

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА;
ИСТОРИЯ УЧЕНИЙ О ПРАВЕ И ГОСУДАРСТВЕ

**СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРАВОВОГО ПОЗИТИВИЗМА
ДЖОНА ОСТИНА И РЕАЛИСТИЧЕСКОГО ДВИЖЕНИЯ
В АМЕРИКАНСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ**

**A COMPARATIVE ANALYSIS OF LEGAL POSITIVISM
OF JOHN AUSTIN AND THE REALISTIC MOVEMENT
IN AMERICAN JURISPRUDENCE**

DOI: 10.31429/20785836-13-3-2-7

Адыгезалова Гюльназ Эльдаровна
доктор юридических наук, доцент
заведующий кафедрой теории и истории государства и права
ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»
ID ORCID: 0000-0003-3682-2121
Author ID: 57193223437
Researcher ID: O-8549-2015

Adygezalova Gyulnaz Eldarovna
Doctor of Law, Associate professor
Head of the of the Theory and History of State and Law Department
Kuban State University

Киенко Неонила Дмитриевна
ассистент, аспирант кафедры теории и истории государства и права
ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»
ID ORCID: 0000-0002-4691-2844

Kienko Neonila Dmitrievna
Assistant, Postgraduate Student of the Theory and History of State and Law Department
Kuban State University

Аннотация: В статье проводится сравнительный анализ идей представителя английского юридического позитивизма Джона Остина и концепций американского правового реализма, который необходим для оценки новых теоретико-правовых теорий и разработок и лежит в основе данного исследования, сопоставляющего прогрессивные идеи Остина с реалистическими идеями XX века. Главной задачей выступает рассмотрение в статье наиболее важных моментов сходства и различия между правовым реализмом и философией позитивного права Джона Остина с целью выявления их единства. Это исследование также помогает установить, повлияли ли идеи Остина на концепции правовых реалистов, учитывая тот факт, что формировались они в условиях англо-американской правовой семьи.

В результате проведенного исследования были достигнуты следующие результаты и сделаны следующие выводы.

В остинском позитивизме есть реалистические элементы, а в правовом реализме можно обнаружить позитивистские аспекты. Остин и реалисты разделяли эмпирическую ориентацию, обусловившую и другие сходства их идей. Хотя они по-разному определяли степень значимости концептуальной ясности и точности, их объединяло понимание важности данного аспекта для юридической теории и практики. Они разработали концепции права, которые схожи в ряде моментов, более того, их подходы к оценке права демонстрируют общую ориентацию на результат правового регулирования.

В то же время интеллектуальная и профессиональная настроенность Остина, философские и теоретические основы его учения, социальные, экономические и политические условия жизни общества, в котором формировались идеи английского ученого, существенно отличались от основ формирования правового реализма США. Эти различия отразились в многочисленных тенденциях реалистического движения, которые не имеют аналогов в юриспруденции Остина. Во-первых, реалисты подошли к определению права более прагматично, чем Остин. Во-вторых, реалисты разработали концепцию закона, в которой особое внимание уделялось решениям должностных лиц.

Правовые реалисты сформулировали многочисленные теории, отличающиеся разнообразием, которые Остин никоим образом не предвосхищал. Причины этих различий варьируются. С одной стороны, Остин и правовые реалисты ставили перед собой одни и те же задачи, приходили к необходимости поиска ответа на одни и те же ключевые вопросы юриспруденции, но давали разные ответы на эти вопросы. Несмотря на то, что Остин был позитивистом, склоняющимся к тому, что право – это те правила, которые исходят от суверена и должны строго соблюдаться и исполняться, он признавал существование правил, исходящих не от человека и не от государства. Однако, если Остин связывал право прежде всего с властью (человека или Бога), а не только с государством, то правовые реалисты делали акцент на связи права с обществом через государство. Понимание единства и различий между идеями Остина и правовых реалистов необходимо не только для объективной оценки правового реализма, но и для понимания значения юридического позитивизма в современной юридической науке.

Ключевые слова: право, юридический позитивизм, позитивное право, Дж. Остин, государство, юридический реализм, традиции юриспруденции, позитивное право, английское право, американское право, англо-американская правовая семья, социология права.

Annotation: This article makes a comparative analysis of John Austin's legal positivism and the concepts of American legal realism, which is necessary for evaluating new legal-theoretical theories and developments and is the basis of this study, which compares Austin's progressive ideas with the realistic ideas of the twentieth century. The main task of the article is to consider the most important points of similarity and difference between legal realism and the philosophy of positive law of John Austin in order to identify their unity. It also helps to determine whether Austin's ideas influenced the concepts of legal realists, given the fact that they were formed in the context of the Anglo-American legal family.

As a result of the study, the following results were achieved, and the following conclusions were made.

There are realistic elements in Austin positivism, and in legal realism there are positivist aspects. Austin and the realists shared an empirical orientation that led to other similarities in their ideas. Although they defined the importance of conceptual clarity and accuracy in different ways, they shared an understanding of the importance of this aspect for legal theory and practice. They have developed concepts of law that are similar in a number of aspects, moreover, their approaches to the assessment of law demonstrate a common focus on the result of legal regulation.

At the same time, the intellectual and professional orientation of Austin, the philosophical and theoretical foundations of his teaching, the social, economic and political conditions of the society in which the ideas of the English scientist were formed, significantly differed from the foundations of the formation of legal realism in the United States. These differences are reflected in numerous trends of the realist movement, which have no analogues in the jurisprudence of Austin. First, the realists approached the definition of law more pragmatically than Austin. Secondly, the realists developed a concept of the law, which paid special attention to the decisions of officials.

Legal realists have formulated numerous theories, differing in variety, which Austin in no way anticipated. The reasons for these differences vary. On the one hand, Austin and the legal realists set themselves the same tasks, came to the need to find answers to the same key questions of jurisprudence, but gave different answers to these questions. Despite the fact that Austin was a positivist who tended to believe that law is those rules that come from the sovereign and must be strictly observed and enforced, he recognized the existence of rules that do not come from the person and not from the state. However, while Austin associated law primarily with power (man or God), and not only with the state, legal realists emphasized the connection of law with society through the state. Understanding the unity and differences between the ideas of Austin and the legal realists is necessary not only for an objective assessment of legal realism, but also for understanding the significance of legal positivism in modern legal science.

Keywords: law, legal positivism, positive law, J. Austin, state, legal realism, traditions of jurisprudence, positive law, English law, American law, Anglo-American legal family, sociology of law.

Введение

Морис и Феликс Коэн писали, что «Здание юриспруденции – это многоквартирный дом» [8, с. 370]. Вот только в современной научной литературе и юридической практике немногие юристы пытаются раскрыть все элементы юриспруденции и выявить их взаимосвязь.

Для того, чтобы понять особенности традиций юриспруденции необходимо проведение сравнительного анализа юридических концепций, выявление общих исходных начал их формирования, а также общих целей, которые ставили перед собой правоведы при формулировании своих идей.

Джон Остин был самой влиятельной фигурой в английской юриспруденции в последней трети XIX века и на протяжении большей части XX века. При жизни он был «пророком без почестей». [17, с. 986] В 1832 г. он опубликовал свою единственную законченную работу по юриспруденции «Сфера юриспруденции определена» [4]. Она не получила большого внимания, хотя несколько журналов дали ей весьма положительные отзывы. Однако через несколько лет после смерти Остина «стало ясно, что его работа положила начало изучению юриспруденции в Англии, а его влияние на развитие в Англии этой темы было большим, чем влияние любого другого писателя». Идеи Джона Остина подвергались изучению и сопоставлению с другими теориями [6, с. 32-49; 13]. Представляется, что сопоставление и анализ взглядов Остина с идеями американских реалистов, имеет особое значение для современной юридической науки, которая стремится к повышению практической значимости, прикладной полезности правовых теорий.

Реалисты-правоведы не были столь влиятельны в Америке, как Остин в Англии. Кроме того, они вызвали бурю протеста, совершенно не похожую на реакцию на учение Остина [14, с. 29]. Тем не менее, реалистическое движение было самым значительным событием в американской юриспруденции в период между двумя мировыми войнами. Несмотря на споры, порожденные реалистами, они оказали существенное влияние на правовую мысль в этой стране. Джером Холл имел веские основания утверждать, что «большинство ученых-юристов в Соединенных Штатах с конца двадцатых годов XX в. были реалистами во многих отношениях; и полемика тридцатых годов не может скрывать этот факт» [9, с. 136-137].

Однозначно ответить на вопрос, кто же является правовым реалистом, мы не можем, так как конкретного стандарта для определения

данной категории просто не существует. Теоретики, которые относили себя к реалистам, довольно часто не соглашались друг с другом. На протяжении своей жизни они неоднократно меняли некоторые из своих идей. Однако, в их работах прослеживаются определенные тенденции.

На первый взгляд, можно сделать вывод, что Джон Остин имел мало общего с реалистами. Однако, хоть Остин и не имел прямого влияния на реалистов, ряд его идей, несомненно, был воспринят или заимствован ими.

Цель исследования состоит в проведении сравнительного анализа правового позитивизма Джона Остина и реализма американской юриспруденции.

Методы исследования

Методология исследования включает комплекс общенаучных методов, среди которых следует выделить метод сравнения, позволивший провести аналогию между идеями Дж. Остина и учениями реалистов в США, выявить общее между ними и различия; аналитический метод, при помощи которого был сделан ряд выводов об идеях реалистов и Дж. Остина, их значении в становлении и развитии соответствующих юридических течений и движений. Применяемые методы способствовали достижению поставленной цели и выявлению точек совпадения между позитивизмом Дж. Остина и реализмом американских юристов-ученых, подтверждающих наличие некоторого единства между ними.

Результаты исследования

Результаты исследования состоят в следующем.

В остинском позитивизме есть реалистические элементы, а также можно обнаружить позитивистские аспекты в правовом реализме. Остин и реалисты разделяли эмпирическую ориентацию, обусловившую определенные сходства их идей. Хотя они по-разному определяли степень важности концептуальной ясности и точности, они соглашались с тем, что это важно, разработав концепции права, которые во многом схожи. Их подходы к определению права и его роли в жизни общества демонстрируют общую ориентацию на результат. Это свидетельствует об общей ориентации на идеи прагматизма, что, вероятно, обусловлено тем, что и позитивизм Остина и правовой реализм США зародились в рамках общей англо-американской правовой семьи, в которой всегда особое место занимали судебная практика, прецедентное право, а правовая идеология состояла прежде всего в рационализации юридического процесса, что отмечается в работах, например,

Г.Э. Адыгезаловой [3, с. 5463–5470; 2, с. 1528–1533].

В то же время интеллектуальная и профессиональная ориентация Остина существенно отличалась от реалистической. Эти различия отразились в многочисленных направлениях и ответвлениях реалистического движения, которые не имеют аналогов в юриспруденции Остина. Во-первых, реалисты подошли к определению права более прагматично, чем Остин, что, вероятно, обусловлено особенностями развития американской правовой системы, которая претерпевала изменения в первой половине XX в., обусловленные политическими и экономическими причинами, требовавшие гибкости права. Во-вторых, реалисты разработали концепцию закона, в которой особое внимание уделялось решениям должностных лиц и вероятности санкций, что также обусловлено традицией американской юридической науки, сделавшей одной из центральных фигур для исследований судьбу и процесс принятия им решений [7, с. 271–276].

Правовые реалисты разработали многочисленные идеи, которые Остин никоим образом не предвосхитил, так как реалисты пытались ответить на вопросы, которые Остин перед собой вообще не ставил. Кроме того, на ряд общих вопросов реалисты и Остин давали разные ответы. Тем не менее, можно обнаружить не только различие между идеями Остина и реалистов, но и их единство.

Научная дискуссия

Прежде чем выявить сходство между идеями Джона Остина и правовых реалистов, необходимо обозначить явные различия в их правовых взглядах.

Во-первых, их интеллектуальные ориентиры, философские основы правовой теории были совершенно разными. Остин родился в 1790 г. и умер в 1859 г., он жил до широкого распространения идей дарвинизма и появления современных социальных наук. Остин был поклонником Гоббса и Локка, учеником Джереми Бентама и ярким утилитаристом [10]. Остин также был стойким мальтузианцем, твердо верил в истины «бесценной науки политической экономики», а к концу своей жизни стал непримиримым консерватором. Идеи английского ученого конца XVIII в. Томаса Роберта Мальтуса, оказавшие влияние и на Ч. Дарвина, отличались пессимизмом и ориентировали на поиск новых путей развития общества, так как в доиндустриальном обществе, по мнению ученого, увеличивающееся население неминуемо столкнется с недостатком ресурсов.

Реалисты-правоведы видели картину мира в ином свете, чем Остин, так как их правовые теории зародились уже гораздо позже, в XX в. в условиях активно развивающегося индустриального общества. Как заметил Уолтер Уиллер Кук, «на всех них в большей или меньшей степени повлияли новые веяния, которые сегодня возникают во всех областях интеллектуальной деятельности». Карл Н. Ллевеллин определил некоторые из этих течений, когда охарактеризовал реалистическое движение, как «составную часть с развитием объективного метода в психологии».

Взгляды правовых реалистов были направлены на то, чтобы извлечь выгоду из методологических проблем, над решением которых бились ученые долгие годы, чтобы найти новые подходы в социологии, экономике, политологии. Когда Джон Остин читал лекции по юриспруденции, такие научные направления, как бихевиоризм, прагматизм и инструментализм, а также социология и политология, еще не сформировались и не получили распространение [5]. Кроме того, правовые реалисты в целом были менее консервативны в политическом плане, чем Остин.

Несмотря на существование Остина и правовых реалистов в рамках англо-американской правовой семьи и наследие общего права, их отношение к прецедентному праву и знание прецедентного права были совершенно разными. О.Холмс однажды написал, что «проблема с Остином заключалась в том, что он недостаточно знал английское право». По мнению ученого, если даже Остин действительно много знал об английском праве, это не следует с очевидностью из его работ. В то же время практически все правовые реалисты занимались юридической практикой и демонстрировали глубокое знание конкретных дел и прецедентов. Фактически некоторые из них были мастерами в определенных областях прецедентного права. В любом случае, реалисты в большей степени интересовались прецедентным правом и были осведомлены о нем лучше, чем Остин.

Кроме того, Джон Остин и реалисты имели разные области профессиональной специализации. Остин, юрист-позитивист, был прежде всего философ права, его учение является более умозрительным и отличается большей оторванностью от юридической практики. Большинство же реалистов права были не только вовлечены в практическую юридическую деятельность, но и стремились своими идеями ее усовершенствовать и сделать более эффективной для общества и государства.

Некоторые реалисты интересовались философией права, а ряд их идей представляет собой ценный вклад в эту область исследований. Более того, с позиции определенной современной интерпретации философии права некоторые из правовых реалистов вполне могут быть названы реалистами права. В то же время такая характеристика определенно неприменима ко многим сторонникам «реалистической юриспруденции» и представителям движения реалистов. В этом смысле К. Ллевеллин правильно утверждал, что «реализм никогда не был философией», хотя он «постоянно рассматривался под этим углом».

Разработанные правовыми реалистами США концепции значительно отличались от взглядов Остина не только потому, что они возникли в разные периоды времени и в разных социальных, экономических, политических условиях, но и имели различную теоретическую основу. Остин считал, что главной задачей является определение природы или сущности закона. Таким образом, он неоднократно проводил различие между правом верным и ошибочным, «так называемым». Так называемое «верное право» состоит из общих приказов или императивов, которые Остин резко противопоставляет случайным или частным приказам. Примером последнего является такое судебное решение, как приказ о вынесении конкретному вору особого приговора. Остин утверждал, что такого рода акт «будет не законом или правилом, а случайным или конкретным приказом одного суверена или группы». Другими словами, особая природа и конкретная индивидуальная направленность судебных решений или приказов не позволяет им должным образом называться законом.

Остин подчеркнул, что предметом юриспруденции является позитивное право, или «строгое право», которое он описал как явные или неявные приказы суверена. Эта верховная и юридически неограниченная власть является основным источником всех правовых норм в независимом политическом обществе. Остин признавал, что подчиненные чиновники (например, судьи) создают законы, но он подчеркнул, что они делают это по воле монарха. Он утверждал, что суверена можно идентифицировать по двум характеристикам: привычному послушанию со стороны большей части населения и привычному неподчинению приказам любого другого «человеческого начальника» [1].

Правовые реалисты, по сути, пытались создать иную юридическую картину мира, отказавшись следовать Остину в его попытках дать определение права. Некоторые реалисты

настолько разочаровались в безрезультатной дискуссии о природе закона, что не стали участвовать в ней, переключившись на цели, функции, задачи права, на его практическую полезность. Остин и правовые реалисты разошлись не только в самом подходе при определении закона, но и в том, для чего необходимо искать и формулировать само это определение. Подход реалистов был гораздо более прагматичным или инструменталистским, чем подход Остина. Они рассматривали определения как инструменты или средства для достижения цели. Если определение и спор о нем не помогают в достижении цели, тогда в нем нет смысла. Феликс Коэн ясно выразил эту точку зрения, когда написал, что «немало бесплодных споров возникло из-за попыток показать, что определение закона истинно или ложно».

Большинство сторонников реалистической юриспруденции были убеждены в бесполезности понимания права как совокупности простых правил или принципов. Вместо этого они подчеркивали важность принятия конкретных официальных решений, влекущих юридические последствия [11, с. 267-315; 12, с. 278-301].

Несмотря на то, что реалисты редко отрицали возможность или важность точных обобщений на основе уже принятых многочисленных решений, они утверждали, что обоснованность этих обобщений должна проверяться на дальнейших фактических решениях или принудительных правилах. «Реалисты, конечно, сразу же спросят, – заметил Уолтер Уиллер Кук, – будут ли широкие обобщения определять закон в том виде, в каком он содержится в решениях. С их точки зрения, это серьезное испытание на обоснованность любого обобщения» [15].

Другие реалисты выдвинули более широкую концепцию права, утверждая, что закон – это «не просто то, что делает судья, но и то, что официально делает любой государственный чиновник». То, что на самом деле делает должностное лицо, может значительно отличаться от того, что оно обязано делать. Фактически, одни чиновники могут «делать одно, другие – другое, а суды, подчас, – третье». Проще говоря, правовой системе может не хватать единства, предполагаемого теорией суверенитета Остина.

Фактором, который, вероятно, способствовал этому различию между Остином и реалистами, являются различные политические и правовые системы, в которых они жили и работали. Остин подчинялся унитарной системе, в которой поведение чиновников было более предсказуемым, чем в различных юрисдикциях американской федеральной системы. Он также

жил до появления целого ряда исполнительных и административных органов, характеризующих современное государство. Трудно представить, например, что он пишет, что «чаще всего административные меры для непрофессионала являются последним выражением закона по делу. В такой ситуации для него полезно принять это во внимание, поскольку это закон дела». В любом случае реалисты практически игнорировали идею суверенитета, которая играла центральную роль в концепции позитивного права Остина. Таким образом, необходимо отметить, что исследование общего и особенного в идеях представителя английского юридического

позитивизма Джона Остина и движения правовых реалистов, которые сформировались в рамках одной англо-американской правовой семьи, значимо для современной юридической науки, которая в современных условиях все больше взаимодействует с другими социальными науками [16, с. 383-406], использует методологический инструментарий и результаты исследований других наук, ставит главной задачей реализацию правом своей функции по сбалансированию интересов в обществе и государстве и обеспечению стабильного и последовательного развития.

Список использованной литературы:

1. Остин Дж. Определение области юриспруденции // Антология мировой правовой мысли. Москва, 1999. Т. 3.
2. Adygezalova G.E. Sociological jurisprudence and legal realism as a basis for the development of judicial law-making // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2018. № 9 (5). С. 1528–1533.
3. Adygezalova G.E. Case law school as a way of law rationalization // Man in India. 2016. № 96 (12). С. 5463–5470.
4. Austin J. The Province of Jurisprudence Determined, W. Rumble (ed.). 1995.
5. Austin J. Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law. Two vol. 1879. R. Campbell (ed.). Bristol. 2002.
6. Bix B.H. On Philosophy in American Law: Analytical Legal Philosophy // Ed. by Francis J. Mootz III. Cambridge University Press, 2009. С. 99–105.
7. Blake W. Umpires as Legal Realists // Ps-Political Science & Politics. 2012. №45 (2). С. 271-276.
8. Cohen M. Cohen F., Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy. New-York: Prentice Hall. 1951.
9. Hall J. Studies in jurisprudence and criminal theory. New-York. 1958. С. 136-137.
10. Hamburger L.J. Troubled Lives: John and Sarah Austin. 1985.
11. Leiter B. Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence // Texas Law Review. 1997. №76 (2). С. 267-315.
12. Leiter B. Legal realism and legal positivism reconsidered // Ethics. 2001. №111 (2). С. 278-301.
13. Paulson S.L. The Very Idea of Positivism. – Report at the XXV World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy in Frankfurt am Main // Izvestiya vysshikh educational institutions. Jurisprudence. SPb, 2011. № 4 (297). С. 32-49.
14. Rumble W. American legal realism. New-York. 1968.
15. Schauer F., Positivism Before Hart // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1512646.
16. Scheppele K.I. Legal Theory and Social-Theory // Review Of Sociology. 1994. № 20. С. 383-406.
17. Wilfrid E. Rumble T., The legal positivism of John Austin and the realist's movement in American jurisprudence. Michigan: Michihan law review. 1981. С. 1-3.

References:

1. Austin J. Determination of the field of jurisprudence // Anthology of world legal thought. Moscow, 1999. T. 3.
2. Adygezalova G.E. Sociological jurisprudence and legal realism as a basis for the development of judicial law-making // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2018. № 9 (5). Pp. 1528–1533.
3. Adygezalova G.E. Case law school as a way of law rationalization // Man in India. 2016. № 96 (12). Pp. 5463–5470.
4. Austin J. The Province of Jurisprudence Determined, W. Rumble (ed.). 1995.
5. Austin J. Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law. Two vol. 1879. R. Campbell (ed.). Bristol. 2002.
6. Bix B.H. On Philosophy in American Law: Analytical Legal Philosophy // Ed. by Francis J. Mootz III. Cambridge University Press, 2009. Pp. 99–105.
7. Blake W. Umpires as Legal Realists // Ps-Political Science & Politics. 2012. №45 (2). С. 271-276.
8. Cohen M. Cohen F., Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy. New-York: Prentice Hall. 1951.
9. Hall J. Studies in jurisprudence and criminal theory. New-York. 1958. Pp. 136-137.
10. Hamburger L.J. Troubled Lives: John and Sarah Austin. 1985.
11. Leiter B. Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence // Texas Law Review. 1997. №76 (2). Pp. 267-315.
12. Leiter B. Legal realism and legal positivism reconsidered // Ethics. 2001. №111 (2). Pp. 278-301.
13. Paulson S.L. The Very Idea of Positivism. – Report at the XXV World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy in Frankfurt am Main // Izvestiya vysshikh educational institutions. Jurisprudence. SPb, 2011. № 4 (297). Pp. 32-49.
14. Rumble W. American legal realism. New-York. 1968.
15. Schauer F., Positivism Before Hart // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1512646.
16. Scheppele K.I. Legal Theory and Social-Theory // Review Of Sociology. 1994. № 20. Pp. 383-406.
17. Wilfrid E. Rumble T., The legal positivism of John Austin and the realist's movement in American jurisprudence. Michigan: Michihan law review. 1981. Pp. 1-3.