.

3) *Иные статусы, являющиеся исключениями.* Сюда можно отнести, например, «право» суверена обращать обязанности на подданного иной суверенной власти, если на то будет воля последней; статус иностранного подданного; статусы неправоеспособных лиц, чья невозможность иметь право упирается в их религиозные взгляды; статусы неправоеспособных лица, лишившихся возможности иметь права в результате совершения преступления; привилегированные статусы; иные возможные разновидности⁷³⁷.

⁷³⁵ Там же, с. 71. В абсолютных монархиях оно заиклено на фигуре действующего монарха и являет собой перечень норм позитивной морали, не способных действительно обязать короля-суверена. В государствах «аристократиях» система более сложная: все также оказывается невозможно обязать государство, либо коллективные органы и подчиненные политические тела, его представляющие (на примере Великобритании – Парламент или Корону), однако меры государственного принуждения оказывается возможно обратить на специально уполномоченных персон – всех должностных лиц за исключением, разве что, ограниченного монарха.

⁷³⁶ Там же.

⁷³⁷ Так, Дж. Остин допускает возможность легального права суверена в отношении подданных иного суверенного государства, т.е. иностранцев (strangers), – в силу соглашения между двумя правопорядками, где последний делегировал бы первому полномочия собственных должностных лиц по правилам позитивного права. Особенность подобного делегирования в том, что «поверенное» политическое общество не становится подчиненным «доверителю». Легальное право «не приобретается ни посредством позитивного закона, установленного правительством, которое его приобретает, ни посредством позитивного закона, установленного другим правительством, члену или членам общества, в котором приобретатель является суверенным». Это своего рода писанное межнациональное соглашение, не противоречащее, по мнению правоведа, принципам суверенной власти и позитивного права, поскольку ставит в подчиненное состояние не само государство-«доверителя», а конкретное лицо, подчиненное этому последнему. Сюда же относятся негласные «соглашения» суверенов, с необходимостью вызываемые практикой жизни («нормы» международной морали): любой гражданин, находящийся в пределах юрисдикции иностранного правопорядка, подчинен, в значительной, но ограниченной, мере, позитивному закону иностранного государства.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Юридическую науку XIX века в целом стоит, вероятно, охарактеризовать в качестве решительной попытки разорвать связь с прежними догмами и представлениями о праве. Эти устремления привели множество правоведов, в частности, представителей немецкой исторической школы права, к переосмыслению и критике прежних положений, касающихся сущности права. В первую очередь под ударом оказались естественно-правовые представления. Разработке новой онтологии права и нового типа правопонимания посвящена и теория Дж. Остина, старающаяся представить эмпирический и исторический факт позитивного права в строгих формальных понятиях, т.е. обратить внимание на формальную сторону этого феномена – на его сущие качества, а не на те, которым должно обладать некое идеальное или «общечеловеческое» право.

Время жизни и творчества Дж. Остина совпало с веком больших изменений в английской юридической науке, являющихся следствиями бурных перемен в сфере законодательства. Поскольку растущая роль позитивных законов становилась все более и более очевидной, стало ясно, что они обладают достаточной силой, чтобы юридически оформить и привести к предсказуемому единообразию реализацию стремительно изменяющихся или возникающих впервые классов общественных отношений (перемен в сфере экономики, науки и культуры, в области судебной деятельности и даже самого «консервативного» *common law*). Закономерным является факт появления новых методологических направлений, которые были бы не способны заявить о себе в условиях господства иных объективных условий. Это, в первую очередь, касается закономерного приобретения скольконибудь завершенного вида одним из ключевых (и не теряющим и по сей день актуальности) направлений в юриспруденции – методологического и философско-

Если же подобные соглашения отсутствуют, то обращение национального права на подданных иного суверена и последующее установление отношений власти и подчинения означало бы, что второе политическое общество есть «подчиненное общество, образующее член первого» из них; если же национальное право одного суверена будет обращено непосредственно на иную суверенную власть и образуются отношения власти и подчинения, то второе политическое общество окажется в положении подданного по отношению к первому. Отсутствие привычного подчинения в обоих перечисленных случаях означало бы узурпацию законной власти иным сувереном, вернее, попытку такой узурпации (Austin J. *The Province*. С. 314, 379-382).

правового направления, получившего имя «юридический позитивизм».

Юридический позитивизм, к какой бы его вариации мы ни обратились, в качестве главного объекта исследования мыслит нормативный материал законодательства (совокупность «команд» и «приказов» власти или государства) – его тексты и логику его норм, понимаемые в качестве формальных явлений, не имеющих необходимой связи с внешними по отношению к ним феноменами: нормами морали и Божественного права, проблемами политики и социологии права, антропологии и аксиологии, эффективностью законодательства, фактическим воздействием на общественные отношения и так далее.

В указанном смысле, позитивистская теория Дж. Остина имеет множество черт, свойственных современному позитивизму. Тем не менее, учение правоведа не является только лишь позитивистским и, будучи не столько оформившимся направлением, сколько этапом оформления такого направления, имеет дело с рядом существенных трудностей, на которые «зрелый» позитивизм не считает необходимым тратить лишнее внимание – его предметная область уже определена. Указанное обстоятельство может служить (и обычно служит) источником значительных трудностей при интерпретации теории английского правоведа и при попытках привести в упорядоченную систему его воззрения при условии, что они никогда не были упорядочены им самим. Его «правовая» теория является «правовой» в широком смысле этого слова и стремится, в силу веры автора в теснейшую взаимосвязь сфер позитивного законодательства, человеческой морали (норм сущего и должного) и Божественных (естественных) законов, предложить философско-правовой синтез указанных ключевых нормативных систем, выделить для сферы юриспруденции свою условно самостоятельную область через противопоставление (но не разрыв) всем прочим источникам права, не имеющим прямого отношения к позитивным законам.

Рассмотренная нами концепция, этическая, «социологическая», «эмпирическая» и, в определенном смысле, «протопозитивистская», сама по себе представляет уникальный синтез разнородных, на первый взгляд, феноменов. Она содержит богатый багаж философско-правового знания, усвоение и критика которого

может позволить современной отечественной науке уточнить те или иные уже выработанные ей представления, либо обнаружить для себя нечто новое и еще не исследованное. К новому, несомненно, следовало бы отнести аутентичное представление о правовой теории Дж. Остина, не опирающееся на упреки в «простоте», «узости» или даже «примитивности».

Не все, но безусловно значимые для отечественного правоведения выводы теории Дж. Остина, можно условно свести к следующим аспектам.

Наследие первое. Дж. Остин *первый в истории юридической науки принял строго научную попытку определить область юридической науки*. Однозначным достоинством концепции английского правоведа следует признать его открытое противостояние иным и противоположным направлениям в юриспруденции. Полезность указанного достоинства и целесообразность решительного (порой принимающего форму аксиоматического теоретического приема) отделения права от «не-права» может быть в полной мере понята лишь после определения сферы юриспруденции – «очищенная» логическими средствами сфера, ставшая областью сугубо юридических исследований, исключила бы прямое взаимодействие с иными, неправовыми, точками зрения, которые могли бы поставить под сомнение самобытность выделенной области науки, ее онтологических, методологических и иных установок. Ограничение исследования права изучением его с формальной стороны необходимо для сохранения бытия предмета и соответствующих предмету методов позитивистской юриспруденции.

Известно, что одной из ключевых характерных особенностей правового позитивизма является решительное противопоставление права и морали, недопустимости их смешения в том виде, в каком это происходит в естественно-правовой традиции. Начиная с первой же лекции, Дж. Остин решительно отрицает идею дихотомии права и закона, а потому сводит «действительный предмет юриспруденции» к позитивным законам (к «праву в собственном смысле слова»). Этим шагом он объявляет «войну» сразу трем направлениям философско-юридической мысли: естественному и каноническому (церковному) праву, а так-

же лишь недавно оформившейся исторической школе права⁷³⁸. Проведение различий между правом и моралью имеет теоретическое и практическое значение. С позиции теории, смешение предметов различных наук воспрепятствует действительному познанию и пониманию каждого из них⁷³⁹. С позиции практики, отсутствие единообразия в правопонимании (неопределенность источников права) означало бы хаос в реализации и применении права⁷⁴⁰.

Дополнительно, основанием противопоставления следует также считать ценностные (идеологические) представления самого правоведа, устремленные к обоснованию достоинств сущих норм и значимости таких их свойств, как конкретность, постоянство, обеспеченность и гарантированность государством, предсказуемость⁷⁴¹. В этой связи, весьма важная особенность теории Дж. Остина мыслится в том, что он сам не был до конца свободен от влияния идеологии как фор-

⁷³⁸ «Естественное право» есть комплекс идеологических и этических представлений о Должном, находящийся, в своих крайних (современных либеральных) формах, в антагонистических отношениях с Сущим. Что касается *церковного права*, то из теории Дж. Остина следует, что позитивное Божественное право есть, по преимуществу, человеческое право и человеческая интерпретация, в известной степени отличные от команд Бога. Оба направления подвергаются критике с позиции утилитаризма, который противопоставляет их Божественному закону: естественное (в строгом смысле) и Божественное право тождественны, что подтверждается эмпирически через познание неявленных в Откровении законов. Закон церкви не есть Закон Творца. *Историческая школа* подвергается критике, во-первых, в части ее идей о примате обычного права над позитивным; обычное право постольку релевантно для юридической науки, поскольку мы говорим о правовых обычаях – санкционированных законной властью устоявшихся форм фактических отношений. «До тех пор, пока они не станут основанием для судебных решений по делам и не будут сопровождены правовыми санкциями... обычаи - это просто нормы, установленные мнениями подвластных и санкционированные или соблюдаемые в силу моральных причин (morally)» (Austin J. *The Province* С. 173). Ср. с мнением отечественной науки: «...история права свидетельствует о том, что обычаи становились правовыми лишь тогда и постольку, когда и поскольку они санкционировались государственной властью, путем судебной практики или с помощью иных государственных форм» (См.: Туманов В.А. Вступительная статья // Карбонье Ж. *Юридическая социология*. Благовещенск, 1998. С. 17). Во-вторых, историческая школа права ошибочно делает ставку на некий априорный источник права (некий закон природы), но не стремится эмпирически доказывать бытие всякого человеческого права и его производность от человека. Она руководствуется "историческим разумом», но он является в полной мере «эмпирическим».

⁷³⁹ «И тот, кто хочет точно знать природу права и морали, должен ясно понимать различия, которые пытается определить настоящий трактат» (Austin J. *The Province*. С. Хх).

⁷⁴⁰ Странники дихотомии могли бы сказать, что позитивный закон, противоречащий Природе, воле Божества, человеческой морали и тд. не есть закон (например, рабство), что, однако не соответствует действительности. Отрицать саму возможность закона в то время, как он реально существует и наделяет некоторые классы людей правом рабовладения, было бы «абсурдным» (Там же, с. 279). В этом смысле Дж. Остин критикует У. Блэкстоуна, придерживавшегося естественно-правовой этики; *чрезмерная ставка на мораль означала бы игнорирование позитивного права «каждой эпохи и почти каждой нации» при опоре на неправовые основания*. Право собственности на рабов давалось позитивным правом, а сила законных установлений подкреплялась не только легальной санкцией, но и «позитивной моралью свободных или рабовладельческих классов» (Там же, 278-279).

⁷⁴¹ Естественное право как идеология является источником ценностных суждений о должном состоянии социальных норм, процедур и институтов. Сопrotивление «неконституционным» законам, противоречащим принципам конституции, морали или религии означало бы сопротивление законной власти и действительному позитивному праву. Это деяние незаконно и считается преступлением против государства как правопорядка, поскольку оспаривается авторитет власти, обязательность ее предписаний, социальный порядок в целом. Чрезмерную увлеченность философскими сентенциями правовед считает вредным явлением, ибо «каждое отступление от нормы ослабляет ее авторитет», а неподчинение законной власти – само по себе «зло» (Там же, с. 53-54).

мы «законов» общественного мнения. Консерватизм правоведа, сильное влияние естественно-правовой (в частности, английской философско-правовой) традиции и немецкой исторической школы права подтолкнули его к мнению, что теории, фактически «подтачивающие» основы социальной жизни, являются, по меньшей мере, нецелесообразными, ибо чрезмерно увлечены образом Должной организации общества при игнорировании цены таких преобразований.

Наследие второе. *Переход от философско-правовой предрасположенности к исследованию строгой юридической проблематики к общему ее осмыслению и исключительному вниманию к законам и правовым категориям.* Сущность предмета правоведения, отграничивающая тот от всех прочих правовых феноменов, Дж. Остин усматривает в том, что «позитивное право, а равно любое право в собственном смысле слова, установлено, прямо или опосредованно, сувереном или суверенным органом для члена или членов независимого политического общества, где указанное суверенное лицо обладает всей полнотой власти»⁷⁴². Позитивное право есть самостоятельное нормативное бытие, это право политических обществ и право «в собственном смысле слова», опирающееся на принуждение. Оно всегда обращено на классы подвластных лиц, выступает видом команд и исходит от конкретного источника – суверена.

Фундаментальным термином выступает понятие «команды». Он, если не обращать внимание на отличия в языковых формах, есть центральное звено какой-либо позитивистской концепции. Указанный «ключ к юридической науке», разумеется (что убедительно показывает Г. Харт), сам по себе не дает исчерпывающего объяснения сферы юриспруденции. Достаточно легко, по нашему мнению, подтвердить существование «неимперативных» законов суверена, «законов частных лиц» и иных видов норм и форм общественных отношений, которые не выстраиваются непосредственно при опоре на факт юридического бытия норм и обязанностей или на страх перед санкцией и конечным вменением. Этот аспект, тем не менее, не противоречит императивной командной теории, ибо указанная диспозитивность есть логическое продолжение общих законов суверена, элемент

⁷⁴² Там же, с. 267-268.

«учрежденной» ими правовой плоскости; в той же мере «неимперативные» законы имеют неразрывную связь с императивными командами⁷⁴³.

Практический итог становления юридической науки Дж. Остин усматривал в выработке правовой терминологии, посредством которой можно было бы выразить любую систему права, а равно некую общую юридико-техническую структуру, которая также охватывала бы любую правовую систему⁷⁴⁴. По его мнению, правовая теория, обращенная к исследованию позитивного права, неизбежно должна обладать аналитической функцией. Поскольку наука есть система понятийного (рационального) знания, то *уточнение основных и наиболее общих понятий, распространенных практически во всех современных и развитых правовых порядках, есть необходимое предварительное условие для выстраивания здания юриспруденции* (т.е. для выявления фундаментальных и общих для всех правовых систем, где только встречается позитивное право, правовых принципов)⁷⁴⁵.

Однако нельзя не заметить, что прояснение основных юридических понятий суть лишь формальная работа с уже данным правом, работа внешняя и даже поверхностная⁷⁴⁶. Известно, что «различие между неотчетливыми и отчетливыми представлениями имеет только логический характер и не касается содержания»⁷⁴⁷.

⁷⁴³ К этим законам правовед относит акты власти, сами по себе «не предусматривающие санкций»: акты толкования, акты, вносящие поправки в законодательство, акты технического характера («отменяющие» или «дозволяющие» юридическую силу иных законов), декларативные акты и нормы (Austin J. *The Province*. С. Xvi, 21-26, 30, 141, 301-303 и др.; Austin J. *Lectures*. Т. 2. С. 637, 989-991 и др.).

⁷⁴⁴ Mill J.S. *Essays on Equality, Law, and Education in CWJSM*. Т. 21. С. 168-172.

⁷⁴⁵ В литературе отмечается, что И. Бентам несколько иначе подходил к проблеме преодоления метафизики языка: он старался перефразировать категории из соображений полного исключения абстракций из понятий (Hart H.L.A. *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*. С. 129-131), однако без сколько-нибудь строгого метода (Mill J.S. *Essays on Equality, Law, and Education in CWJSM*. Т. 21. С. 245-246). Дж. Остин же предпочел сохранить центральную роль абстракций, нанеся удар лишь по их форме методом «логического анализа языка» (Schofield P. *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*. С. 1-27). Представляется, что именно Дж. Остин оказался в наибольшей степени близок именно к юридическому позитивизму, в то время как Дж. С. Милль и И. Бентам преимущественно тяготели к философскому (утилитарному) взгляду на право и мораль.

⁷⁴⁶ Г. Харт поэтому отмечает, что «многие современные критики полагают, что утверждение, что законы должного поведения могут быть открыты человеческим разумом, основывалось просто на двусмысленности слова “закон” и что, когда эта двусмысленность была раскрыта, естественное право получило смертельный удар» (Харт Г.Л.А. *Понятие права*. С. 189).

⁷⁴⁷ Кант И. *Критика чистого разума*. С. 93. Указанную позицию поддержали бы представители традиции правового реализма, отметив, что, «со всей очевидностью, термин “право” не может быть определен» (См.: Arnold T. *The Symbols of Government*. New Haven: Yale University Press. 1935. С. 36). Дж. Франк вовсе был отрицательно настроен к собственной попытке определения права: «Я грубо просчитался, когда предложил собственное определение слову “право”. Поскольку из этого термина буквально сочится неопределенность, существовала уже, по меньшей мере, дюжина пригодных определений. Суетностью было добавлять к этому перечню еще одно. Более тщетное и затратное по времени устремление едва ли можно себе представить» (См.: Frank J. *Law and the Modern Mind*. Transaction Publishers. 1963. С. 46).

Общая ориентация подобной критики сводится к постулированию того, что незачем вступать в бессмысленную языковую борьбу. Дж. Остин, вероятно, согласился бы с тем, что уточнение языка еще не означает постижения содержания явления, однако он бы настаивал на том, что четкое запечатление в понятиях свойств, функций и даже сущности права есть логически и методологически оправданный прием. Прояснение основных юридических понятий для него заключается в достижении сугубо логической цели – отделить и противопоставить позитивное право всем прочим правовым феноменам в сфере отвлеченной мысли. Но это лишь первый и необходимый шаг в создании «чистой» теории права. Дж. Остин предлагает способ познания сущности права, объективно данного в своем инобытии, лишь во вторую очередь. Сперва он «расчищает» и выделяет для права некоторое пространство, лишь на основе которого было бы принципиально возможно дальнейшее и строго научное (формально-догматическое) его познание. И лишь проведенный анализ позволяет Дж. Остину заявлять об обнаружении им действительной природы права, пускай и доказанной лишь логически.

Наследие третье. *Общая Юриспруденция («метафизика» или философия права) как прообраз «интегративной» юриспруденции.* Нормы позитивного права и нормы иных нормативных систем различны, однако необоснованно выглядит обратная крайность – желание замкнуть юридическую «метафизику» лишь на позитивном праве. Метапредметные связи правоведения не отрицались самим Дж. Остином, указывавшим на неразрывную связь правоведения с этикой, политикой, экономикой, Божественным (естественным) правом и иными сферами знания⁷⁴⁸. В этой части его общетеоретическое правоведение существенным образом расходится с сугубо позитивистской общей теорией и в куда большей степени отвечает требованиям методологического плюрализма современной юриспруденции.

С учетом того, что каждая наука обладает своим предметом⁷⁴⁹, Дж. Остин

⁷⁴⁸ Austin J. *The Province*. С. Viii, xiii, xix-xx, 69 и др.

⁷⁴⁹ Правовед указывает, что «у каждой науки есть свой собственный предмет; впрочем, склонность каждого предмета расширяться до бесконечности имеет итогом то, что каждая наука время от времени затрагивает предметы других наук. Если бы каждый предмет, объявленный наукой в качестве ее собственного, не был должным образом отнесен к сфере такой науки, то каждая из наук охватывала бы прочие предметные области, и преимуще-

ставит перед собой задачу выкристаллизовать предметную область юриспруденции – позитивное право в целом (Общая Юриспруденция) и конкретное национальное позитивное право (Особенная Юриспруденция). Устремление позитивизма к сохранению чистоты собственного предмета, недопущения его слияния с неюридическими объектами – фактическим суверенитетом, позитивной моралью, командами Бога, общественными и правовыми отношениями и т.д. представляется в этом свете обоснованным⁷⁵⁰. Нормы как предмет науки оказываются стандартами массового поведения, отражающими реакцию законодателя и опыт человеческой практики, а значит они неизбежно упираются в эмпирику и социальную действительность. Сам юридический позитивизм оказывается «моделью решения юридических вопросов своего времени», оригинальной концепцией, «представляющей собой альтернативный вариант юридического мышления». Его востребованность проистекает из социального (конкретно-исторического) запроса, обоснованность его выводов – из внутренней логики теории⁷⁵¹.

Не является наукой та дисциплина, которая не способна сформировать собственный предмет, а также подобрать корреспондирующий поставленной задаче метод исследования. Но невозможной является также и та наука, не противопоставившая свой предмет любым другим, смежным с ее собственным, поэтому помимо рассмотрения позитивных моральных и законодательных норм, область интересов «метафизики» права обязала английского правоведа выделить еще один источник команд и императивов, который возможно обнаружить юристу лишь при выходе за предметную область юриспруденции. Им является Божественный закон, получивший конкретное воплощение в Природе и способный послужить человеку нравственным ориентиром. Хотя постижением содержания Божественного Разума (явленного человеку в косвенно сообщенных командах – через При-

ство их разделения было бы утрачено» (Austin J. List on the Principles of the German Customs-Union. С. 539; курсив наш – А.И.).

⁷⁵⁰ Austin J. The Province. С. 22.

⁷⁵¹ См.: Фролова Е. А. Методологический плюрализм правопонимания: проблемы теории и философии права // Правосудие. – 2021. – Т. 3. – № 3. С. 17-32. Желание позитивизма сделать предметом исследования именно нормы есть закономерный ответ юридической мысли первой трети XIX в. на очевидный исторический факт - вытеснение позитивным правом прочих источников из правового пространства, в соответствии с которыми соотнобразовывается поведение людей. А раз возникает идея анализа сугубо юридической стороны фактических отношений, порождаемой действием юридических норм, то и предметом такой науки о праве должен являться «источник любого юридического отношения – норма права» (Шершеневич Г.Ф. Задачи и методы гражданского правопонимания. С. 3).

роду) и занимается Этика, эта последняя имеет значение и для юридической науки. В отрицательном смысле она показывает, чем позитивное право не является⁷⁵², в позитивном – с чем оно с необходимостью или закономерно связано, и каким ему следовало бы быть.

Рассмотрение Божественных норм имеет значение не только для понимания утилитарной этической теории, но и для понимания тех логических первооснов, над которыми возвышается здание позитивного права в концепции Дж. Остина. В равной степени важным является рассмотрение принципа полезности как принципа, которым не только должен, но чаще всего действительно руководствуется законодатель, понимая под тем некий здравый смысл, необходимость или целесообразность⁷⁵³. Итогом всему является существование позитивистской теории, органично, в общей ее части, переплетенной с неюридическими феноменами и проблемами. Между различными разделами юридического и иного знания, как правило, не встречается существенных противоречий. Наиболее ярким исключением выступает, вероятно, «персонификация» верховной власти как проблема частичного слияния политики и права. В остальном, Дж. Остину удастся сохранить «чистоту» рассматриваемых предметов несмотря на комментарии, не относящиеся к сфере юриспруденции, в частности, при апелляции к проблемам политической экономии и института собственности⁷⁵⁴.

Наследие четвертое. *Попытка уничтожить различие между теорией и практикой в юриспруденции.* Дж. Остин был глубоко уверен в необходимости привязать теоретические исследования, их понятия и выводы к практическим проблемам. Проблему противоречия теории эмпирике и реальной человеческой

⁷⁵² «Поскольку... существо средства, способного указать на команды, лишь косвенно сообщенные Божеством, есть крайне важный предмет этической науки, постольку это средство является подходящим и важным предметом близкой по духу юридической науки» (Austin J. *The Province*. С. Xiv). Опосредованно связанные с Божеством идеи общего блага и счастья, общей полезности и нормативной упорядоченности есть этические и логические ориентиры, прикованные к действительности и действительности позитивного права и позитивной морали.

⁷⁵³ Там же, с. Xv; Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 122.

⁷⁵⁴ Так, например, институт собственности признается им «необходимым для общего блага»: «общее счастье или благо требуют института собственности: чтобы исключительное удовольствие, дарованное законом собственнику, не оспаривалось частным и неправомочным лицом»; «Скрытая или отдаленная цель, для которой предоставляются такие права, – благо общества в целом» (Austin J. *The Province*. С. 52, 100; Austin J. *Lectures*. Т. 1. С. 403). Что касается политэкономии, то распространение ее «здоровых принципов» является «единственным средством от анархических настроений, которые долгое время беспокоили или угрожали более цивилизованным нациям» (Austin J. *The Province*. С. 290-292; Austin J. *A Plea for the Constitution*. С. 21).

практике правоведа полностью отрицает. По его убеждению, истины теории производны от подтвержденных практикой истин, а наука представляет собой абстрагированное от конкретики, но проверяемое конкретикой осмысление актов человеческого поведения (или регуляторов такого поведения) определенного класса⁷⁵⁵. Правоведа обрушивается с критикой на юристов, решительно и ошибочно (поскольку путают научную теорию с отвлеченными рассуждениями о должном) противопоставляющих теорию и практику: «юристы, занимающиеся исключительно практикой, часто достигают совершенства в искусстве применения позитивных принципов; но, не будучи способными, по природе своего призвания, понимать закон как рациональную систему, они не могли бы представить себе сравнительно простую формулировку, к которой право действительно можно было бы свести»⁷⁵⁶.

Теория «необходима практике», потому как дает осмысление последней; «если бы не были обобщены наши наблюдения и опыт, полученный в конкретных ситуациях, то едва ли была бы практическая польза в конкретных наблюдениях и опыте»⁷⁵⁷. Любой категориальный аппарат права есть «приложение логики к пра-

⁷⁵⁵ В указанной части теория английского правоведа весьма тесно пересекается с мыслью Ф.К. Савиньи: «...право не существует само для себя, его сутью, напротив, является жизнь самих людей, рассматриваемая с особой стороны. Если же наука права оторвется от этого своего объекта, то научная деятельность сможет пойти дальше по своему одностороннему пути, которую не будет сопровождать соответствующее представление о самих правоотношениях; тогда наука сможет достичь высокой степени формального развития, и все же ей будет не хватать всякой непосредственной реальности» (Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. 1. С. 142-143).

⁷⁵⁶ Austin J. Centralization. С. 258. «Обычно считается, что теория и практика несовместимы. Хотя это грубая ошибка, несомненно, есть люди, для которых теория особенно полезна; в то время как есть другие, которым при нынешнем состоянии мнений было бы лучше избегать ее. Можно опасаться, что те, кто не привык к абстрактному, могут сформировать поспешные и необоснованные теории; и что те, кто изучил принципы права в общей или абстрактной форме, могут быть озадачены ими только тогда, когда они дойдут до деталей позитивной системы. Теория - это систематическое изложение норм или суждений. Практика — применение любой из этих норм или суждений. Теория того, что есть, и теория того, чему следовало бы быть, постоянно смешиваются. Следовательно, принято противопоставлять практику любой теории; потому что во многих случаях теории о том, чему следовало бы быть, ошибочны; не основаны на точном наблюдении; на точных наблюдениях, которые практик имеет возможность сделать» (Austin J. Lectures. Т. 2. С. 1096; курсив наш – А.И.).

⁷⁵⁷ Austin J. The Province. С. 50. «Существует (я полагаю) не лишнее распространение мнения, в соответствии с которым изучение науки, применение которой я пытаюсь продемонстрировать, может привести к непригодности студента для юридической практики или внушить ему отвращение к ней. То, что некоторые, кто изучал эту науку, показали себя неспособными к практике, или что некоторые, кто изучал эту науку, почувствовали отвращение к практике, не является неправдоподобным фактом. Но, несмотря на этот кажущийся опыт в пользу рассматриваемого мнения, я отрицаю, что само правоведение имеет тенденцию, которую приписывает ему мнение. Хорошо обоснованное знание общих принципов юриспруденции помогает... хорошо обоснованному знанию принципов... (национальной – А.И.) юриспруденции; и предыдущее хорошо обоснованное знание принципов... юриспруденции едва ли может лишить студента возможности приобретения практических знаний в нотариальных палатах, занимающихся сделками с недвижимостью, корпорациями судебных юристов или палатах законодателей. Вооруженный этим предыдущим знанием, он схватывает обоснование практики, свидетелем которой он там является и в которой участвует, со сравнительной легкостью и быстротой; и его приобретение практических знаний, а также

ву»⁷⁵⁸ (саму классификацию следует считать частным случаем приложения логики⁷⁵⁹), однако если право есть эмпирический факт, то и разработка понятий должна опираться на такие общие черты человеческих норм, которые были бы свойственны всему классу (или роду) рассматриваемых объектов⁷⁶⁰. Утилитаризм в целом заявляет, что отсутствует какая-либо подлинно рациональная наука – *есть только сферы знания, рассматривающие собственный предмет в понятиях эмпирических фактов*. С учетом того, что любой генезис понятий и общих принципов упирается в опыт наблюдения и исследования реальных объектов (даже если мы говорим о математике), эти науки постольку адекватны действительности, а их выводы постольку истинны, поскольку не существует иной истины помимо истины эмпирических фактов⁷⁶¹.

Наследие пятое. *Политическая власть как причина существования позитивного права. Проблема суверена.* Право – это не просто совокупность команд, но совокупность команд, исходящая от источника, который наделен полномочиями издавать такие команды. Этот источник именуется Дж. Остином сувереном. Суверен является государственным лицом, своего рода «должностью» и персонификацией власти. Он, будучи представленным физическим (абсолютным монархом или иной отдельно взятой персоной) или юридическим (парламентом или иными фиктивными сущностями и верховными органами государства) лицом, выступает связующим звеном между сферой политики и сферой права.

В учении Дж. Остина суверен не является связанным собственными законами, поскольку, согласно его собственному определению, суверен есть тот, от кого исходит власть и команды, но сам никакой власти и командам не подчиняется. Это утверждение следует принимать с оговорками. Природа суверена является двойкой – юридической и политической. С точки зрения права, суверен есть правовой институт и «должность», порядок замещения которой упорядочен правом, в

практической сноровки и подготовленности с гораздо меньшим утомительным трудом, нежели с тем, который был бы, если бы такое приобретение имело только эмпирическую форму...» (Austin J. Lectures. T. 2. C. 1083).

⁷⁵⁸ Austin J. The Province. C. 216.

⁷⁵⁹ Mill J. S. A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation. T. 1. C. 11.

⁷⁶⁰ Mill J. S. Dissertations and discussions: Political, philosophical, and historical. C. 210-219.

⁷⁶¹ Mill J. S. A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation. T. 1. C. 554.

частности, кодифицированной конституцией. Как верховное «тело», суверен выступает источником любых позитивных норм и их юридической силы. Суверен не тождественен ни государству (в концепции Дж. Остина нет взгляда на суверена-государство или государство-корпорацию в смысле Г. Кельзена), ни власти, которой он наделен – он есть только лишь верховный «распорядителей» последней. С точки зрения политики, суверен есть институт политической власти, персонифицирующий идею этой власти; он является носителем «души» власти государства – абстрактной идеи суверенной власти. На него невозможно обратить ни действие позитивного, ни какого-либо иного права, например, международного или Божественного.

Концепция суверена Дж. Остина, одновременно присутствующего и в сфере политики, и в сфере права, являет собой наибольшую проблему в его теории. Во-первых, поскольку суверен есть единое воплощение юридического и политического, то даже в самых демократических обществах стирается грань между легально дозволенным и фактически возможным для суверена. Так, верховная персона или орган могут, сконцентрировав в собственных руках политическую власть государства, нарушить установленный закон и санкционировать собственные действия новым государственным актом, либо недопущением действия санкции в отношении нарушивших право лиц.

Во-вторых, неясно, кто в обществе выступает истинным «субъектом суверенности»: верховный орган или должностное лицо государства, корпус избирателей в республиках, «коллегиальный суверен» в федерациях, состоящий из государств-членов, либо корпус избирателей в каждом из субъектов такой федерации, формирующий ординарные легислатуры в соответствующих субъектах. Если неясно, в чьих именно руках находится подлинная суверенная власть, то этот факт входит в конфликт с принципом «конкретности» суверена, выделяемым Дж. Остином. Если «субъекта суверенности» невозможно установить, либо установить его крайне затруднительно, то такая теория, старающаяся оперировать эмпирическими фактами, должна быть признана несоответствующей действительности. Фактически, она не просто подрывает релевантность иных весьма значимых

элементов рассматриваемой концепции (в частности, ставится под сомнение бытие позитивного права), но и утверждает, что в любом государстве, ибо «народ является источником суверенной власти»⁷⁶², в действительности отсутствует постоянное и единое для всех политически верховное и конкретное лицо или тело — одновременно существуют ординарная (государственная) и экстраординарная (народная) власти. Попытка сочетать «социологический» взгляд на власть и общество с политическим и юридическим взглядами приводят нас к выводу, что любое государственно-организованное общество, если следовать учению Дж. Остина, фактически пребывает в состоянии анархии. Это, со всей очевидностью, исключительно ложный вывод, напрямую следующий из концепции правоведа.

Наследие шестое. *Оказание воздействия на антагонизм форм юридическо-го позитивизма.* Вероятно, в правоведении существует только две господствующие формы юридического позитивизма: строгая и умеренная. Идеиные основания «строгого» позитивизма сводятся в том числе к тому, что система законодательства обязательно лишена воздействия со стороны морали. Если позитивное право есть самостоятельное нормативное бытие, то его бытие (его действительность) не упирается в этико-правовые представления людей или законы Бога; «справедливость» предписаний законодателя тождественна легальности его актов, ибо государство есть единственный «субъект совести». «Умеренный» позитивизм не мыслит указанный водораздел в качестве непреодолимого. Так, законность не обязательно подразумевает связи с моралью, но и не исключает ее. Созданные сувереном законы довольно часто имеют «источником» санкционированные верховной властью предписания обычаев и морально-религиозных норм, что обеспечивает взаимодействие различных нормативных систем и «моральную легитимность» конкретно системы позитивного права.

Несмотря на то, что взгляд Дж. Остина отражает сразу обе позиции, он, при всем желании строго разграничить сферу юриспруденции и смежные с ней области знания, за которое и стал известен как основоположник целой школы, все же тяготеет к более умеренному варианту. Представляется, что на «долгой дистан-

⁷⁶² Austin J. The Province. С. 323.

ции» Дж. Остин-философ права одерживает верх над Дж. Остином-догматиком. Догматик, несомненно, весьма уверенно держит оборону в определенной для юриспруденции области (в частности, уделяет внимание проблемам «законов частных лиц», судебному нормотворчеству, источникам законов и способам приобретения такими актами юридической силы, классификации позитивного права на «вещное право» и «право легальных статусов» и др.), однако Философ подталкивает первого к тому, чтобы тот делал постоянные оговорки на предмет того, что сфера юриспруденции никогда не может быть понята без Божественных законов, позитивной морали и науки законодательства. Невозможным такое познание было бы и без самого человека, несовершенная природа которого имманентно взывает к строгому регулированию; известное значение приобретают также представления правоведа о факте привычного подчинения (совокупности субъективных и объективных факторов) для бытия государства, права и порядка. Например, достаточно вспомнить рассуждения правоведа о том, что, хотя мотивы подчинения верховной власти и лишены непосредственного значения для легального бытия обязанностей и обязательств, их реальная действенность обеспечивается внешними по отношению к позитивному праву обстоятельствами, основным элементом которых – внутреннее согласие с содержанием объективных норм. Как в единстве существуют Общая и Особенная части Юриспруденции, так же органично связаны «многочисленными и неразрывными узами» мораль, право и Этика.

Полагаем, что *главное в концепции Дж. Остина заключается не в спорах о том, к какому именно течению правовой или философской мысли его следует отнести, но его образ правового (нормативного) мышления.* Так, правоведа представляет мир в качестве нормативно ограниченного бытия. Эта мысль позволяет ему «встроить» сферу юриспруденции в органичную этико-правовую систему (подобно тому, как «встраивает» философию права в «науку логики» Г.В.Ф. Гегель), способную регулировать любые акты человеческого поведения, как индивидуальные, так и коллективные. наброски или отдельные принципы организации этой системы с очевидностью содержатся в каждой из работ автора. Нельзя, таким образом, сказать, что существуют два различных Дж. Остина или две раз-

личные концепции (узкая позитивистская и широкая «этико-социологическая») в рамках одной теории. *Правовая теория Дж. Остина является единым целым.* Без вреда для общенормативной системы нельзя убрать позитивное право, без вреда для позитивного права нельзя исключить внеправовые представления. Так, вычеркивание «социологической» проблемы человека и морали или политической проблемы суверена попросту выбьют опору из-под теории Дж. Остина, лишат ее необходимых понятий, обладающих большой объяснительной силой: «источника права», «обязательности норм», «действенности и действительности норм», «субъекта права» как носителя некоторых правовых свойств, качеств и состояний, и рядах других.

Теория Дж. Остина не является эклектичной, несмотря на то, что она не является в полной мере позитивистской. Она, тем не менее, есть добротный образец возможного сведения предписаний различных нормативных систем в единую и всеобъемлющую систему; она, если понимать ее в наиболее широком смысле, есть философское (на уровне всеобщего) осмысление проблемы бытия человека, его природы и обращенных к нему норм, где позитивное право одновременно играет и безусловно важную, и эпизодическую роль «второго плана». Ценность сугубо позитивистских взглядов автора указанный факт, как представляется, не девальвирует.

Думается, что никто не поставит точку под собственной мыслью лучше, чем ее автор. «За многочисленные ошибки моего намеченного Курса я не буду извиняться. Такое изложение предмета, которое удовлетворяло бы моим собственным желаниям, заняло бы, по крайней мере, сто двадцать лекций... даже если изложение каждой лекции занимало бы час и было максимально насыщенным строго относящимися к делу вопросами. И, как компетентные и честные судьи легко поймут и признают, достойное описание предмета, который я взялся рассматривать, едва ли было вынужденным результатом грубых (violent) и недолгих усилий. Это был скорее запоздалый плод масштабных и тщательных исследований и упорных и продолжительных размышлений. После нескольких повторений мой Курс может удовлетворить моих слушателей и, возможно, почти удовлетворить меня са-

мого. Но до тех пор, пока я не пройду по своим основаниям снова и снова, они будут изобиловать ошибками, которые я справедливо считаю неизбежными, и в силу которых я с уверенностью претендую на большую и передовую (*liberal*) теоретическую систему (*construction*)»⁷⁶³.

Отмечая огромную надежду Дж. Остина на будущее и более комплексное развитие обнаруженных им проблем, мы воспроизводим следующий призыв правоведа и надеемся, что современные условия являются наиболее благоприятными для того, чтобы он был, наконец, услышан: «вопросы, связанные с этой схемой (взаимоотношений права, морали и этики – А.И.), настолько многочисленны и сложны, что то, что я создам, будет чрезвычайно несовершенным. Однако я думаю, что эта тема обязательно привлечет внимание еще до того, как пройдет много лет; и я полагаю, что мои предложения окажутся весьма полезными для тех, кто при более удачных обстоятельствах (*happier auspices*) будет продолжать исследование»; «И если несколько обрывочных замечаний, которые я осмелился привести, привлекут внимание размышляющих над этими серьезными и запутанными проблемами, я буду чувствовать себя более чем вознагражденным за труд, которого они мне стоили, какими бы грубыми и несовершенными они ни были»⁷⁶⁴.

⁷⁶³ Austin J. Lectures. Т. 1. С. 73.

⁷⁶⁴ Там же, с. 17; Austin J. Lectures. Т. 2. С. 953.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

І. Литература на русском языке.

1. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М.: «Статут», 1999;
2. Антонов М. В. Определение суверена в правовом учении Джона Остина // Правовая коммуникация государства и общества: отечественный и зарубежный опыт. 2020;
3. Байтин М.И. Законность и правопорядок // Байтин М.И. Вопросы общей теории государства и права. Саратов, 2006;
4. Белоусов С.А. Соотношение публичных и частных интересов в земельном праве // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2019. №4. С. 246-251;
5. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства / пер. с англ. Б.Г. Капустина. М.: РОССПЭН, 1998;
6. Боден Ж. Шесть книг о государстве / Антология мировой политической мысли: в 5 т // Москва. 1999. Т. 2;
7. Бойнова Н.В., Пожарский Д.В. Особенности нормотворчества в англо-американском праве // Приднепровский научный вестник. 2018. Т. 9. № 1. С. 060-066;
8. Вебер М. Политика как призвание и профессия // Вебер М. Избранные произведения. М., 1990;
9. Вольтер. Философские сочинения. Пер. с фран. / Ин-т философии. – М: Наука, 1988. С. 240;
10. Гамбаров Ю.С. Право в его основных моментах. Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1 / под ред. Ю.С. Гамбарова. С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О.Н. Поповой. 1899;
11. Гегель Г.В.Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990;
12. Гоббс Т. Левиафан. Мысль. М., 2001;
13. Горбань В. С. Эмпирико-социологический юридический позитивизм Р. Иеринга и М. Вебера // Общество: политика, экономика, право. 2017. №. 4. С. 72 – 77;

14. Горбунов М.Д. Особенности восприятия англо-американского правового позитивизма в отечественной науке // Правовое государство: теория и практика. 2022. № 4 (70). С. 5-11;
15. Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права. Харьков, 1900;
16. Дидикин А.Б. Аналитическая философия права: истоки, генезис и структура. Томск: Изд-во Том. Ун-та, 2016;
17. Дидикин А. Б. Правовой позитивизм и эмпирические основания юриспруденции: концепции Дж. Остина и Г. Харта // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2015. Т. 11. №. 3. С. 16 – 22;
18. Еллинек Г. Общее учение о государстве: Юридический центр Пресс; Санкт-Петербург; 2004;
19. Еллинек Г. Социально-этическое значение права, неправды и наказания. М., 1910;
20. Жуков В.Н. Философия права: Учебник для вузов. М.: Мир философии. Алгоритм. 2019;
21. Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978;
22. Иванов А. Е. Дж. Остин о мотивах подчинения публичной власти // Аграрное и земельное право. 2023. № 1. С. 8 – 11;
23. Иванов А. Е. Дж. Остин о сущности суверенной власти, ее персонификации и преемственности // Образование и право. 2022. № 11. С. 345 – 351;
24. Иванов А. Е. Исторический аспект командной теории права: Средневековье и раннее Новое время // Право и государство: теория и практика. 2021. № 8. С. 32 – 34;
25. Иванов А. Е. Командная модель права в трудах И. Бентама // Право и государство: теория и практика. 2021. № 9. С. 173 – 175;
26. Иванов А. Е. Роль эмпиризма в Общей Юриспруденции Дж. Остина // Право и государство: теория и практика. 2021. № 10. С. 34 – 36;
27. Иеринг Р. Борьба за право / Иеринг Р. Избр. труды. В 2 т. Т. 1. СПб., 2006;
28. Иеринг Р. Дух римского права на разных ступенях его развития. СПб., 1875;
29. Иеринг Р. Избранные труды. В 2 т. Т. 1. СПб., 2006;
30. Иеринг Р. Юридическая техника // Иеринг Р. Избр. Труды. В 2 т. СПб., 2006. Т. 2;

31. Кант И. Идея истории во всемирно-гражданском плане // И. Кант. Сочинения. Т. 1. М., 1994;
32. Кант И. Критика чистого разума / Пер. с нем. Н.О. Лосского с вариантами пер. на рус. и европ. языки. М.: Наука, 1999. С. 115-116;
33. Касаткин С. Н. Критика Дж. Остина в постхартианской юриспруденции: к ревизии оснований // Философия права. 2021. № 1 (96). С. 33 – 40;
34. Касаткин С. Н. Санкции в праве: подходы Дж. Бентама и Дж. Остина // Пенитенциарная безопасность: национальные традиции и зарубежный опыт. 2020. С. 102 – 104;
35. Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лёзова. СПб.: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс». 2015;
36. Керимов Д.А. Проблемы общей теории права. М., 2000;
37. Кильдюшов О. Проблема социального порядка (Гоббсова проблема): к эвристике и прагматике конститутивного вопроса современной теории общества // Социологическое обозрение. 2016. Т. 15. № 3. С. 122 – 149;
38. Кистяковский Б.А. Лекции по общему государственному праву. М., 1912;
39. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898;
40. Коркунов Н.М. Государственное право (теория). – В кн.: Сборник государственных знаний / Под ред. В.П. Безобразова. Т. III. Критика и библиография. СПб., 1877;
41. Коркунов Н.М. Сборник статей. СПб., 1898;
42. Корнев А.В. Онтологический статус базовых категорий общей теории права и государства: от истоков к современности // История государства и права. 2022. № 8. С. 10-18;
43. Корнев А.В. Право – неотъемлемый элемент культуры: к 85-летию профессора РУДН Геннадия Илларионовича Муромцева // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2021. Т. 25. № 3. С. 711-718;
44. Корнев В.Н. О нравственных основах правового регулирования // Российское правосудие. 2020. № 10. С. 78-82;

45. Корнев В.Н. Правоотношение – основополагающий элемент системы правового регулирования общественных отношений // Российское правосудие. 2019. № 1. С. 13-17;
46. Корнев В.Н. Феноменология судебного (юридического) решения // Государство и право. № 5. С. 45-55;
47. Лассаль Ф. О сущности конституции. Речь, произнесенная в одном берлинском бюргерском окружном собрании в 1862 году. СПб., 1906 // Конституционное право. Общая часть: Учебное пособие. Ч. II. Хрестоматия. 2-е изд. М., 1996;
48. Локк Дж. Сочинения в 3 томах. Т. 3., М., 1988;
49. Локк Дж. Сочинения: В 3-х т. Т. 1. М.: Мысль, 1985;
50. Мальцев Г.В. Понимание права: Подходы и проблемы. М. 1999;
51. Марченко М.Н., Дерябина Е.М. Теория государства и права: учебник для бакалавров. М., 2013;
52. Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия (теоретические проблемы субъективного права). Издательство Саратовского университета. 1972;
53. Муромцев С.А. Образование права по учениям немецкой юриспруденции. 2-е изд., испр. и доп. М., 1886 // Немецкая историческая школа права. Челябинск, 2010;
54. Муромцев С.А. Творческая роль юриспруденции // Юрид. вести. 1887. № 9;
55. Муромцев С. А. Что такое догма права? Критико-полемическая заметка по поводу статьи Гольмстена «Несколько мыслей о позитивизме в науке права» в «Журнале Гражданского и Уголовного права» за 1884 г., кн. 3 // Юридический вестник. 1884. Т. 16. №. 5-6;
56. Новгородцев П.И. Об общественном идеале. М., 1991;
57. Новгородцев П.И. Право и нравственность. Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1 / под ред. Ю.С. Гамбарова. С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О.Н. Поповой. 1899;
58. «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм / К. Э. Альчуррон, Е. В. Булыгин, П. Герденфорс, Д. Макинсон; под ред. Е. Н. Лисанюк. — СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2013;

59. Остин Д. Определение области юриспруденции // Антология мировой правовой мысли. - М., 1999. Т.3;
60. Остин Д. Определение области юриспруденции. Часть 1. О пользе изучения юриспруденции / Д. Остин – «Алетейя», 1859, 1995 – (Толкование источников права). СПб., 2022;
61. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1909;
62. Пищулин А. В. Проблема определения современных подходов к понятию «юридический позитивизм» // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2009. № 3. С. 89 – 99;
63. Пищулин А. В. Современный юридический позитивизм в англосаксонской правовой семье // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2010. № 4. С. 98 – 107;
64. Платон. Законы / Пер. с древнегреч. А.Н. Егунова // Сочинения в четырех томах. Т. 3. Ч. 2. СПб., 2007;
65. Платон. Сочинения в четырех томах. Т. 3. Ч. 1 / Под общ. ред. А. Ф. Лосева и В. Ф. Асмуса; Пер. с древнегреч. — СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007;
66. Пожарский Д.В. Дисфункциональность государства // Труды Академии управления МВД России. 2021. № 3 (59). С. 32-37;
67. Право. Порядок. Ценности: монография / под общ. ред. Е.А. Фроловой. – Москва: Блок-Принт, 2022;
68. Проблемы теории государства и права: учебник / под ред. В.М. Сырых. М., 2008;
69. Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. М.: Международные отношения. 2004;
70. Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права: В 8 т. Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина, под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. - М.: Статут. 2011;
71. Сауляк О.П. Правовая культура как фактор обеспечения правопорядка (общетеоретические, образовательные и иные аспекты проблемы) // Право и образование. — 2009. — № 10. — С. 48-59;
72. Тальберг Д. Г. Гражданский иск в уголовном суде или соединенный процесс: Исследование. Киев. 1888;

73. Тимашев Н.С. Предисловие // Петражицкий Л.И. Теория и политика права. Избр. труды. СПб., 2010;
74. Томсинов В.А. О сущности явления, называемого рецепцией римского права в Западной Европе в Средние века // Виноградов П. Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе / Под редакцией и с биографическим очерком У. Э. Батлера, В. А. Томсинова. — Русское юридическое наследие. — Зерцало Москва, 2010;
75. Томсинов В.А. Юридические аспекты английской революции 1640– 1660 годов. Период конституционной борьбы: ноябрь 1640 – август 1642 года: Учебное пособие. М.: Зерцало-М, 2010;
76. Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. Москва, типография Императорского Московского Университета, 1909;
77. Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб. 1998;
78. Туманов В.А. Вступительная статья // Карбонье Ж. Юридическая социология. Благовещенск, 1998;
79. Фейербах Л. Соч. Т. 1. 1923;
80. Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012;
81. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. Изд. 3-е, пересм. и доп. С.-Петербург. 1910;
82. Фролова Е. А. Методологический плюрализм правопонимания: проблемы теории и философии права / Е. А. Фролова // Правосудие. – 2021. – Т. 3. – № 3. С. 17 – 32;
83. Фролова Е.А. История политических и правовых учений: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – Москва: Проспект, 2021;
84. Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность: монография. – 2-е изд., испр. и доп. – Москва: Проспект, 2023;
85. Харт Г.Л.А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. – СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007;
86. Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М., 1994;
87. Чичерин Б.Н. Философия права. СПб., 1998;

88. Шершеневич Г. Ф. Философия права. Том I. Часть теоретическая. Общая теория права. Выпуск первый. М., 1910;
89. Шершеневич Г.Ф. Задачи и методы гражданского правоведения. Казань, 1898;
90. Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. М., 2003;
91. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: Учебное пособие. В 2-х томах. Т.1. М., 1995;
92. Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории: Социально-философское исследование Рудольфа Штаммлера / Перевод с немецкого. – СПб.: Типография М. Меркушева, 1898;
93. Экимов А.И. Коркунов. М.: Юрид. лит. 1983;

II. Диссертации

94. Дидикин А. Б. Формирование и развитие аналитической традиции в философии права XX века. Дис. ... доктора философских наук. Томск. 2016;
95. Пищулин А. В. Юридический позитивизм в современном правопонимании. Дис. ... к.ю.н. СПб., 2010;
96. Горбунов М.Д. Позитивистское правопонимание в англо-американской правовой мысли. Дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород. 2021;

III. Литература на иностранном языке

97. Applbaum A. I. Legitimacy in a Bastard Kingdom. 2004;
98. Austin J. A Plea for the Constitution. London: J. Murray. 1859;
99. Austin J. Centralization // Edinburgh Review. 1847. Т. 85. № 171. С. 221-260;
100. Austin J. Disposition of property by will–Primogeniture // The Westminster Review, Londres. 1824. Т. 2. №. 4. С. 503-554;
101. Austin J. Jurisprudence. General Statement by the Council of the University of London explaining the Plan of Instruction. 1828;
102. Austin J. Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law. 1885. Т. 1;
103. Austin J. Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law. 1885. Т. 2;

104. Austin J. List on the principles of the German Customs-Union // *The Edinburgh Review: or critical journal*. 1842. T. 75. №. 152. C. 515-556;
105. Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. London, John Murray, Albemarle Street. 1832;
106. Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. London: Weidenfeld. 1954;
107. Barberis M. Universal Legal Concepts? A Criticism of “General” Legal Theory // *Ratio Juris*. 1996. T. 9. № 1. C. 1 – 14;
108. Bentham J. *A Fragment on Government*. Oxford: Clarendon Press. 1891;
109. Bentham J. *The Collected Works of Jeremy Bentham: Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education*. Oxford. 1998. T. 2;
110. Bentham J. *Of Laws in General*. London: Athlone Press, 1970;
111. Bentham J. *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press. 2010;
112. Bentham J. *The Limits of Jurisprudence Defined*. 1945;
113. Bentham J. *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait. 1838. T. 1;
114. Bentham J. *The Works of Jeremy Bentham*. B 11 т. T. 3, 5, 9. W. Tait, 1843;
115. Bentham J. *Theory of Legislation*. Trübner, 1871;
116. Bix B. *Jurisprudence: Theory and Context*. Carolina Academic Press; 8th edition. 2009;
117. Bix B. *Natural Law Theory: The Modern Tradition* // *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. 2002;
118. Blackstone W. *Commentaries on the Laws of England*. B 4 т. T. 3. Oxford Clarendon Press, 1765-1769;
119. Bryce V.J. *Studies in History and Jurisprudence*. Oxford, 1901;
120. Buckland W.W. *Some Reflections on Jurisprudence*. Cambridge University Press. Cambridge. 1949;
121. Clark E. C. *Practical Jurisprudence: a Comment on Austin*. Cambridge. 1883;
122. Corbin A. L. *Corbin on Contracts*. 1950. T. 2;
123. Corbin A.L. *The Law and the Judges* // *Yale Rev*. 1914. T. 3. № 2. C. 234-250;
124. Cotterrell R. *The Politics of Jurisprudence*. 2nd ed., London: LexisNexis. 2003;

125. Dewey J. Austin's Theory of Sovereignty // *Political Science Quarterly*. 1894. T. 9. №. 1. C. 31 – 52;
126. Dicey A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan. 1924;
127. Dicey A.V. *The Study of Jurisprudence* // *Law Magazine and Review*. 1880;
128. Dyzenhaus D. Austin, Hobbes, and Dicey // *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. Springer, Dordrecht, 2013. C. 215 – 237;
129. Dyzenhaus D. The Genealogy of Legal Positivism // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2004. T. 24. №. 1. C. 39 – 67;
130. Eleftheriadis P. Austin and the Electors // *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. Springer, Dordrecht, 2013. C. 155 – 169;
131. Eleftheriadis P. Law and Sovereignty // *Law and Philosophy*. 2010. T. 29. №. 5. C. 535 – 569;
132. Ferraro F. Adjudication and Expectations: Bentham on the Role of Judges // *Utilitas*. 2013. T. 25. №. 2. C. 140 – 160;
133. Finnis J. Law and What I Truly Should Decide // *Am. J. Juris*. 2003. T. 48. C. 317 – 339;
134. Finnis J. Law as Co-ordination // *Ratio Juris*. 1989. T. 2. №. 1. C. 97 – 104;
135. Finnis J. The Fairy Tale's Moral // *Law Quarterly Review*. 1999. T. 115. C. 170–175;
136. Frank J. *Law and the Modern Mind*. Transaction Publishers. 1963;
137. Fuller L. L. *Human interaction and the law* // *Rule of Law*. New York: Simon and Schuster. 1971. C. 1 – 36;
138. Fuller L.L. *The Anatomy of the Law*. New York: New American Library. 1968;
139. Fuller L.L. *The Law in Quest of Itself*. Boston: Beacon Press. 1940;
140. Fuller L.L. *The Morality of Law*. New Haven, CN: Yale University Press. 1969;
141. Gerber D. A Note on Woody on Dewey on Austin // *Ethics*. 1969. T. 79. №. 4. C. 303 – 308;
142. Gray J.C. *The Nature and Sources of Law*. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1963;
143. Habermas J. *Communication and the Evolution of Society*. Beacon Press. 1979;
144. Habermas J. *Legitimation Crisis*. Boston: Beacon Press. 1975;

145. Hamburger L., Hamburger J. *Troubled Lives: John and Sarah Austin*. University of Toronto Press, 1985;
146. Hammond W.G. *John Austin and His Wife*. 1889;
147. Hart H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford. 1983;
148. Hart H. L. A. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. Oxford. 1982;
149. Hart H. L. A. *Positivism and the Separation of Law and Morals* // *Harv. L. Rev.* 1958. T. 71. № 4. C. 593 – 629;
150. Hastie W. *Outlines of the Science of Jurisprudence: An Introduction to the Systematic Study of Law*. Edinburgh. 1887;
151. Hoeflich M.H. *John Austin and Joseph Story: Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer* // *The American Journal of Legal History*. 1985. T. 29. № 1. C. 36 – 77;
152. Holmes O.W. *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters, and Judicial Opinions*. Boston, Transaction Publishers. 1943;
153. Holmes O.W. *The Path of the Law*. The Floating Press, 2009;
154. Jameson J. A. *National sovereignty* // *Political science quarterly*. 1890. T. 5. №. 2. C. 193 – 213;
155. Kelsen H. *Principles of International Law*. New York: Rinehart & Company. 1952;
156. Kelsen H. *The Natural Law Doctrine Before the Tribunal of Science* // *Western Political Quarterly*. 1949. T. 2. №. 4. C. 481 – 513;
157. Kelsen H. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence* // *Harvard Law Review*. 1941. T. 55. №.1. C. 44-70;
158. Lewis A. “Darkening the Fair Face of Roman Law”: Austin and Roman Law // *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. Springer, Dordrecht, 2013. C. 41-49;
159. Lewis G. C., Wilson R. K. *Remarks on the Use and Abuse of Some Political Terms*. Oxford, 1877;
160. Llewellyn K.L. *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. Chicago: The University of Chicago Press. 1962;
161. Lloyd D. Freeman M. *Introduction to Jurisprudence*. L., 1979;

162. Lobban M. *Austin and the Germans // The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. Springer, Dordrecht, 2013. C. 255 – 270;
163. Lobban M. *The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850*. Clarendon Press, Oxford. 1991;
164. Lundstedt V. *Legal Thinking Revised: My Views on Law*. Stockholm: Almqvist & Wiksell. 1956;
165. Maine H.S. *Lectures on the Early History of Institutions*. New York: Henry Holt. 1975;
166. Manning C.A.W. “Austin Today”; or “The Province of Jurisprudence” Re-examined” // *Modern Theories of Law*. Wildy & Son. 1963;
167. Mansilla I. T. *Reconstructing Austin’s Intuitions: Positive Morality and Law // The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. Springer, Dordrecht, 2013. C. 291 – 311;
168. McWhinney I.R. *English Legal Philosophy and Canadian Legal Philosophy // McGill L. J.* 1958. T. 4. C. 213-241;
169. Mill J. S. *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation*. Parker, Son, and Bourn, 1862. T. 1;
170. Mill J. S. *Dissertations and discussions: Political, philosophical, and historical*. Longmans, Green, Reader, and Dyer. 1867. T. 3;
171. Mill J.S. *Essays on Equality, Law, and Education*. *Collected Works of John Stuart Mill*. 1984. T. 21;
172. Moles R. *Definition and Rule in Legal Theory: A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition*. Oxford: Basil Blackwell. 1987;
173. Morison W. L. *Some Myth About Positivism // The Yale Law Journal*. 1958. T. 68. №. 2. C. 212 – 233;
174. Murphy J. B. *Positive Divine Law in Austin // The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. Springer, Dordrecht, 2013. C. 169 – 183;
175. Northrop F. S. C. *The Mediatonal Approval Theory of Law in American Legal Realism // Va. L. Rev.* 1958. T. 44. C. 347 – 364;
176. Olivecrona K. *The Imperative Element in Law // Rutgers Law Review*. T. 18. 1964. C. 794 – 810;

177. Paley W. *The Principles of Moral and Political Philosophy*. 9th American ed., Boston: West and Ricardson. 1818;
178. Paley W. *The Works of William Paley: Moral & Political Philosophy*. 1837;
179. Paley W. *The Works of William Paley, D.D.: With Additional Sermons...; and an Account of the Life and Writings of the Author*. B 7 т. Т. 4. 1825;
180. Parsons T. *Authority, Legitimation and Political Action* // *NOMOS: Am. Soc'y Pol. Legal Phil.* 1958. Т. 1. С. 197 – 221;
181. Postema G. J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford. 1986;
182. Raz J. *Between Authority and Interpretation*. Oxford. 2009;
183. Raz J. *The Authority of law: Essays on Law and Morality*. Oxford University Press on Demand, 2009;
184. Raz J. *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press. 1980;
185. Raz J. *Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison*. *Legal Theory*. 1998;
186. Roberts S. *Order and dispute: An introduction to legal anthropology*. Harmondsworth, England: Penguin. 1979;
187. Roger C. *The Politics of Jurisprudence*. 2nd ed., London: LexisNexis, 2003;
188. Ross A. *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*. Copenhagen: Munksgaard. 1946;
189. Rumble. W.E. *Austin in the Classroom: Why Were His Courses on Jurisprudence Unpopular?* // *The Journal of Legal History*. 1996;
190. Rumble W. E. *Did Austin Remain an Austinian?* // *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*. Springer, Dordrecht, 2013. С. 131 – 153;
191. Rumble W. E. *Divine Law, Utilitarian Ethics, and Positivist Jurisprudence: A Study of the Legal Philosophy of John Austin* // *Am. J. Juris.* 1979. Т. 24. С. 139 – 180;
192. Rumble W. E. *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution*. 1985;
193. Rumble W.E. *Doing Austin Justice. The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-Century England*. London and New York: Continuum. 2005;
194. Rumble W.E. *Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence* // *Cornell L. Rev.* 1981. Т. 66. № 5. С. 986 - 1031;

195. Schofield P. John Stuart Mill on John Austin (and Jeremy Bentham) // The Legacy of John Austin's Jurisprudence. Springer, Dordrecht, 2013. C. 237 – 254;
196. Schofield P. Utility and democracy: The political thought of Jeremy Bentham. Oxford. 2006;
197. Stephen L. The English Utilitarians. London: Duckworth. 1900. T. 3;
198. Stone J. Legal System and Lawyer's Reasoning. London: Stevens. 1964;
199. Stone J. The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice, and Social Control, a Study in Jurisprudence. 1946;
200. Sykes J. G. W. Jurisprudence: A Review. Law Magazine and Review. 1875;
201. The Earlier Letters of John Stuart Mill: 1812-1848. Toronto: University of Toronto Press. 1963. Collected Works of John Stuart Mill. T. 12;
202. Thomas C. A. The Concept of Legitimacy and International Law. 2013;
203. Arnold T. The Symbols of Government. New Haven: Yale University Press. 1935;
204. Twining W. Theories of Evidence: Bentham and Wigmore. London: Weidenfeld & Nicolson. 1985;
205. White A. R. Austin as a Philosophical Analyst // ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 1978. C. 379 – 399;
206. Wieacker F. A History of Private Law in Europe: with particular reference to Germany. Clarendon Press, Oxford. 1995;
207. Williams G. L. International Law and the Controversy Concerning the Word Law // Brit. YB Int'l L. 1945. T. 22. C. 146 – 163;
208. Woody S. M. The Theory of Sovereignty: Dewey Versus Austin // Ethics. 1968. T. 78. №. 4. C. 313 – 318.