

ПРАВА ЛЮДИНИ, МИР І ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК МІЖ МОРАЛЬНИМИ ТА ЮРИДИЧНИМИ ПРАВАМИ¹

Вступ

Як ви всі знаєте, темою Всесвітнього конгресу Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії у 2017 р. став «Мир, який має за основу права людини». Було продемонстровано кореляцію між визнанням прав людини і миром та процвітанням. Незважаючи на це, тип і ступінь визнання й захисту прав людини значною мірою відрізняються в різних країнах. Багато країн претендують на те, що визнають права людини у текстах конституцій, законів або міжнародних договорів, але питання виникають тоді, коли обсяг прав, які захищаються на практиці, значно відрізняється, принаймні на думку окремих коментаторів, від обсягу прав, який встановлений або має бути встановленим. Конституція Радянського Союзу заявляла широкий діапазон прав людини, яким гарантовано захист,² хоча для більшості громадян цієї країни реального захисту таких прав не було. З іншого боку, права людини мають особливий, хоча й невизначений статус у тих правових системах, де вони не підтримуються навіть традиційними джерелами позитивного права: жодного конституційного захисту, договори й конвенції не підписані, відсутній захист з боку законодавчих актів або судових рішень. Щодо таких країн виникає питання: чи можна вважати, що норми у сфері прав людини є частиною законодавства, навіть якщо немає загальновизнаних соціальних джерел?

* Браян Бікс, професор права і філософії Університету Міннесоти.

Brian H. Bix, Frederick W. Thomas Professor of Law and Philosophy, University of Minnesota.
e-mail: bix@umn.edu

¹ Уперше статтю було презентовано на Пленарній лекції на 28-му Світовому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR) у Лісабоні в липні 2017 р. Я вдячний за коментарі та пропозиції присутніх, а також за коментарі та пропозиції Ларрі Александера (Larry Alexander), Майкла Стівена Гріна (Michael Steven Green), Ендрю Халпіна (Andrew Halpin) і Кеннета Ейнара Хімма (Kenneth Einar Himma) щодо моїх попередніх і пов'язаних робіт, а також за коментарі та пропозиції щодо відповідних, поданих раніше, статей у Національному університеті Сінгапуру, Університеті Белграда, Університеті Чикаго, Йєллонському університеті. – *Прим. автора.*

Переклад Олени Уварової. – *Прим. редакції.*

² Конституція СРСР у редакції 1936 року є доступною за посиланням: <http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1936toc.html>. Питання захисту прав людини охоплюються Розділом X (статті 119–133).

У подальшому ми ще коротко зупинимося на цьому питанні, але я хочу підкреслити, що зв'язок між загальними моральними стандартами і правами людини ускладнює і без того складні проблеми, що лежать у площині відносин між правом як соціальною конвенцією і мораллю. Ці питання поряд із фундаментальним питанням про природу юридичних обов'язків будуть розглянуті у цій статті.

Багато інших важливих тем – таких, як граничне обґрунтування прав людини, зв'язок між правами людини, суверенітетом і міжнародним правом³ – вимушено лишаються чекати інших спікерів або інших приводів для їх розгляду.

I. Права людини і мораль

Яким є взаємозв'язок між правами людини, моральними правами і юридичними правами? Тема настільки ж складна, наскільки важлива.

Питання про взаємозв'язок права і моралі є традиційним для філософії права – можливо, навіть такою мірою, що викликає зітхання відчаю в тих, хто не працює у цій сфері і вважає, що занадто часто буває змушеним іти цим теоретичним шляхом. Тим не менше, можливо, вам буде приємно почути, що ця стаття не є черговим перефразуванням дебатів Гарта–Фуллера, Гарта–Дворкіна або навіть Гарта–Девліна або черговим оглядом тонких моментів і епіциклів розбіжностей між інклюзивним правовим позитивізмом та ексклюзивним правовим позитивізмом.⁴

Я думаю, що ми перебуваємо в іншому місці у наших роздумах про право і мораль. Є далекоглядні теоретики, які пропонують радикально переосмислити зв'язок права і моралі, й таке переосмислення ставить питання, які добре поєднуються з темою цієї зустрічі: права людини і мир – особливо з тією частиною цього рівняння, яка стосується прав людини.

Права людини – раніше відомі як «природні права» – є моральними правами, які належать всім людям просто в силу їх статусу людських істот.⁵ Які права входять до цієї категорії, є питанням триваючих дискусій. Дійсно, те, яким чином ці права генеруються або обґрунтовуються, становить предмет суттєвих розбіжностей. Зрозуміло, що багато з цих прав є правами громадян проти держави.

Взаємозв'язок між правами людини і юридичними правами є складним через невідомість на всіх етапах аналізу. По-перше, немає єдиної думки щодо того, які права людини у нас є – якщо взагалі якісь є – і в якій спосіб їх краще розуміти – як такі, що мають філософське чи політичне підґрунтя.⁶ Хтось розглядає їх як моральні права на

³ Корисний огляд цієї та інших тем можна знайти у Джеймса Нікела: James Nickel, "Human Rights," in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (2014), <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/>.

⁴ Я пропоную огляд усіх цих дебатів у своїй книзі «Юриспруденція: теорія і контекст»: Brian H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, 7th ed. (Sweet & Maxwell, 2015).

⁵ Питання про те, чи поширюються ці права на інших тварин, залишимо для іншого разу.

⁶ Див., наприклад, Mathias Risse, "Approaching Human Rights Law Philosophically: Reflections on Allen Buchanan, The Heart of Human Rights," *Law and Philosophy* 36 (2017): 169–90.

противагу державі, які мають об'єктивний статус, незалежно від того, якою мірою вони визнаються в юридичній або політичній практиці. Інші бачать в них практики і переконання, засновані на діях конкретних спільнот у конкретний період часу. По-друге, існують різні способи визнання і забезпечення країнами прав людини: за допомогою власної конституції; через зобов'язання за регіональним правом, таким як, наприклад, Європейська конвенція про права людини; через підписані міжнародні конвенції і договори.

З іншого боку, є ознаки того, що державний захист певних видів процедурних і змістовних прав зумовлює або принаймні корелює з миром і процвітанням.⁷ Хоча такі твердження неминуче вимагають більшої деталізації, ніж прості пропозиції зробити таке припущення, і, звичайно, у будь-якому разі є спірними, а докази, що наводяться на підтвердження, залишаються провокативними.

Амартья Сен, як відомо, стверджував, що голод не виникає в демократіях – країнах, які захищають фундаментальні права щодо представництва, політичної участі й голосування.⁸ Він писав: «Правда, що не піддається сумнівам, що у функціонуючих багато-партійних демократіях ніколи не було голоду».⁹ Сен зробив припущення, що вільна преса допомагає запобігти голоду, зосереджуючи увагу на нестачі продовольства й здійснюючи тиск на уряди, щоб вони щось зробили з метою вирішити цю проблему; й для урядів, які переобираються, є значний стимул запобігати продовольчим кризам.¹⁰ Аналогічним чином стверджується, що демократичні уряди – уряди, які захищають відповідну групу громадянських прав і прав людини – не вступають у війну з іншими демократіями.¹¹ Ця ідея, яка часто приписується сучасним дослідникам і коментаторам, походить, щонайменше, від спостережень Іммануїла Канта в його роботі «До вічного миру».¹² Хоча обидві ці вимоги є контроверсійними і, вірогідно, певною мірою завищеними, вони відображають те, що видається суттєвою перевагою визнання й захисту, як мінімум, певної категорії прав людини (жодним чином не виключаючи того, що інші права людини можуть забезпечити багато інших переваг).

Проте варто зупинитися, щоб розглянути роль, або статус, прав людини у правових системах.

⁷ Звичайно, існують також потенційні проблеми й недоліки у національній і міжнародній системі захисту прав людини. Див., наприклад: Stephen Hopgood, *The Endtimes of Human Rights* (Cornell, 2013); цит. за: Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (Free Press, 1991).

⁸ Amartya Sen, *Development as Freedom* (Anchor, 1999), 178–86. Цит. за: Frances D'Souza, "Democracy as a Cure for Famine," *Journal of Peace Research* 31, 4 (1994): 369–73.

⁹ Sen, *Development as Freedom*, 178.

¹⁰ Ibid, 180–4.

¹¹ Див., наприклад: Alex Minz, Nehemia Geva, "Why Don't Democracies Fight Each Other?: An Experimental Study," *The Journal of Conflict Resolution* 37 (1993): 484–503.

¹² Immanuel Kant, *Perpetual Peace: A Philosophical Essay* (1795), <https://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/kant/kant1.htm>.

II. Статус прав людини як права

Хоча багато країн визнали права людини в тій чи іншій формі, проте, навіть у цих країнах існують прогалини й непослідовності. Як відзначив Рональд Дворкін, говорячи про Сполучені Штати Америки,¹³ Конституція країни спрямована на захист багатьох прав індивідів, які забезпечують їм можливість протидіяти державі, проте вона не визнає їх всі (яким би не був перелік таких прав), і навіть ті, які визнано документально, захищені недостатньо (у кращому випадку) при застосуванні конституційних положень судами і в діях офіційних осіб. Аргумент Дворкіна полягав у тому, що якщо офіційні особи дійсно «сприймають права серйозно» – як це вони часто стверджують, – то це може вимагати від них діяти у певних випадках у спосіб, який йде за межі закону, як заявлено судами країни. Особливим предметом уваги Дворкіна було те, що офіційні особи розмірковують довго й старанно, перш ніж переслідувати тих, хто протестує проти законів шляхом громадянської непокори, але його аргумент, очевидно, має значення й для багатьох інших питань.

Наявний зв'язок з іншими, відомими (або навіть пресловутими) історичними дебатами. Після Другої світової війни союзники-переможці судили різних нацистських офіційних осіб за скоєння «злочинів проти людяності» у Нюрнберзі.¹⁴ Обвинувачені стверджували, що їх дії ґрунтувалися на чинному законодавстві їх країни, але цей аргумент захисту було відхилено. Базове розуміння країн з боку обвинувачення у Нюрнберзі – і багатьох коментаторів з тих пір – полягає у тому, що є певні дії, які суперечать праву, в усі часи і в будь-якому місці, незалежно від того, які закони і судові рішення утворює держава.

Однак хтось може поставити питання: чи має це сенс? Чи розумно навіть стверджувати, що окремі основоположні моральні норми є частиною права, навіть якщо вони ніколи не були офіційно проголошені, навіть якщо вони ніколи не були офіційно визнані офіційними особами і навіть якщо є підстави вважати, що позитивне право встановлює інше регулювання? Один із сучасних теоретиків природного права Джон Фінніс стверджує, що це є дійсно так. Щодо Нюрнберзького процесу він зазначає:

застосовані моральні правила були ... правилами «вищого права», застосовуваними в усі часи і повсюди... як джерело аргументації й суджень «відповідно до права», коли джерела соціальних фактів, які зазвичай є домінуючими і квазівинятковими джерелами права, є, справедливо кажучи, неадекватними і недостатніми керівництвами з виконання таких зобов'язань, як здійснення правосуддя згідно з вимогами права, або зобов'язання кожного поводити себе з елементарною людяністю, навіть коли йому віддають наказ діяти інакше – навіть якщо такі накази мають внутрішньосистемну юридичну силу

¹³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard, 1978), 184–205; цит. за: Frank I. Michelman, “Human Rights and the Limits of Constitutional Theory,” *Ratio Juris* 13 (2000): 63–76.

¹⁴ Див., наприклад: Peter Calvocoressi, *Nuremberg: The Facts, the Law and the Consequences* (London: Chatto & Windus, 1947).

згідно з формальними або соціально-фактичними критеріями, що застосовуються у відповідній правовій системі.¹⁵

Аргумент Фінніса або щось на кшталт цього було сприйнято багатьма тими, хто захищає процес і підсумки Нюрнберзького трибуналу й подібних трибуналів щодо злочинів під час війни, яких було декілька станом на сьогодні. Загальний аргумент полягає в тому, що наявні прояви «справедливості відповідно до права», які не залежать від норм, що були явним чином проголошені офіційними особами. Та більш неоднозначним є, можливо, подальше твердження, що такі норми є частиною правових систем навіть там, де явним чином ухвалені положення правової системи, спрямовані на заперечення або нівелювання таких елементарних зобов'язань.

Як вже зазначалось, ця думка не є загальноновизною, але ця дискусія не повинна нас затримувати. Це обговорення, безумовно, важливе, але для іншого разу. Я хочу змістити фокус. Що має означати припущення для цілей цієї дискусії, що певні основоположні обмеження, покладені на уряд, мають статус правових норм? Це питання видається простим і зрозумілим. Можливо, це одне з тих питань, які є настільки простими, що його можуть поставити тільки теоретики й дуже маленькі діти. Тим не менше, як і багато інших подібних «простих питань», будь-яка спроба сформулювати відповідь швидко виявляє приховану складність ситуації.

Можна сказати, що щось є законом, частиною правової системи, якщо воно є частиною сукупності або ієрархії законів (юридичних правил або, якщо комусь більше подобається, правових норм – відмінності, якщо вони є, між правилами і нормами наразі можна винести за дужки), які становлять правову систему. Це, майже напевно, надто грубо, надто неточно. Тим не менше, навіть якщо б цей аналіз було надано, ми б, як видається, не досягли б більшого прогресу в поясненні. Сказати, що щось є правом, є юридичним правилом або правовою нормою, якщо це є частиною правової системи, означає просто відкласти остаточне пояснення, підштовхнути до іншого рівня абстрагування.

Хтось може спробувати замість або додатково до цього сказати, що норма є частиною правової системи, якщо вона додає повноваження, обов'язки або дозволення, які поширюються на тих, хто проживає в межах юрисдикції цієї правової системи. Тим не менш, знову ж, це виглядає так, ніби має місце те саме питання, просто посунути на один крок назад.

Те, що часто вважається поясненням, є здатністю переформулювати концепцію або практику в термінах концепції або практики зовсім іншого типу. Як приклад, який є співвідносним з цим обговоренням, правові реалісти стверджували, що право наявне, коли можна передбачити, що офіційна особа в сфері права накладе санкцію¹⁶ – вони

¹⁵ John Finnis, "Natural Law Theories" (2015), § 3.1, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta, <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>.

¹⁶ Див., наприклад: Oliver W. Holmes Jr., "The Path of the Law," *Harvard Law Review* 10 (1897): 457–78; Karl Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence – The Next Step," *Columbia Law Review* 30 (1930): 431–65.

завичай говорили про суддів, але ми розуміємо, що багато важливих рішень можуть прийматися в ім'я «права» іншими офіційними особами, такими як представники поліції або адміністративних установ. Хоча навіть модифікований, порівняно з цим «реалістичним», погляд на право – корисний для нас у нашій більш «земній» або «цінічній» моменти – видається неадекватним для того, щоб відобразити, як право відчувається багатьма учасниками, тими, хто, у термінах Г. Л. А. Гарта, «приймає» (акцептує) право, хто робить його «внутрішньою точкою зору».

Це зауваження повертає нас до питання про взаємозв'язок права і моралі, який буде розглянуто в наступному розділі.

III. Право і мораль

Як вже було зазначено, зв'язок або розмежування права і моралі є загальним фокусом дебатів у юриспруденції. Чи повинна правова система відповідати певним моральним стандартам, щоб претендувати на статус «права»? Чи тягне за собою невідповідність норм моральним стандартам втрату ними статусу правових?¹⁷ Чи можемо ми – а насправді чи повинні ми – при конструюванні теорій про природу права використовувати морально-оціночні стандарти? Чи існує загальне *prima facie* зобов'язання підкорюватися закону у правових системах, які, принаймні, у загальному вигляді є справедливими? У цілому, я буду уникати цих клішованих питань, хоча не думаю, що вдасться їх уникнути повністю. Тим не менш, у певних випадках я буду ставити питання, які є навіть ще більш базовими.

Існування правової системи можна розглядати в соціологічному вимірі та вимірі *realpolitik*: чи є система правил та інституцій у цілому ефективною в керуванні та обмежуванні поведінки? Якщо так, то саме в цьому хтось якраз і може вбачати сенс існування правової системи. І в цьому руслі можна продовжити дискусію щодо того, коли когось зобов'язують норми правової системи: у соціологічному сенсі чи з точки зору *realpolitik* можна сказати, що людина підпорядкована правовій системі та пов'язана її нормами, якщо вона живе в країні, де існує загалом ефективна система. Існує розсудливий «той, хто мусить» – на кшталт голмсівської «поганої людини», що вміє утримуватись від дій, які змусять її підпорядковуватись примусовій силі держави.

Проте це не є суттю юридичного обов'язку, якого вимагають більшість правових систем або який впливає з них. Ганс Кельзен, як відомо, стверджував, що два з основних аспектів права полягають у тому, що воно є нормативним і що воно являє собою ієрархічну систему. Центральним у роботі Кельзена є розуміння, первісно приписуване Девіду Г'юму,¹⁸ однак сьогодні широко визнане, що існує чіткий поділ між «є» і «повинно», що твердження про те, що «повинно бути» зроблено, не може виводитися виключно з твердження про те, що «є».

¹⁷ Див., наприклад: Gustav Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law," trans. Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006): 1–11.

¹⁸ Див.: David Hume, *A Treatise of Human Nature*, analytical index by L. A. Selby-Bigge; 2nd ed., with text revised and notes by P. H. Nidditch (Oxford: Clarendon Press, 1978), Section 3.1.1: 469–70.

Як пояснює Кельзен, право – це нормативний порядок, система тверджень про «належне», і як і всі подібні нормативні системи, воно зрештою ґрунтується на основоположній нормі.¹⁹ Для Кельзена це є справедливим для всіх нормативних систем. Наприклад, теологічна мораль може ґрунтуватися на основоположній нормі, діяти відповідно до норм, проголошених Богом-Творцем; і світська утилітарна мораль може бути заснована на основоположній нормі, яка говорить про те, що слід максимізувати загальну корисність. Для Кельзена основоположною нормою правової системи (його *Grundnorm*, або «Основною нормою») було взагалі: діяти відповідно до норм історично першої конституції.

Як писав Кельзен, ми рідко свідомо приймаємо або визнаємо основоположну норму, але коли ми відстоюємо нормативною мовою якусь нижчу норму – «не чини перелюбу [бо Бог це забороняє]» або «Вам тут не можна паркуватися [тому що закон забороняє це]» – ми неявно підтримуємо основоположну норму, яка в кінцевому підсумку обґрунтовує меншу або нижчу норму. У термінології Кельзена основоположна норма «припускається» в обстоюванні меншої або нижчої норми.

Хоча є певні суперечності щодо кращого розуміння робіт Кельзена з цього приводу, Кельзен чітко вказав, що не всі будуть припускати Основну норму. Він пише, що анархіст не буде сприймати дії державних офіційних осіб у нормативний спосіб, а буде розглядати їх тільки як прояв грубої влади.²⁰ Він пише:

але немає необхідності припускати основну норму. Можна утримуватися від інтерпретації людської поведінки у світлі правових норм, тобто відповідно до значення, що є притаманним для певних людських дій. Система норм, яку ми називаємо «правовий порядок», є можливою, але не необхідною схемою тлумачення. Анархіст відмовиться говорити про «правомірну» і «протиправну» поведінку, про «юридичні обов'язки» і «законні права» або «правопорушення». Він буде розуміти соціальну поведінку просто як процес, за допомогою якого один змушує іншого поводити себе відповідно до його побажань або інтересів.²¹

Для такого анархіста національна правова система не зникне – вона все ще має щось на кшталт емпіричної реальності, про яку писали американські правові реалісти: громадяни бажатимуть дізнатися, як вони можуть уникнути покарань, передбачених офіційними особами, і які санкції будуть застосовні до осіб, якщо вони «перетнуть

¹⁹ Див., наприклад: Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, trans. Max Knight (University of California, 1967), 221–36; Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans. Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson (Oxford, 1992), 55–75.

²⁰ Див., наприклад: Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, §16, at 36.

²¹ Hans Kelsen, *What is Justice?* (University of California, 1957), 226–7. Див. також: Hans Kelsen, “What is the Pure Theory of Law,” *Tulane Law Review*: 276: «Це припущення [основної норми] є можливим, але не обов'язковим. Відповідно, Чиста Теорія Права, установлюючи основну норму як логічну умову, за якої примусовий порядок може бути розтлумачений як чинне право, забезпечує тільки умовну, а не категоріальну, основу дійсності позитивного права».

межу».²² Закон поширюється на анархіста в тому очевидному сенсі, що він є уразливим щодо примусу, здійснюваного від його імені. Однак анархіст не підпорядковується *правовій повинності*, тому що він не приймає або не припускає основну норму, яка обґрунтовує правову *нормативну* систему.

Я хочу наголосити, що знайти краще та найбільш правильне розуміння намірів Кельзена не є моєю кінцевою метою тут. Це було б складним завданням, враховуючи, скільки Кельзен написав протягом багатьох десятиліть, і наскільки сильно його погляди явним чином змінювалися упродовж цього часу. Предмет моєї уваги тут полягає в тому, щоб розглянути деякі основні ідеї, які висловив Кельзен, або, принаймні те, на що його тексти вказували, навіть якщо його власний погляд, точно зрозумілий, міг би не схвалити представлену тут позицію.

Таким чином, є сенс у тому, що право є зобов'язуючим для нас тоді і тільки тоді, коли ми у певному розумінні приймаємо його – приймаючи або принаймні припускаючи основну норму правової системи. Це може видатися радикальним, але я б сказав, що це не є більш радикальним, ніж аргумент теоретика природного права Марка Мерфі про те, що люди зв'язані божественними заповідями, якщо і тільки якщо вони вирішують підкоритися божій волі.²³ Філософи моралі й інших нормативних систем, як мінімум, з часів Г'юма, закликають до обережності, перш ніж дійти висновку, що існують нормативні обов'язки, – «повинність» не є такою, що легко приписується.

Дозвольте мені уточнити один момент: є твердження про те, що потрібно робити, які не є моральними, але є цілком розсудливими. У цьому сенсі адресат «має» дотримуватися закону, якщо непослух призведе до негативних наслідків (ув'язнення, фінансові санкції, звільнення з роботи, втрата репутації тощо), уникнення яких представляє власний інтерес для такого адресата. Розсудливий погляд перекидає американський правовий реалістичний аналіз, запропонований раніше, не будучи ідентичним йому.

Коли ми говоримо, що в когось є *розсудливі* підстави діяти так, як це приписує закон, це відрізняється від того, коли ми кажемо, що в когось є правова підстава діяти відповідним чином.

Право покликає забороняти, вимагати і уповноважувати, навіть якщо його норми не дотримуються, дотримуються вибірково або не реалізуються в інший спосіб. *Правові* підстави, або *юридичні* обов'язки, там, де вони існують і застосовуються, застосовуються рівною мірою до всіх норм і правил, що діють у розглядуваній правовій системі, незалежно від того, наскільки сильно чи слабо вони реалізуються.

Моя пропозиція є одночасно простою, наївною й радикальною. Вона бере свій початок ще від Г. Л. А. Гарта: те право є *sui generis* формою нормативності, формою нормативності як вона є, яке не є ідентичним моралі або не є її підмножиною і не

²² Це є відомим «поглядом поганої людини на право» від Олівера Венделла Голмса. Див. Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law," *Harvard Law Review* 10: 460–1.

²³ Mark C. Murphy, *An Essay on Divine Authority* (Cornell, 2002): 152: «Ті, хто знаходиться під божественною владою..., є тими, хто підпорядковується цій владі».

є ідентичним будь-якій іншій нормативній системі.²⁴ Цю точку зору можна сформулювати в інший спосіб, зазначивши, що за підходу, коли правова нормативність у цілому та юридичні судження зокрема не зводяться до суджень будь-якого іншого типу й не є еквівалентними їм, правові судження, за своєю природою, *прагнуть бути* судженнями іншого типу. Час від часу Гарт підкреслює це непрямо, коли приписує «висловом на кшталт юридичне право та юридичний обов'язок значення, які жодним чином не пов'язані» з мораллю.²⁵ В інших місцях Гарт пояснює свою точку зору просто як твердження про те, що щось може бути «владною правовою підставою» без будь-якої прив'язки до морального змісту норми, яка розглядається, або інституції, яка її видала.²⁶

Контраст, як вже було зазначено, полягає в тому, що судження про те, чого вимагає закон, є лише передбаченням того, що будуть робити суди, або такі судження претендують на те, щоб вказати, чого вимагає мораль, або ж фактично утверджують певний вид моральної правди.²⁷ Гарт обґрунтовує, що яку б підставу не наводив закон, для особи, яка визнає цей закон, така підстава буде мати статус *правової* – підстави, яка походить від права. Так само, як хтось може мати підстави, які походять з етикету, моди, гри у шахи або певного виду приготування їжі. Існують підстави, характерні для певної практики або нормативної системи.

Хтось може вважати це абсурдом або, зрештою, парадоксом. Для когось видається очевидним, що «правові підстави» мають зводитися (або бути еквівалентними) або до пруденціальних підстав, з одного боку, або до моральних, – з іншого. Імпульс є зрозумілим. Як ще розуміти «правову підставу» – схильність, з одного боку, зосередитися на санкціях (або заохоченнях), які підкріплюють собою юридичні норми, або ж, з іншого боку, побачити, як «належне» у праві є взаємозамінним із «належним» у моралі.

Тим не менш, я вважаю, що прирівнювання права або тільки до результатів, або тільки до моралі є не виправданим. Як і багато академічних теорій, такий підхід відкидає очевидне у пошуках витонченого й невлучного.

Джон Фінніс погоджується, роблячи це водночас за допомогою дещо іншого аргументу. Він зазначає, що, незважаючи на те, що право може наполягати на своїй обґрунтованості, на тому, що воно має під собою належні підстави (якщо казати більш точно, «перебуває під контролем підстав», які відповідають «критеріям узгодженості й обґрунтованості»), воно не претендує на моральну обов'язковість (і не повинно це робити), оскільки воно створює приписи для набагато більш широкої поведінки, і навіть

²⁴ Див., наприклад: Н. Л. А. Hart, *Essays on Bentham* (Oxford, 1982), 262–8; цит. за John Finnis, “On Hart’s Way Out,” in *Philosophy of Law: Collected Essays IV* (Oxford, 2011), 248–56.

²⁵ Hart, *Essays on Bentham*: 263.

²⁶ Hart, *Essays on Bentham*: 264–5.

²⁷ The question of the nature of legal obligation is clearly a part, though only a small part, of the “general jurisprudence, as a branch of metanormative inquiry.” Питання про природу правового обов'язку, безумовно, є частиною, хоча і незначною, «загальної юриспруденції як галузі метанормативного дослідження». David Plunkett and Scott Shapiro, “Law, Morality, and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry,” *Ethics* (має вийти друком).

гідна похвали з точки зору моралі правова система може створювати приписи, які розсудлива особа буде змушена порушувати у випадках, коли існують більш сильні конкуруючі моральні обов'язки.²⁸

Зрештою, питання полягає в тому, наскільки продуктивним – або, навпаки, абсурдним – буде думати, що обґрунтування часто обмежується певною сферою: хтось може мати «правові підстави», які можуть відрізнятися не тільки від «моральних підстав» чи «пруденціальних підстав», але й від «підстав з точки зору етикету», «підстав з погляду моди» або «підстав з точки зору шахів». Тім Скенлон нещодавно детально виклав саме такий погляд на підстави і підстави для дій у своїх лекціях про Джона Локка 2009 р., які згодом були опубліковані під назвою «Бути реалістичним щодо підстав» (*Being Realistic About Reasons*).²⁹ Як він стверджує, підстави мають тенденцію мати силу в певних нормативних сферах, і ми не повинні надто швидко припускати, що підстави з однієї конкретної сфери вичерпують собою або можуть бути оспорені підставами конкретного нормативного порядку.

Можна зрозуміти аспекти юридичної практики, які спонукають теоретиків за прикладом Джозефа Раза обґрунтовувати, що право «претендує» бути морально авторитетним, й погляди теоретиків, таких як Марк Грінберг та, перед ним, Рональд Дворкін (у коротких і змістовних коментарях, наведених у деяких з його останніх робіт³⁰), які говорять, що право є лише одним з аспектів моралі. Мова права частково співпадає з мовою моралі в частині тверджень про права, обов'язки, свободи й дозволяння. Той факт, що такий спосіб мовлення можна знайти в широкому колі нормативних систем, схоже, не зменшує тенденцію прирівнювати ці дві нормативні системи.

Однак, чому слід вважати, що хтось має моральний обов'язок діяти, як приписує закон, тільки тому, що закон так говорить? Хоча колись могла існувати загальновизнана думка, що «справедливі» або «легітимні» правові системи створюють такі моральні обов'язки для забезпечення своїх приписів, багато теоретиків сьогодні пропонує вагомі аргументи проти переконання, що в такий спосіб може виникати загальний обов'язок.³¹ Альтернативна думка, підтримувана багатьма сучасними коментаторами –

²⁸ John Finnis, "Reflections and Responses," in *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, eds. John Keown & Robert P. George (Oxford University Press, 2013), 554–6.

²⁹ Oxford, 2014.

³⁰ Див.: Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Harvard, 2011), 5, 405; Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Harvard, 2006), 34–5; цит. за: Jeremy Waldron, "Jurisprudence for Hedgehogs" (2013), https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Intellectual_Life/LTW-Waldron.pdf.

³¹ Див., наприклад: M. B. E. Smith, "Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?," *Yale Law Journal* 82 (1973): 950–76; Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford, 1994), 325–38; William A. Edmundson, "State of the Art: The Duty to Obey the Law," *Legal Theory* 10 (2004): 215–59; Ruth C. A. Higgins, *The Moral Limits of Law: Obedience, Respect, and Legitimacy* (Oxford, 2004).

Кеннет Еренберг нещодавно стверджував, що обов'язок підпорядковуватися може виникнути в результаті колективного прийняття інституції. Див.: Kenneth Ehrenberg, "Law's Artifactual Nature: How Legal Institutions Generate Normativity," in *Reasons and Intentions in Law and Practical Agency*, eds. George Pavlakos and Veronica Rodriguez-Blanco (Cambridge, 2015), 247–66. Хоча

і, як на мене, краща думка – полягає в тому, що право *іноді* створює моральні обов'язки, і цей аналіз має здійснюватися у кожному конкретному випадку щодо кожного конкретного громадянина, стосовно конкретної правової норми, зіставляючи проблеми між собою і за необхідності залучаючи експертизу.³² Існують вагомі підстави уникати побудови теорії щодо природи права навколо думки, що право в цілому створює, має створювати або навіть *вимагає* створення моральних обов'язків.³³ Навіть Фінніс, провідний теоретик, який сьогодні працює у природно-правовій традиції, заперечує ідею, що право висуває моральні вимоги, й визнає думку про те, що право створює тільки незаперечні юридичні обов'язки,³⁴ які потім включаються до

потокую загального практичного обґрунтування – добрими громадянами задля загального блага, кар'єристами в законі з точки зору того, що має бути зроблено або проігноровано з метою просування свого власного прагнення до багатства або до посад, або незадоволеними чи злочинно опортуністичними громадянами з точки зору того, що їм самим потрібно, щоб позбутися небажаних наслідків (покарання і т.д.).³⁵

Натомість Грінберг у своїй «Теорії морального впливу права»³⁶ пропонує радикальний погляд, відповідно до якого «закон слугує моральним імпульсом відповідних дій юридичних інституцій».³⁷ Право, за цим підходом, є доволі специфічною складовою моралі: вплив на наші моральні права, обов'язки й повноваження через дії уповноважених у правовий спосіб осіб. У нещодавній роботі Грінберг знову висловив свою точку зору в таких термінах: «ті правові обов'язки є дійсно обов'язками, які виникають внаслідок дій юридичних інституцій».³⁸ За таким підходом можна думати про право, даючи йому визначення не інакше як фінал певного процесу: «право» як певний набір офіційних осіб, уповноважених вчиняти дії від імені держави щодо певного набору спорів; і «право» як моральні права та обов'язки, що є результатом таких дій.

я згоден з тим, що прийняття інституції достатньою мірою населенням, що нею зачіпається, йде на користь легітимності (моралі) застосування примусової влади до цього населення, я не думаю, що воно є остаточним щодо обов'язків окремих осіб підпорядковуватися. (Тому я погоджуюсь з викладеними вище думками Раза і Сміта, що ми маємо відмовитися від класичного прирівнювання легітимності до управління з моральним обов'язком підкорюватися.)

³² Raz, *Ethics in the Public Domain*, 325–38; David Enoch, “Reason-Giving and the Law,” in *Oxford Studies in Philosophy of Law I*, eds. Leslie Green, Brian Leiter (Oxford, 2011), 1–38.

³³ Frederick Schauer, “Positivism Through Thick and Thin,” in *Analyzing Law; New Essays in Legal Theory*, ed. Brian Bix (Oxford, 1998), 65–78.

³⁴ Finnis, “Reflections and Responses,” 553–6.

³⁵ *Ibid.*, 555.

³⁶ Mark Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law,” *Yale Law Journal* 123 (2014): 1288–1342. Схожий погляд запропонував Скот Гершовітц (Scot Hershovitz, “The End of Jurisprudence,” *Yale Law Journal* 124 (2015): 1160–1204.

³⁷ *Ibid.*, 1290.

³⁸ Mark Greenberg, “The Moral Impact Theory, the Dependence View and Natural Law,” in *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, eds. George Duke, Robert P. George (Cambridge, 2017), 275.

Мотивацію радикальної теорії Грінберга гарно викладено в деяких його більш ранніх роботах. Як і у Рональда Дворкіна (а Грінберг постійно підкреслює близькість між його роботами і роботами Дворкіна),³⁹ мотивація Грінберга лежить у площині певних базових підходів, за якими загальна практика й загальне розуміння права відхиляються від конвенційної картини як філософів права, так і звичайних громадян, яку вони мають щодо цієї інституції. Тобто історії, які ми розповідаємо про право, у тому числі історії про право, які ми розповідаємо самим собі, іноді (доволі часто) відхиляються, і відхиляються суттєво, від того, що ми знаємо з практики.

Для Дворкіна невтїшними фактами (за його описом) були глибокі й всепроникливі розбіжності в самому праві та щодо права⁴⁰ й нездатність будь-яких нейтральних «родовідних» критеріїв вловити юридичну силу без врахування суджень про моральну цінність.⁴¹ Як зазначає Грінберг, відповідно до Стандартної Картини право – це те, що походить від уповноважених у правовий спосіб осіб: коли вони вводять у дію закони, обнародують регулятивні акти, здійснюють правосуддя у конкретних спорах тощо. Відповідно до цієї картини, коли законодавець приймає закон, він прямо й відкрито доповнює наше право. Ми припускаємо це у звичайних для нас посиланнях на дії законодавця: наприклад, «сьогодні Конгрес прийняв важливий новий закон» тощо. Водночас, як зазначає Грінберг, у цій картині є проблеми. Юристи, теоретики права, студенти-правники – і, насправді, всі ті, хто всерйоз дивиться на процес тлумачення законів у реальних справах, – знають, що те, як законодавчі акти доповнюють наше право, не є насправді настільки прямим або очевидним, як це виглядає з точки зору стандартної картини. Це видно, зокрема, з того, як компетентні судді та юристи, діючи добросовісно, розходяться у своїх думках щодо юридичних наслідків того чи іншого закону (щодо його застосування до реального або гіпотетичного набору фактів), при цьому розбіжності часто виникають на базовому рівні (наприклад, нам слід зосередитися на буквальному прочитанні тексту закону чи використати цільовий спосіб тлумачення й звернутися до намірів законодавця).⁴² Якщо б законодавство додавалося до права у такий прямий спосіб, то у нас би не виникали розбіжності у базових питаннях і причому так часто. Крім того, як вказує Грінберг, судді, які не погоджуються щодо тлумачення закону, рідко наводять аргументи з приводу того, чому деякі фактори є актуальними, а деякі ні, або чому окремим факторам слід надавати більшу вагу, аніж іншим (релевантним) факторам.⁴³ Кожен такий аргумент, стверджує Грінберг, швидше за все, пояснює, чому (й коли) дії уповноважених у правовий спосіб осіб впливають на наші моральні права й обов'язки.⁴⁴ У цьому контексті між діями законодавця, структурою

³⁹ Див., наприклад: Mark Greenberg, "The Standard Picture and its Discontents," in *Oxford Studies in Philosophy of Law 1*, eds. Leslie Green and Brian Leiter (Oxford, 2011), 55–60.

⁴⁰ Див., наприклад: Dworkin, *Law's Empire*: 3–15.

⁴¹ Див., наприклад: Dworkin, *Taking Rights Seriously*: 14–80.

⁴² Див. Greenberg, "The Moral Impact Theory of Law," 1291–3.

⁴³ *Ibid*, 1325–8.

⁴⁴ *Ibid*, 1328–31.

морального аналізу й остаточним рішенням судді можна побачити натяк на альтернативну картину, яку пропонує Грінберг, й можливе виправдання для неї.

Радикальна альтернатива «Стандартній картині», яку пропонує Грінберг, – це «Теорія морального впливу права». Що вважати правом відповідно до цього підходу? Теорія морального впливу описує спосіб, в який уповноважені правом особи (законодавець шляхом прийняття законів, судді при вирішенні справ і т.д.) впливають на наявні у нас моральні права, обов'язки тощо, і цей вплив і є (нашим) «правом». Законодавець може приймати закони, а судді можуть вирішувати спори, але за такого підходу ми маємо «право» тільки після того, як розраховуємо моральний вплив дій таких офіційних осіб на наші моральні права та обов'язки (а також повноваження й імунітети) – що Грінберг називає нашим «моральним профілем».⁴⁵ Зосередивши увагу на кінцевих моральних наслідках дій офіційних осіб, глибокі й тривалі розбіжності щодо правових наслідків законодавчих актів, судових рішень і конституційних положень піддаються, як видається, кращому поясненню (і, напевно, є менш проблемними).

Як порогове значення, як зазначив Ларрі Александер, і теорія Грінберга, і більш рання теорія Дворкіна мають серйозну проблему замкнутого кола.⁴⁶ Для Дворкіна періоду інтерпретативності право є конструктивною інтерпретацією «предінтерпретативних» даних. Для Грінберга право полягає у впливі на наші моральні профілі шляхом дій офіційних осіб. Однак, якщо «право» є продуктом цих процесів, як воно також може слугувати критерієм визначення того, які саме дії, тексти і т.д. є *вихідними* даними, для яких право у наступному буде *вихідним результатом*. Таким чином, як для Дворкіна, так і для Грінберга, очікування від права полягають у тому, що воно має визначити й обмежувати вхідні дані для процесу – процесу, який у кінцевому підсумку має призвести до утворення того, що ми маємо назвати «правом», але це є неможливим, якщо ми до самого завершення процесу не знаємо, що власне вважати «правом».

Також при оцінці роботи Грінберга важливо відрізнити те, що є новим і суперечливим, від того, що новим не є, а отже, вірогідно, буде менш суперечливим.⁴⁷ Однією з тем, яка є важливою для аналізу Грінберга, але яка є *явно не новою*, виступає аргумент, відповідно до якого дії офіційних осіб можуть змінювати наші моральні профілі. Це було визнано теоретиками з абсолютно різних точок зору й майже так само давно, скільки вчені розмірковують про природу урядування й моралі. Наприклад, у роздумах Томи Аквінського про Бога, суспільство, мораль і право «Сумма теології» (XIII ст.) стверджував, що людські закони, які відповідають природному закону (тобто, грубо кажучи, моралі й божественному одкровенню), проголошені офіційними особами, які діють у межах їх повноважень, й не нав'язують тягар несправедливим чином, «зв'язані сові-

⁴⁵ Див. Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law,” 1308.

⁴⁶ Див. Lawrence A. Alexander, “Was Dworkin an Originalist?” in *The Legacy of Ronald Dworkin*, eds. Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa (Oxford, 2016), 313.

⁴⁷ Я хочу пояснити, що я в жодному разі не обвинувачую Грінберга у тому, що він (свідомо чи несвідомо) вводить читачів в оману щодо новизни своєї роботи в цілому та окремих її положень.

стю», створюють моральні обов'язки для громадян підкорюватися їм.⁴⁸ Джозеф Раз, сучасний правовий позитивіст, який має сумніви щодо того, чи існує хоч якийсь загальний моральний обов'язок підкорюватися праву, вказує, тим не менше, на те, що існують обставини, коли у людей будуть моральні обов'язки підкорюватися певним правовим нормам, якщо ці правила допомагають вирішити проблеми координації або якщо залучені законодавці мали доступ до більшого досвіду, аніж громадяни; на додаток Раз підкреслює, що в когось може бути моральний обов'язок підкорюватися закону, якщо така особа пообіцяла це (наприклад, суддя чи інший офіційний представник держави може давати таку обіцянку як частину своєї присяги).⁴⁹ Ларрі Александер (серед інших) розмірковував про те, як правові норми часто встановлюють більш чіткі моральні обов'язки, які в нас уже є: наш моральний обов'язок підтримувати державу й нужденних громадян переводиться в юридичний обов'язок сплачувати певний відсоток від свого доходу як податок; наш моральний обов'язок безпечного керування автомобілем переводиться у певну встановлену законом швидкісну межу руху тощо.⁵⁰ На продовження аналізу, наданого Разом і Александером, нещодавно Девід Енох навів аргументи на користь того, що за певних обставин правові норми у поєднанні з відповідними фактами можуть «запускати» наші вже існуючі моральні обов'язки.⁵¹

Грінберг охоплює схожі питання, але в більш концентрованій й переконливій формі, й в іншій ситуації.⁵² Замість того, щоб навести короткий виклад того, як правові норми змінюють наш моральний профіль або навести підстави, за яких у нас є моральний обов'язок підкорюватися закону,⁵³ Грінберг використовує відповідну категорію щодо ситуації, коли дії офіційних осіб *створюють* «право». Він пише: «зміст прав – це та частина морального профілю, яка набуває сили завдяки певним діям юридичних інститутів».⁵⁴ Як уже було зазначено, за такого підходу закони, акти адміністративного регулювання, конституційні положення не отримують безпосередню й автоматичну кваліфікацію як «право»; їх зміст є «легальним змістом» тільки тією мірою, в якій він змінює наш моральний профіль.

Як добре розуміє Грінберг, цей спосіб мислення і спосіб використання маркування «право» різко відрізняються не тільки від поглядів теоретиків права, які приймають

⁴⁸ Thomas Aquinas, *Summa Theologica* I–II, q. 96, art. 4, corpus, викладена у: St. Thomas Aquinas, *The Treatise on Law*, ed. R. J. Henle, S. J. (Notre Dame, 1993), 324–9.

⁴⁹ Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford, 1994), 330–4; Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986): 97–105.

⁵⁰ Larry Alexander, “The Legal Enforcement of Morality”, in *A Companion to Applied Ethics*, eds. R. G. Frey and Christopher Heath Wellman (Wiley-Blackwell, 2003), 128.

⁵¹ David Enoch, “Reason-Giving and the Law,” in *Oxford Studies in Philosophy of Law 1*, eds. Leslie Green and Brian Leiter (Oxford, 2011).

⁵² Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law,” 1310–7.

⁵³ Див.: М. В. Е. Smith, “Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?” *Yale Law Journal* 82 (1973): 950 (впливовий аналіз питання про те, чи є в нас загальний моральний обов'язок підкорюватися закону).

⁵⁴ Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law,” 1341.

«Стандартну Картину», але й від того, як про право говорять юристи-практики (адвокати, прокурори, судді тощо) і громадяни, які не є практикуючими юристами. Це відхилення від загальноприйнятих способів вести мову про право відразу ж приводить до питання: чи стверджує Грінберг, що ми всі помилилися щодо природи права, і він виправляє істотну й колективну помилку (яка є одночасно й широко поширеною і відтворюваною вже багато століть)? Чи його твердження в іншому: якщо б ми подивилися на нашу практику більш ретельно й рефлексивно, ми б побачили, що теорія морального впливу більш точно відображає те, що ми дійсно мали на увазі весь цей час, коли говорили про «право»? Я не певен, що Грінберг взагалі займає якусь позицію з цього приводу, але я думаю, що його теорія морального впливу вимагає, щоб він захищав або першу, або другу. Безумовно, інші теоретики встановили зв'язок між моральним впливом і тим, що вважається «правом». Існує точка зору, найбільш визнана у межах традиції природного права, відповідно якої правило, проголошене офіційними особами, може не отримати статус правової норми, якщо воно є надто несправедливим або аморальним.⁵⁵ Водночас ідея про те, що юридичні обов'язки іноді розходяться з моральними обов'язками, є загальним місцем як з теоретичної точки зору, так і з загальновизнаного підходу. «Закон вимагає від вас зробити щось, але з точки зору моралі ви повинні (або можете) не підкоритися» – це не суперечить самому собі й не є позбавленим сенсу; в цьому немає жодного парадоксу на кшталт того, що «це правда, але я не вірю в це».

Можливі побоювання, що підхід Грінберга, який перетворює право на підкатегорію моралі, буде призводити до окремих таких самих небезпек, які Г. Л. А. Гарт вбачає в деяких (найбільш наївних) теоріях природного права. Гарт був занепокоєний тим, що ті підходи в межах природно-правової концепції права, які стверджують, що несправедливий закон взагалі не є законом, сприяють плутанині між тим, що офіційні особи фактично зробили, і тим, що було морально легітимним (тобто у звичайних умовах йдеться про плутанину між «юридично дійсним» і «морально хорошим»)⁵⁶. Підхід Грінберга пропонує співставне рівняння «юридичного змісту» з «моральним обов'язком» [чи правом або владним повноваженням]».

На мою думку, основний принцип Гарта, як і раніше, слід застосовувати: він сприяє більшій ясності при розмежуванні права і моралі, відмежувати те, що зроблено офіційними особами, від того, що становить наш моральний обов'язок. Звичайно, критик такого підходу може відповісти: немає сенсу вести мову про два окремі обов'язки, якщо насправді вони не є відокремленими один від одного: наприклад, якщо конституційне положення містить моральний тест (наприклад, щодо рівності, належного судового

⁵⁵ Цей погляд відображений у «Формулі Радбруха». Див.: Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law". Лишається дискусійним, чи виражено схожий погляд у фразі, яка асоціюється з теорією природного права, «*lex iniusta non est lex*» («несправедливий закон не є законом»). Див., зокрема: Norman Kretzmann, "Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience," *American Journal of Jurisprudence* 33 (1988): 99.

⁵⁶ Herbert L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review* 71 (1958): 594–8.

розгляду, захисту свободи тощо), тоді дії офіційних осіб, які порушують *такий* моральний тест, насправді не є юридично дійсними, навіть у загальноприйнятому розумінні «права» і «моралі». Однак теорія «морального впливу» Грінберга виходить далеко за межі вказівки на моральний зміст деяких конституційних тестів на юридичну дійсність; він пропонує в цілому переглянути те, що ми називаємо «правом», пропонує зміну, яку робота Грінберга не повністю виправдовує.

Можна відзначити паралелі між підходом Грінберга (й тим, на що натякали останні роботи Дворкіна⁵⁷). Для Еноха й інших правові норми час від часу – але не в якості універсального правила – створюють моральні обов'язки, але навіть ті правові норми, які не створюють моральних обов'язків, все ще є правовими нормами (і тут також простежується збіг з теорією природного права Джона Фінніса). Один із способів зрозуміти Грінберга, а, можливо, Дворкіна в його останніх роботах, але точно *не* Фінніса, полягає в тому, що право існує тільки тією мірою, в якій дії офіційних осіб *призводять* до створення нових моральних обов'язків. І я не переконаний, що це є корисний спосіб поглянути на наше соціальне, моральне й правове життя.

Перш ніж йти далі, я хочу відзначити одне важливе ускладнення підходу, яке можна знайти у Грінберга і в останніх працях Дворкіна. Як вказує низка теоретиків, те, як дії офіційних осіб впливають на «моральний профіль», відрізняється від людини до людини. При цьому я не маю на увазі очевидні відмінності між людьми: наприклад, як моральні обов'язки А можуть відрізнятися від обов'язків В, оскільки А уклав контракти, відмінні від контрактів В, або як обов'язки Х можуть відрізнятися від обов'язків У, оскільки Х є лікарем (і має певні моральні обов'язки конкретного лікаря, що покладені на нього законодавчими й адміністративними діями з боку офіційних осіб), у той час як У є юристом (і має певні моральні обов'язки як конкретний юрист, засновані на тих чи інших діях тих самих офіційних осіб). Подібні відмінності не будуть становити проблему для теорії Грінберга. Навпаки, я маю на увазі аргумент про те, що дії офіційних осіб іноді впливають на наш «моральний профіль», тому що офіційні особи мають досвід (або доступ до знань, як наприклад, коли їх консультують учені з тих чи інших медичних або екологічних питань). Чи має особа слідувати рішенню офіційних осіб (викладеному в законах чи в адміністративних актах), тобто чи має вона моральні підстави діяти відповідно до приписів офіційних осіб, частково буде залежати від того, який досвід мають такі офіційні особи або чи мали вони доступ до знань, до яких така особа доступу не має. Так, певне екологічне регулювання може змінити *мій* моральний профіль, оскільки досвід офіційних осіб є набагато більшим, ніж мій власний, однак це може не мати такого ж впливу на моральний профіль мого двоюрідного брата, який пройшов поглиблене навчання саме в цій галузі науки про навколишнє середовище.⁵⁸

⁵⁷ Див.: Waldron, "Jurisprudence for Hedgehogs."

⁵⁸ Для уточнення аргументу, представлено у цьому параграфі, див.: Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986), 70–80.

Існує інший приклад різних моральних обов'язків, які стосуються права: від Аквінського⁵⁹ до Роулса,⁶⁰ Фінніса⁶¹ і Раза теоретики стверджують (або допускають), що може існувати моральний обов'язок діяти зовнішньо відповідно до закону, навіть (помірно) несправедливого, якщо непідкорення підірвало би в цілому справедливую правову систему. Однак ступінь того, якою мірою публічне непідкорення підірвало би правову систему, очевидно, вплине на статус і репутацію особи, яка його вчиняє: непідкорення високопосадовця, швидше за все, буде мати наслідки, у той час як така ж поведінка звичайного громадянина – ні. У цьому сенсі моральний профіль публічної особи було змінено дією правових інститутів, на відміну від морального профілю пересічного громадянина.

Невже Грінберг (або Дворкін) дійсно хочуть сказати, що «право» у цьому випадку є різним для кожної людини? У цілому, аналіз моральних обов'язків, створюваних дією правових інститутів, потенційно є дуже складним з причин, викладених Грінбергом повною мірою, але у подальшому, як видається, не врахованих: щодо дії конкретного закону, можливо, доведеться взяти до уваги важливість відстрочення прийняття демократичних рішень (ймовірно, не враховується ступінь, якою нинішня система спотворювала й спотворює волю народу), ступінь, якою держава діє як ефективний інструмент координації для вирішення проблем або доступу до більш широких знань, аніж конкретна особа, ступінь, якою судові рішення можуть змінювати значення закону всупереч намірам законодавця, але з урахуванням належної поваги до суддів тощо. Труднощі й парадокси, продемонстровані Грінбергом (та іншими⁶²) в юридичній практиці і в межах традиційних правових теорій, реальні й потребують відповіді. Однак, я думаю, що запропонована Грінбергом відповідь, радикальна зміна того, що ми говоримо й що ми думаємо про право, й зміна аргументів в юридичній практиці на такі ж запутані й ще більш суперечливі, – це не той рецепт, якому ми маємо слідувати.

Висновки

Права людини відображають наше моральне становище як людських істот, вимоги, які ми маємо до урядів і до інших людей. Суспільства, які поважають права людини, з більшою вірогідністю будуть процвітати й жити в мирі.

Ступінь визнання прав людини на папері – шляхом законодавчих кроків, конституційних положень, зобов'язань за міжнародними договорами і конвенціями – значно варіюється від місця до місця. І, звичайно, визнання права на папері, як ми добре знаємо, не гарантує того, що воно буде повністю визнано на практиці. Крім того, як відзначив Дворкін, питання про те, чи дійсно офіційні представники уряду «сприймають

⁵⁹ *Summa Theologica*, I–II, qu. 96, art. 4, corpus.

⁶⁰ Див.: John Rawls, *A Theory of Justice* (rev. ed., Harvard, 1999), 99 (обов'язок підтримувати тільки інституції).

⁶¹ John Finnis, *Natural Law & Natural Rights* (2nd ed., Oxford, 2011), 361–2.

⁶² Рональд Дворкін з очевидністю спадає на думку. Див., зокрема: Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard, 1986).

права [щодо протидії уряду] серйозно», може бути окремим питанням, вище й поза легалістським захистом деяких обмежених прав.

Усе це має вирішальне значення для реформаторів права і для людей у цілому. Для теоретиків права, яких у деяких спільнотах називають «вченими-правознавцями», також постають питання, можливо, не так часто, щодо статусу прав людини у правових системах і, у більш загальному плані, про статус правових систем в нашому нормативному житті.

Ми бачили питання, які ставляться з усіх сторін, – американськими і скандинавськими правовими реалістами, теоретиками природного права, Гансом Кельзенем й іншими правовими позитивістами, Марком Грінбергом, Рональдом Дворкіним та іншими – щодо первісної природи і реальності права та того, як слід розуміти зміст юридичних положень.

І, звичайно, як і раніше, ведуться жваві дебати про те, чи дійсно правові правила й правові системи створюють обов'язки для громадян, коли і як. Я не пропоную сьогодні остаточної відповіді на ці питання, лише ще один голос, ще одну точку зору.

З усіма суперечностями й невизначеністю на найбільш базових рівнях можна задатися питанням, як право в принципі функціонує. Юристи в будь-якому куточку світу можуть бути спантеличені, коли їх просять дати чітку відповідь, що таке юридичне зобов'язання або що воно тягне за собою; тим не менше, тим самим правникам вдається представляти клієнтів, вести справи в суді і складати юридичні документи таким чином, щоб у цілому і приблизно підтримувати функціонування правового світу.

© Б. Бікс, 2019

Bibliography

- Alexander, Larry. "The Legal Enforcement of Morality." In *A Companion to Applied Ethics*, edited by R. G. Frey and Christopher Heath Wellman. Wiley-Blackwell, 2003.
- Alexander, Lawrence A. "Was Dworkin an Originalist?" In *The Legacy of Ronald Dworkin*, edited by Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa. Oxford, 2016.
- Aquinas, Thomas. *The Treatise on Law*, edited by R. J. Henle, S. J. Notre Dame, 1993.
- Bix, Brian H. *Jurisprudence: Theory and Context*, 7th ed. Sweet & Maxwell, 2015.
- Calvocoressi, Peter. *Nuremberg: The Facts, the Law and the Consequences*. London: Chatto & Windus, 1947.
- D'Souza, Frances. "Democracy as a Cure for Famine." *Journal of Peace Research* 31, no. 4 (1994): 369–73.
- Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard, 2011.
- Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. Harvard, 2006.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard, 1986.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard, 1978.
- Edmundson, William A. "State of the Art: The Duty to Obey the Law." *Legal Theory* 10 (2004): 215–59.
- Ehrenberg, Kenneth. "Law's Artifactual Nature: How Legal Institutions Generate Normativity." In *Reasons and Intentions in Law and Practical Agency*, edited by George Pavlakos and Veronica Rodriguez-Blanco, 247–66. Cambridge, 2015.

- Enoch, David. "Reason-Giving and the Law." In *Oxford Studies in Philosophy of Law 1*, edited by Leslie Green and Brian Leiter. Oxford, 2011.
- Finnis, John. "Natural Law Theories." In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta, § 3.1, 2015. <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>.
- Finnis, John. "On Hart's Way Out." In *Philosophy of Law: Collected Essays IV*, 248–56. Oxford, 2011.
- Finnis, John. "Reflections and Responses." In *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, edited by John Keown and Robert P. George, 553–6. Oxford, 2013.
- Finnis, John. *Natural Law & Natural Rights*, 2nd ed., Oxford, 2011.
- Finnis, John. *Reflections and Responses*. Oxford, 2014.
- Glendon, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. Free Press, 1991.
- Greenberg, Mark. "The Moral Impact Theory of Law." *Yale Law Journal* 123 (2014): 1288–1342.
- Greenberg, Mark. "The Moral Impact Theory, the Dependence View and Natural Law." In *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, edited by George Duke and Robert P. George. Cambridge, 2017.
- Greenberg, Mark. "The Standard Picture and its Discontents." In *Oxford Studies in Philosophy of Law 1*, edited by Leslie Green and Brian Leiter, 55–60. Oxford, 2011.
- Hart, H. L. A. "Positivism and the Separation of Law and Morals." *Harvard Law Review* 71 (1958): 594–8.
- Hart, H. L. A. *Essays on Bentham*. Oxford, 1982.
- Hershovitz, Scot. "The End of Jurisprudence." *Yale Law Journal* 124 (2015): 1160–1204.
- Higgins, Ruth C. A. *The Moral Limits of Law: Obedience, Respect, and Legitimacy*. Oxford, 2004.
- Holmes Jr., Oliver W. "The Path of the Law." *Harvard Law Review* 10 (1897): 457–78.
- Hopgood, Stephen. *The Endtimes of Human Rights*. Cornell, 2013.
- Hume, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- Kant, Immanuel. *Perpetual Peace: A Philosophical Essay*, 1795. <https://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/kant/kant1.htm>.
- Kelsen, Hans. *What is Justice?* University of California, 1957.
- Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford, 1992.
- Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*. Translated by Max Knight. University of California, 1967.
- Kretzmann, Norman. "Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience." *American Journal of Jurisprudence* 33 (1988).
- Llewellyn, Karl. "A Realistic Jurisprudence – The Next Step." *Columbia Law Review* 30 (1930): 431–65.
- Michelman, Frank I. "Human Rights and the Limits of Constitutional Theory." *Ratio Juris* 13 (2000): 63–76.
- Minz, Alex, and Nehemia Geva. "Why Don't Democracies Fight Each Other?: An Experimental Study." *The Journal of Conflict Resolution* 37 (1993): 484–503.
- Murphy, Mark C. *An Essay on Divine Authority*. Cornell, 2002.
- Nickel, James. "Human Rights." In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta, 2014. <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/>.
- Plunkett, David, and Scott Shapiro. "Law, Morality, and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry." *Ethics* (має вийти друком).
- Radbruch, Gustav. "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law." Translated by Bonnie Litschewski and Stanley L. Paulson. *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006): 1–11.

- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Harvard, 1999.
- Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain*. Oxford, 1994.
- Raz, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford, 1986.
- Risse, Mathias. "Approaching Human Rights Law Philosophically: Reflections on Allen Buchanan, The Heart of Human Rights." *Law and Philosophy* 36 (2017): 169–90.
- Schauer, Frederick. "Positivism Through Thick and Thin." In *Analyzing Law; New Essays in Legal Theory*, edited by Brian Bix, 65–78. Oxford, 1998.
- Sen, Amartya. *Development as Freedom*. Anchor, 1999.
- Smith, M. B. E. "Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?" *Yale Law Journal* 82 (1973).
- Waldron, Jeremy. "Jurisprudence for Hedgehogs." 2013. https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Intellectual_Life/LTW-Waldron.pdf.
- Конституція СРСР (уред. 1936р.). <http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1936toc.html>.

Браян Бікс. Права людини, мир і взаємозв'язок між моральними та юридичними правами

Анотація. Центральним питанням, над яким роздумує автор статті, є питання про те, чи залежить право у своїй нормативній силі від моралі. У пошуку відповіді автор звертається до аналізу підходів, які у своїх роботах запропонували відомі теоретики і філософи права, які представляють різні течії праворозуміння. Серед них: Дж. Волдрон, Г. Гарт, М. Грінберг, Г. Кельзен, Г. Радбрух, Дж. Раз, Дж. Ролз, А. Сен, Дж. Фінніс та ін.

Автор доходить висновку, що право покликане забороняти, вимагати і уповноважувати, навіть якщо його норми не дотримуються, дотримуються вибірково або не реалізуються в інший спосіб. *Правові* підстави, або *юридичні* обов'язки, там, де вони існують і застосовуються, застосовуються рівною мірою до усіх норм і правил, що діють у розглядуваній правовій системі, незалежно від того, наскільки сильно чи слабо вони реалізуються.

Правова нормативність у цілому та юридичні судження зокрема не зводяться до суджень будь-якого іншого типу й не є еквівалентними їм, правові судження, за своєю природою, *прагнуть бути* судженнями іншого типу.

Контраст полягає в тому, що судження про те, чого вимагає закон, є лише передбаченням того, що будуть робити суди, або такі судження претендують на те, щоб вказати, чого вимагає мораль, або ж фактично утверджують певний вид моральної правди. Яку б підставу не наводив закон, для особи, яка визнає цей закон, така підстава буде мати статус *правової* – підстави, яка походить від права. Так само, як хтось може мати підстави, які походять з етикету, моди, гри у шахи або певного виду приготування їжі. Існують підстави, характерні для певної практики або нормативної системи.

Ключові слова: право; мораль; нормативність; правова нормативність; юридичне судження; правова підстава; юридичний обов'язок.

Браян Бикс. Права человека, мир и взаимосвязь между моральными и юридическими правами

Аннотация. Центральным вопросом, над которым размышляет автор статьи, является вопрос о том, зависит ли право в своей нормативной силе от морали. В поиске ответа автор обращается к анализу подходов, которые в своих работах предложили известные

теоретики і філософи права, представляючі різні течії правопонимання. Серед них: Дж. Волдрон, Г. Харт, М. Грінберг, Г. Кельзен, Г. Радбрух, Дж. Раз, Дж. Ролз, А. Сен, Дж. Фінніс і др.

Автор приходять до висновку, що право призначено забороняти, вимагати і уповноважувати, навіть якщо його норми не дотримуються, дотримуються вибірково або не реалізуються іншим способом. Правові основи, або юридичні зобов'язання, там, де вони існують і застосовуються, застосовуються в рівній ступені до всіх норм і правил, діючих в розглядаваній правовій системі, незалежно від того, наскільки сильно або слабо вони реалізуються.

Правова нормативність в цілому і юридичні висновки в частині не зводяться до висновкам моральним або висновкам будь-якого іншого типу і не є еквівалентними їм. Правові висновки по своїй природі прагнуть бути висновками іншого типу.

Контраст заключається в тому, що висновки про те, чого вимагає закон, є тільки передсказанням того, що будуть робити суди, або такі висновки претендують на те, щоб вказати, чого вимагає мораль, або ж фактично утверджують певний вид моральної правди. Будь-яке підставлення закону, для особи, визнаючої такий закон, дане підставлення буде мати статус правового – підставлення, яке походить від права. Також, як хто-то може мати підставлення, що походять від етикету, моди, гри в шахи або певного виду приготування їжі. Існують підставлення, характерні для певної практики або нормативної системи.

Ключові слова: право; мораль; нормативність; правова нормативність; юридичне висновок; правове підставлення; юридична зобов'язаність.

Brian H. Bix. Human Rights, Peace, and the Relationship of Moral and Legal Rights

Abstract. The central issue that the author ponders is the question of whether law in its normative power depends on morality. In searching for an answer, the author turns to an analysis of the approaches proposed by famous theorists and philosophers of law in their works, representing various currents of law understanding. Among them: J. Waldron, H. L. A. Hart, M. Greenberg, H. Kelsen, G. Radbruch, J. Raz, J. Rawls, A. Sen, J. Finnis and others.

The author concludes that law purports to prohibit, require, and authorize even when its norms are unenforced, selectively enforced, or in some other way under-enforced. *Legal* reasons, or *legal* obligations, where they exist and apply, apply equally to all norms and rules valid in the legal system in question, regardless of how strenuously or laxly they are enforced.

Legal normativity in general, and legal propositions in particular, do not, by their nature, reduce to or equate to propositions of another type, nor do legal propositions, by their nature, *purport to be* propositions of another type.

The contrast is with views that propositions of what the law requires is just a prediction of what courts will do, or purports to be a claim of what morality requires, or is in fact a statement of a certain kind of moral truth. For the person who accepts the law, the sort of reason the law gives is a *legal* reason – a reason that derives from law, just as one might have reasons that derive from etiquette, fashion, the game of chess, or a certain kind of cooking. There are reasons internal to a particular practice or normative system.

Keywords: law; morality; normativity; legal normativity; legal proposition; legal reason; legal obligation.

Одержано / Received 15.08.2019