

ІДЕАЛЬНИЙ ВИМІР ПРАВА**

Чи має право ідеальний вимір? Або чи можна повністю охопити поняття і природу права, розглядаючи лише його реальний вимір? Теза дуальної природи стверджує, що право з необхідністю має як реальний, чи фактичний, так і ідеальний, чи критичний, вимір. Фактичний вимір стосується права як факту, тобто як соціальних фактів. Соціальні факти, на яких воно базується, – це авторитетне встановлення (*authoritative issuance*) та соціальна дієвість (*social efficacy*), і кожен із них зустрічається в багатьох різних варіаціях та в різних відношеннях між собою. Авторитетне встановлення, а також тривала соціальна дієвість передбачають інституціоналізацію того чи іншого роду. З цієї причини реальний вимір також може бути названий «інституційним виміром». Ідеальний вимір відсилає нас до правильності, насамперед до моральної правильності (*moral correctness*). Якщо стверджується, що лише соціальні факти можуть визначити, що вимагається, а що не вимагається правом, це означає схвалення позитивістського поняття права. Як тільки моральна правильність додається як необхідний третій елемент, усе змінюється принципово. Виникає непозитивістське поняття права. Отже, теза дуальної природи, стверджуючи, що право з необхідністю містить як реальний, так і ідеальний вимір, передбачає непозитивізм.

I. Претензія на правильність

Архімедовою точкою тези про те, що право з необхідністю має ідеальний вимір, є аргумент правильності (*argument from correctness*). Аргумент правильності означає, що окремі правові норми та окремі юридичні рішення, а також правові системи в цілому мають претензію на правильність. Необхідність прийняття цієї претензії може бути продемонстровано тим, що претензія на правильність із необхідністю притаманна праву. Найкращим засобом демонстрації такої необхідності є метод перформативного

* Роберт Алексі, професор публічного права і філософії права, Університет Кіля, Німеччина, член Академії наук Геттінгена, Німеччина.

Robert Alexy, Professor of Public Law and Legal Philosophy, University of Kiel, Germany, and the Member of the Academy of Sciences in Gottingen, Germany.

** Robert Alexy, "The Ideal Dimension of Law," in *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, ed. George Duke, Deakin University, Robert P. George, Princeton University (New York: Cambridge University Press, 2017), 314–41. Переклад з англійської Сергія Максимова.

протиріччя.¹ Прикладом перформативного протиріччя є фіктивна перша стаття конституції, яка стверджує:

X – суверенна, федеративна та несправедлива республіка.

Навряд чи можна заперечувати, що ця стаття є певною мірою абсурдною. Ідея, що лежить в основі методу перформативного протиріччя, полягає в поясненні абсурду як наслідку протиріччя між тим, що неявно стверджується при формуванні конституції – а саме справедливість, і тим, що прямо заявляється – а саме несправедливість. Тут справедливість вважається особливим випадком правильності, адже справедливість – це не що інше, як правильність розподілу та компенсації.² Отже, протиріччя в нашому прикладі є не лише протиріччям стосовно дихотомії справедливого та несправедливого, але також протиріччям щодо дихотомії правильного та неправильного. Більше того, у наведеному прикладі фіктивної першої статті конституції виникле протиріччя є протиріччям між явною, або жорсткою (*explicit*), і неявною, або м'якою (*implicit*), необхідністю. Цього можна було б уникнути, якщо відмовитися від неявної (м'якої) претензії. Але зробити це означало б перейти від правової системи до системи суто владних відносин, іншими словами, до чогось, що взагалі не є правовою системою.³

Проти аргументу правильності було висловлено багато заперечень і запропоновано багато відповідей.⁴ Ці суперечки не будуть розглядатися тут детально. Тут буде розглянутий лише один аргумент, нещодавно висунутий Джоном Фіннісом проти тези про те, що претензія на правильність із необхідністю висувається в праві (це може бути названо тезою необхідності).

У Постскрипті до «Природного права та природних прав» («*Natural Law and Natural Rights*») Фінніс стверджує, що «можливо, що деякі правові системи

¹ Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (first pub. 1992), trans. S. L. Paulson and B. Litschewski Paulson (Oxford: Clarendon Press, 2002), 35–39.

² Robert Alexy, “Giustizia come Correttezza,” *Ratio Pratica* 9 (1997): 105.

³ Robert Alexy, “Law and Correctness,” *Current Legal Problems* 51 (1998): 205–21 та Alexy, *The Argument from Injustice*, 32–35.

⁴ Див., наприклад: Eugenio Bulygin, “Alexy und das Richtigkeitsargument,” in *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, eds. A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright, and D. Wyduckel (Berlin: Duncker & Humblot, 1993), 19–24; Robert Alexy, “Bulygin’s Kritik des Richtigkeitsarguments,” in *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourron and Eugenio Bulygin*, eds. E. Garzon Valdes, W. Krawietz, G. H. von Wright, and R. Zimmerling (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), 235–50; Eugenio Bulygin, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality,” *Ratio Juris* 13 (2000): 133–37; Robert Alexy, “On the Thesis of a Necessary Connection Between Law and Morality: Bulygin’s Critique,” *Ratio Juris* 13 (2000): 138–47; Eugenio Bulygin, “Alexy Between Positivism and Non-positivism,” in *Neutrality and Theory of Law*, eds. J. Ferrer Beltran, J. J. Moreso, and D. M. Papayannis (Dordrecht: Springer, 2013): 49–59; Robert Alexy, “Between Positivism and Non-Positivism? The Third Reply to Eugenio Bulygin,” in *Neutrality and Theory of Law*, eds. J. Ferrer Beltran, J. J. Moreso, and D. M. Papayannis (Dordrecht: Springer, 2013): 225–38.

утримуються від претензії бути морально обов'язковими».⁵ Якщо «правильний» замінюється на «морально обов'язковий», це явне заперечення тези необхідності. Я критикував цю позицію в 2013 р.⁶ У своїй відповіді Фінніс висуває «конкуруючий аргумент», який він уже викладав у своїх «Рефлексіях і відповідях» («*Reflections and Responses*»)⁷. Він виглядає таким чином:

Здається, цілком можливо для режиму проголосити:

Наше право, яке задовольняє всім (скажімо) критеріям Харта (первинні правила, що обмежують насильство, крадіжки та шахрайство, вторинні правила визнання, зміни та винесення рішення тощо), установлює юридичні обов'язки та надає юридичні права, які не мають нічого спільного з моральними правами. Наше право накладає юридичні обов'язки, які не є моральними обов'язками і не мають нічого спільного із справедливістю в моральному сенсі тощо, а натомість є структурою впорядкованої влади, призначеною для досягнення наших групових цілей. Ми як режим будемо нещадно насаджувати це право.⁸

У цьому проголошенні двічі використовується речення «не мають нічого спільного з...». Як це розуміти? Першим тлумаченням може бути, що право, на яке посилається проголошення, не впливає на моральні права чи справедливість у моральному сенсі. Воно не впливало б, якби воно не могло ні порушити моральні права чи справедливість, ні захистити їх. Фінніс пов'язує це проголошення зі «злими та експлуаторськими режимами», і немає сумнівів, що злі та експлуаторські режими можуть порушувати моральні права та справедливість.⁹ Таким чином, існує негативний вплив. Але тут є і позитивний вплив. Проголошення посилається на слова «правила, що обмежують насильство, крадіжки та шахрайство» до вимог, які також охоплюються мораллю. Тому пункт «не мають нічого спільного» не можна розуміти як такий, що унеможливає контакт між цим правом і мораллю. З цієї причини можливе лише друге тлумачення: що відповідний закон байдужий до питання, чи порушуються моральні права чи справедливість, у якій би мірі це б не відбувалося. Це виражало б девіз на зразок: Правильне чи неправильне, але це – «наше право» (*Right or wrong, '[o]ur law'*)!¹⁰

Однак ця навмисна моральна індиферентність не означає, що жодна претензія на правильність не висувається. У проголошенні «наше право» характеризується як «структура впорядкованої влади, призначена для досягнення наших групових

⁵ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2011), 432 n. 13.

⁶ Robert Alexy, "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis," *The American Journal of Jurisprudence* 58 (2013): 100–01.

⁷ John Finnis, "Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"," *The American Journal of Jurisprudence* 59 (2014): 91 та John Finnis, "Reflections and Responses," in *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*, eds. John Keown and Robert P. George (Oxford: Oxford University Press, 2013), 538.

⁸ Finnis, "Law as Fact," 91–92.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid, 91.

цілей».¹¹ Це наближається до зустрічного прикладу, наведеного Джозефом Разом у його критиці аргументу правильності. Раз стверджує, що аргумент правильності – «це концептуальна теза не конкретно про право (хоча це стосується і права), а про характер цілей, умисних дій та їх результатів».¹² Відповідно, претензія на правильність є не чим іншим, як загальною претензією на доречність, пов'язаною з усіма навмисними діями. Як така вона застосовується, на відміну від того, що я сказав у «Аргументі несправедливості», навіть до дій системи злочинців (*bandits*).¹³ Раз згадує «самозбагачення» як можливий стандарт доречності дії злочинців.¹⁴ «Самозбагачення», здається, належить до тієї самої категорії, що і «призначена для досягнення наших групових цілей» у проголошенні Фінніса, а саме – максимізації корисності для певної групи.¹⁵ Таким чином, ми приходимо до проміжного результату, який полягає в тому, що «наше право» висуває претензію на правильність, яка посилається на групові або конкретні цілі як критерії правильності.

Але на цьому історія ще не закінчена. Можна поставити під сумнів, що групові цілі є адекватними як критерії правильності у праві. Право по суті стосується питань розподілу та компенсації. Однак, як уже зазначалося, питання правильного розподілу та компенсації є питаннями справедливості. Проте для авторів проголошення, запропонованого Фіннісом, а саме «ми як режим» (*'[w]e as regime'*), є один вихід.¹⁶ Вони можуть явно відмовитися від претензії на правильність. Для цього вони можуть змінити характеристику свого права як «структуру впорядкованої влади, призначеної для досягнення наших групових цілей», на «неправильну структуру впорядкованої влади, призначеної для досягнення наших групових цілей».¹⁷ Однак, якщо це буде запропоновано серйозно і не як жарт, це поставило би проголошення в царину абсурду, поруч із фіктивною першою статтею, згаданою вище. Звичайно, претензію на правильність можна порушити, і вона ніде повністю не виконується. Однак вона піднімається так само необхідно в праві, як і претензія на істину в науці.¹⁸

II. Концептуальний аналіз і концептуальні необхідності

Фінніс пов'язує свій аргумент про те, що претензія на правильність не необхідно висувається в праві, із методологічним запереченням, що складається з двох частин: аргументу марності й аргументу неповноцінності.

¹¹ Finnis, "Law as Fact," 91–92.

¹² Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism," in *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos (Oxford: Hart Publishing, 2007), 28.

¹³ Alexy, *The Argument from Injustice*, 33.

¹⁴ Raz, "The Argument from Justice", 27.

¹⁵ Finnis, "Law as Fact," 92.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Robert Alexy, "An Answer to Joseph Raz," in *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos (Oxford: Hart Publishing, 2007), 49.

1. Аргумент марності

Аргумент марності виражається таким чином:

Я не думаю, що концептуальний аналіз дає суттєво корисні плоди в юридичній, політичній та моральній філософії. Зокрема, дискусії про те, що концептуально можливо чи неможливо, або ж те, що є або що не є концептуально необхідним, практично завжди є марними.¹⁹

Це можна протиставити тезі, що питання про те, чи існує необхідний зв'язок між реальним та ідеальним вимірами права, тобто між правом та мораллю, є надзвичайно важливим для нашого розуміння права. Безумовно, тезу про те, що існує необхідний зв'язок між правом і мораллю, можна інтерпретувати в такий спосіб, що вона має незначний інтерес, тому, будучи інтерпретованою в такий спосіб, вона може бути прийнята як позитивістами, так і непозитивістами.²⁰ Але коли її трансформують у більш точну версію, у якій стверджується, що існує необхідний зв'язок між юридичною чинністю (*legal validity*) або правовою правильністю, з одного боку, та моральною правильністю та неправильністю – з іншого, стає зрозумілим, що поняття необхідності, неможливості і можливості є незамінними, якщо потрібно скласти точну і систематичну картину зв'язку між жорстким (*exclusive*) позитивізмом, м'яким (*inclusive*) позитивізмом і непозитивізмом.²¹

Це можна продемонструвати за допомогою «тріади необхідності».²² У позитивізмі розмежування між жорстким і м'яким позитивізмом є найважливішим поділом, коли йдеться про співвідношення права та моралі. Жорсткий позитивізм, найбільшим прихильником якого виступає Джозеф Раз, стверджує, що мораль із необхідністю виключається з поняття права.²³ Якщо прийняти «I» як «право включає мораль» (від англ. *include* – включати), жорсткий позитивізм може бути виражений, використовуючи оператор «□» та заперечення «¬», як:

$$\square \neg I. \quad (1)$$

Жорсткому позитивізму протиставляється непозитивізм, який стверджує, що мораль необхідно включається в поняття права. Це можна виразити таким чином:

$$\square I. \quad (2)$$

Нарешті, м'який позитивізм, представником якого, наприклад, є Джулз Кольман (*Jules Coleman*), розглядається як відмова як від жорсткого позитивізму, так і від непозитивізму. Підхід ґрунтується на тому, що мораль не необхідно виключається

¹⁹ Finnis, "Law as Fact," 90.

²⁰ Joseph Raz, "About Morality and the Nature of Law," *The American Journal of Jurisprudence* 48 (2003): 3; Raz, "The Argument from Justice," 21; Alexy, "An Answer to Joseph Raz," 43–45; Robert Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," *Ratio Juris* 21 (2008): 285.

²¹ Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," 285 n. 4.

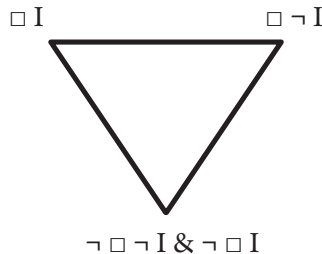
²² Robert Alexy, "Law, Morality, and the Existence of Human Rights," *Ratio Juris* 25 (2012): 4.

²³ Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2009), 47.

і не необхідно включається. Включення, як і виключення, оголошується умовною або конвенційною справою, залежною від того, що фактично вказано в позитивному праві.²⁴ Це можна виразити наступним чином:

$$\neg \square \neg I \ \& \ \neg \square I. \quad (3)$$

Ці три позиції знаходяться у відношенні протилежності, оскільки кожна з трьох виключає інші, не виходячи із заперечення будь-якої з інших. Усе це можна виразити за допомогою тріади необхідності. Усе це вичерпує логічний простір проблеми позитивізму, що стосується необхідності включення моралі в поняття права або її виключення із поняття права:



Безумовно, цей аналіз як такий не вирішує жодної нормативної проблеми. Але це посилює аналітичну ясність загалом, «процес практичної рефлексії», який Фінніс ставить у певну опозицію концептуальному аналізу та пошуку необхідностей.²⁵ Але питання не може виникати стосовно вибору: концептуальний аналіз або практична рефлексія. Вони повинні бути пов'язані між собою, і ступінь досконалості концептуального аналізу матиме значний вплив на ступінь досконалості практичного дискурсу чи рефлексії. Цього достатньо, щоб відкинути докір безплідності.

2. Аргумент неповноцінності

Друге методологічне заперечення, аргумент неповноцінності, починається з такої тези:

Концептуально-аналітичні аргументи регулярно стають... неприємним змаганням між суперницькими інтуїціями щодо понять, які вже мають бути цілком і справедливо встановленими, та між більш-менш уявними сценаріями, які нібито ілюструють межі цих усталених понять.²⁶

На цей неправильний підхід, який мені приписують, Фінніс дає правильну відповідь. Вона зосереджена

²⁴ Jules Coleman, *The Practice of Principle* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 108.

²⁵ Finnis, "Law as Fact," 90.

²⁶ Ibid, 93.

на питаннях реальності та цінності, які реально поставлені на карту і реально цікавлять. Набагато більш плідними є роздуми й аргументи щодо *центральных* питань, які виникають, коли розглядаються основні людські реалії та основні форми внутрішнього добробуту та злиденності – іншими словами, характерних людських *потреб* – і видів вибору (і, отже, видів практики та інститутів), що дозволяють розумно реагувати на ці потреби.²⁷

У своєму описі неправильного шляху Фінніс дорікає аналітико-концептуальним аргументам, починаючи з «інтуїції щодо понять, які, як передбачається, уже були повністю і правильно встановлені». Це не є істиною. Безумовно, концептуальні аргументи починаються з аналізу фактичного використання мови. Але аналіз використання мови є, як влучно зауважив Дж. Л. Остін, безумовно, «не останнім словом», але він дає вихідну точку для аналізу, або – як говорить Остін – «перше слово», перше слово, що «скрізь може бути доповнене, удосконалене і змінене».²⁸ Тому опис Фіннісом концептуальних аргументів, що починаються з «понять, які вже мають бути повністю і правильно встановлені», не відповідає дійсності. Друга ідея Фінніса стосується використання «більш-менш уявних сценаріїв» як аналітичних інструментів. Якби аналітично орієнтована дискусія щодо поняття права обмежилася протистоянням фактичному використанню мови з більш-менш уявними сценаріями, це справді було б поганою дискусією. Але такого обмеження в ньому немає. Я завжди наголошував на тому, що концептуальні аргументи повинні бути пов'язані з нормативними аргументами, щоб відповісти на суттєві запитання, що стосуються поняття та чинності права – як, наприклад, питання про те, чи може крайня несправедливість бути правом.²⁹

Основою моделі аналітико-концептуальної аргументації є поняття дуальної природи понять. Поняття – це, з одного боку, соціальні конвенції про значення слів, установлені вживанням мови. Це їх реальний вимір. Але, з іншого боку, вони є соціальними конвенціями, які висувають претензію на правильність. Це їх ідеальний вимір. Говорячи словами Канта, цей ідеальний вимір вимагає, щоб поняття були «адекватними об'єкту».³⁰ Поняття права стосується не природних понять, таких як поняття води, чорних дір і вбивства, а неприродних понять у формі їх соціального різновиду.³¹ Аргумент правильності як аналітико-концептуальний аргумент вимагає наведення нормативних або практичних аргументів для встановлення адекватності поняття права як поняття соціального різновиду, нормативних аргументів, що базуються на ідеї досягнення найкращої соціальної практики у світлі її функцій або

²⁷ Finnis, "Law as Fact," 93.

²⁸ John Langshaw Austin, "A Plea for Excuses," in *Philosophical Papers*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 1970), 185.

²⁹ Alexy, *The Argument from Injustice*, 20–23, 40, 42–43, 62.

³⁰ Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason*, trans. W. S. Pluhar and P. Kitcher (Indianapolis: Hackett Publishing, 1996), 756.

³¹ Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," 284.

завдань.³² Ці аргументи включають «питання реальності та цінності, які насправді поставлені на карту», а також «людські потреби», яких не вистачає Фіннісу в моєму підході.³³

Фінніс додає аргумент, що моя концепція «доцільного або адекватного [*zweckmäßige oder adäquate*] формування поняття, що обґрунтовується нормативними аргументами», стосується

не стільки моральної потреби у праві та не стільки відповідних фундаментальних або основних ознак права, а скоріше того, доцільним чи недоцільним є встановлення межі між юридично чинним (*valid*) та юридично нечинним (*invalid*), посилаючись на несправедливість або принаймні серйозну або нестерпну несправедливість.³⁴

Це звучить так, ніби моя теорія права була зосереджена лише або в основному на одній тезі – тезі, яку Фінніс кваліфікує як «підпорядковану теорему», а саме формулу Радбруха, яка в найкоротшій формі стверджує, що крайня несправедливість не є правом.³⁵ Формула Радбруха є важливим лакмусовим папірцем щодо відповіді на питання, чи є теорія права позитивістською чи непозитивістською. Але це далеко не єдиний елемент ідеального виміру права. Це стосується «виняткової ситуації, такої як закон, який є до крайньої міри несправедливим».³⁶ Не тільки в праві екстремальні ситуації пропонують можливість отримати уявлення, недоступні у звичайних ситуаціях. Якою була б фізика без екстремальних ситуацій? Але я маю на увазі не лише екстремальні ситуації. В «Аргументі несправедливості» («*The Argument from Injustice*») я аналізую перспективу учасника в три кроки. Я починаю з аргументу правильності (*argument from correctness*), що є основою інших аргументів.³⁷

Потім я продовжую аргументом несправедливості (*argument from injustice*), який зосереджується, справді, на винятковій ситуації крайньої несправедливості.³⁸ Нарешті, я пропоную аргумент принципів, який стосується «ідеального виміру» в «повсякденному житті права».³⁹ Тут центральний аргумент стосується зв'язку між претензією на правильність, принципами та юридичною аргументацією.

³² Robert Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law," in *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, eds. L. H. Meyer, S. L. Paulson, and T. W. Pogge (Oxford: Oxford University Press, 2003), 7.

³³ Finnis, "Law as Fact," 93.

³⁴ Alexy, *The Argument from Injustice*, 22.

³⁵ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 428 та Robert Alexy, "A Defence of Radbruch's Formula," in *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8th ed., ed. M. D. A. Freeman (London: Sweet Et Maxwell and Thomson Reuters, 2008), 428.

³⁶ Alexy, *The Argument from Injustice*, 68.

³⁷ *Ibid*, 35–39.

³⁸ *Ibid*, 40–68.

³⁹ *Ibid*, 68–81.

III. Необхідність реального виміру права

Більш пильний аналіз ідеального виміру права передбачає аналіз реального виміру. Тут знову ж таки поняття необхідності є центральним. Відправною точкою є ідея чистої ідеальності. Суто ідеальною системою підстав до дії була б система, заснована ні на чому іншому, як на моральній і розсудливій рефлексії, раціональному практичному дискурсі та спонтанній відповідності результатам рефлексії та дискурсу просто завдяки їх правильності. Така система була б неповною з трьох причин.⁴⁰ По-перше, існує проблема практичного знання.⁴¹ Існує дуже багато практичних питань, щодо яких неможливо досягти згоди навіть між розумними людьми. Це робить необхідними законодавчо регламентовані процедури, процедури, що гарантують прийняття рішення, яке визначає, що є право. Це передбачає необхідність належного (авторитетного) встановлення як соціального факту. По-друге, недостатньо спонтанного дотримання. Якби кожен міг порушити авторитетно встановлені правила без будь-якого ризику, правила втратили б свою соціальну дієвість. Отже, їх застосування є необхідним. Ця необхідність включає примус, його вплетення в поняття права поряд із правильністю.⁴² Визначення та примусове застосування мають бути завершені з третьої причини. Численні потреби та цілі не можуть бути задоволені лише спонтанними діями. Необхідна організація, і організація передбачає право. З цих трьох причин дефіцит ідеального виміру, якщо розглядати його як суто ідеальну систему підстав для дії, приводить до необхідності позитивного права, тобто до необхідності реального виміру. Однак ця необхідність не випливає з позитивного права. Це випливає з моральної вимоги уникати витрат на анархію та громадянську війну і досягнення переваг соціальної координації та співпраці.

IV. Концептуальна основа

1. Правильність першого і другого порядку

Можна припустити, що необхідність позитивності передбачає позитивізм. Однак це було б несумісним із твердженням про правильність. Безперечно, моральна необхідність позитивності передбачає правильність позитивності. Але правильність позитивності жодним чином не означає, що позитивність слід розуміти як таку, що має винятковий характер. Надати позитивності виняткового характеру означало б не врахувати той факт, що претензія на субстантивну (змістову) правильність – насамперед претензія на справедливість – не зникає, як тільки право набуває інституціоналізації. Вона лишається живою, стоїть позаду і знаходиться в праві, і це головне завдання теорії ідеального виміру права, щоб зробити її явною (*explicit*). Для цього потрібно виділити

⁴⁰ Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law," 8.

⁴¹ Robert Alexy, "The Dual Nature of Law," *Ratio Juris* 23 (2010): 172–73.

⁴² Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law," 6–9.

два етапи або рівні правильності: правильність першого порядку і правильність другого порядку. Правильність першого порядку стосується лише ідеального виміру. Вона стосується справедливості як такої. Правильність другого порядку є більш загальною. Вона стосується як ідеального, так і реального виміру права. Це означає, що вона стосується як справедливості, так і правової визначеності. Однак правова визначеність може бути досягнута лише завдяки позитивності, тобто встановленням, примусовим виконанням та організацією. Таким чином, претензія на правильність як вимога другого порядку необхідно пов'язує право як із принципом справедливості, так і з принципом правової визначеності.

Принцип правової визначеності є формальним принципом. Він вимагає прихильності до того, що є авторитетно встановленим і соціально дієвим. Принцип справедливості – це перш за все матеріальний або змістовий (*substantive*) принцип. Він вимагає, щоб рішення було морально правильним. Обидва принципи, як принципи загалом, можуть перетинатися, і вони часто це роблять.⁴³ Жоден із них ніколи не може повністю витіснити іншого. Навпаки, дуальна природа права вимагає, щоб вони розглядалися у правильній пропорції між собою. Отже, правильність другого порядку – це питання балансування. Це свідчить про те, що балансування має відігравати роль не лише у створенні та застосуванні права, тобто в юридичній практиці, але і в самій основі права. Це – частина природи права.

Різниця між правильністю першого і другого порядків необхідна для того, щоб визначити співвідношення між реальним та ідеальним виміром, але для досягнення цього недостатньо просто розмежувати ці дві категорії. Для того щоб визначити зв'язок між ними, це розмежування повинно бути пов'язане з трьома подальшими: по-перше, розмежуванням між перспективою спостерігача й учасника; по-друге, розмежуванням між перспективами та вимірами і, по-третє, розмежуванням між класифікуючими та кваліфікуючими зв'язками.

2. Спостерігач та учасник

Різниця між перспективою спостерігача й учасника полягає в такому. Спостерігач ставить запитання і наводить аргументи від імені позиції, яка відображає, як насправді вирішуються юридичні питання в цій правовій системі, тоді як учасник задає питання та наводить аргументи з точки зору того, що, на його думку, є правильною відповіддю на юридичне питання у правовій системі, у якій він опинився. Перспектива спостерігача визначається запитанням: «Як насправді приймаються юридичні рішення?»; а учасника – «Що є правильною юридичною відповіддю?»

Ці два запитання вимагають різного роду аргументів. Спостерігач обмежується аргументами, заснованими на фактах, тоді як учасник, скажімо, суддя, повинен наводити поряд з аргументами, що базуються на фактах, нормативні аргументи, які

⁴³ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (first publ. 1985), trans. J. Rivers (Oxford: Oxford University Press, 2002), 44–110.

не ґрунтуються на фактах. Це стосується всіх справ, які через «відкриту структуру» («*open texture*») права не можуть бути вирішені лише на основі аргументів, що базуються на фактах.⁴⁴ Ці нормативні аргументи можна класифікувати як моральні аргументи щодо того, яким повинне бути право. Однак це не означає, що міркування спостерігача

не може містити міркувань щодо того, що учасники, щодо яких він веде спостереження, вважають за належне право. Такі міркування щодо того, що люди вважають за належне право, є «непрямими» або міркуваннями «третьої особи», досить відрізняються від прямих або особистих міркувань учасника.⁴⁵

Фінніс охарактеризував цю концепцію точки зору спостерігача настільки «м'якою» («*inclusive*»), що наближається до думки Харта про те, що позитивістський метод дозволяє побачити і

зрозуміти все, чим *реально* є право, – весь «реальний вимір» права, у *тому числі* перспективу учасника.⁴⁶

Таким чином, Фінніс стверджує, що позитивіст має можливість оголосити зайвою перспективу учасника, яка відрізняється від перспективи спостерігача, за допомогою свого специфічного відношення до ідеального виміру, де перспектива учасника передбачає необхідний зв'язок між правом і мораллю. Але це не так. Існує принципова різниця між непрямими міркуваннями спостерігача від третьої особи щодо учасників та прямими міркуваннями від першої особи самого учасника. Наведемо приклад. Розглянемо суд, який повинен вирішити справу, стосовно якої існує лише один прецедент. Прецедент включає в себе голоси «проти», і судді обговорюють: чи повинні вони у своєму новому рішенні дотримуватися подібного прецеденту. Для того щоб вирішити цю справу, вони повинні відповісти на запитання: чи є думка попередньої більшості, тобто думка тих, хто проголосував проти, правильною? Ця відповідь вимагає нормативних аргументів, спрямованих на питання правильного юридичного рішення. Позиція спостерігача зовсім інша. Якщо він є майстром у своїй справі, він може безпомилково пояснити колишнє рішення і, що не менш чудово, може винести нове. Але він не може сказати, яке зараз рішення буде правильним, не переходячи від перспективи спостерігача до перспективи учасника. Це означає, що, по-перше, необхідно відрізнити перспективу спостерігача від перспективи учасника, а по-друге, пов'язати перспективу учасника з ідеальним виміром.⁴⁷

⁴⁴ Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 2012), 128.

⁴⁵ Robert Alexy, "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis," *The American Journal of Jurisprudence* 58 (2013): 103–04.

⁴⁶ Finnis, "Law as Fact," 89.

⁴⁷ Є один виняток, який пов'язує навіть перспективу спостерігача з ідеальним виміром. Це стосується претензії на правильність. Система соціальних правил, яка не викликає претензій на правильність, не є правовою системою. Ця концептуальна істина стосується, по-перше, ідеального

3. Перспективи та виміри

Фінніс вважає ідеї дуальної природи і дуальних вимірів «невловимими» (*'elusive'*).⁴⁸ Розгляд таких речей, як формула Радбруха, «з точки зору “реального” та “ідеального” “вимірів права”» є, як кажуть, «марним». ⁴⁹ Моє зосередження на різниці між перспективою спостерігача й учасника в «Аргументі несправедливості» (1992/2002), продовжує Фінніс, було «більш ясним». ⁵⁰

Ідеї реального й ідеального виміру, вже присутні в «Аргументі несправедливості», поєднуються, з одного боку, у складний клас елементів, на які спостерігач повинен посилатися, коли він описує право, а з іншого – ще більш складний клас елементів, на які учасник повинен посилатися, щоб дійти до правильного рішення чи судження. ⁵¹ Без цих двох класів елементів указані дві перспективи неможливо адекватно зрозуміти. З цієї причини не існує питання про альтернативи, коли йдеться про перспективи та виміри, як припускає Фінніс. ⁵² Радше, це питання полягає в поясненні. Два виміри необхідні для пояснення двох перспектив. Отже, якщо, згідно з Фіннісом, ідея вимірів є невловимою, ідея перспектив теж має бути невловимою.

4. Класифікаційні та кваліфікаційні зв'язки

Ми з Фіннісом погоджуємося в тому, що перспектива учасника є центральною. ⁵³ Причина цього полягає в тому, що правові системи можливі без безпосередніх (*naked*) або одиноких спостерігачів, але неможливі без учасників. З цієї причини перспектива учасника є справжнім полем дискусії між позитивізмом та неопозитивізмом. Сам факт того, що позитивістська теза розмежування (*positivist's separation thesis*) є по суті правильною з точки зору спостерігача, не каже нам нічого з боку самої позитивістської тези розмежування. ⁵⁴

Відповідь на питання про те, як слід визначати зв'язок між правом і мораллю або між реальним та ідеальним виміром із перспективи учасника, є неможливою

виміру, а по-друге, неминуча навіть для того, хто кваліфікується виключно як спостерігач. Див.: Alexy, "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis," 104.

⁴⁸ Finnis, "Law as Fact," 86.

⁴⁹ Ibid, 101.

⁵⁰ Ibid, 87.

⁵¹ Alexy, *The Argument from Injustice*, 81, 128, 130.

⁵² Фінніс іноді говорить про «подвійне життя» права; див.: Finnis, "Law as Fact," 95–96. Можливо, це можна трактувати як відхід від альтернатив перспектив і вимірів у напрямі тези про подвійну природу, яка, знову ж таки, включає ідею двох вимірів.

⁵³ Finnis, "Law as Fact," 102.

⁵⁴ Alexy, *The Argument from Injustice*, 31, 35. Раз стверджував, що не існує різниці між перспективою спостерігача й учасника (Raz, "The Argument from Justice," 22–25). Якби це було правдою, ми були б дуже близькі до істини позитивізму. Але це неправда; див.: Alexy, "An Answer to Joseph Raz," 45–48.

без розмежування класифікаційних і кваліфікаційних зв'язків і розмежування права та моралі. Ефектом класифікаційного зв'язку є втрата юридичної чинності. На відміну від цього наслідком кваліфікаційного зв'язку є юридична дефектність або неправильність, що, однак, не виключає юридичної чинності.⁵⁵ Вирішальним моментом тут є те, що ефект моральної дефектності або неправильності тягне за собою *юридичну* дефектність або неправильність. Те, що морально дефектні закони є морально дефектними, є тривіальною істиною. Позитивіст без проблем погодиться з цим. Але те, що ці закони, крім цього, також є юридично дефектними, є не тільки нетривіальним твердженням, а й таким, що дійсно має велике значення для співвідношення між реальним та ідеальним виміром права, і це так не лише з теоретичних міркувань, але також із причин, практичних за природою. Якби дефект був просто моральним, було б важко пояснити, чому вищий суд, незалежно від того, що сказано в позитивному праві, має юридичну силу скасувати несправедливе рішення нижчого суду у справі, у якій це несправедливе рішення є настільки ж сумісним із позитивним правом, наскільки було би справедливе рішення.

Позитивістська теза розмежування стверджує, що немає необхідного зв'язку між правовою правильністю чи юридичною чинністю, з одного боку, та моральною правильністю та неправильністю – з іншого. Це означає, що позитивізм, м'який чи жорсткий, повинен заперечувати існування як необхідного класифікаційного, так і необхідного кваліфікаційного зв'язку, щоб залишатися позитивістичним. На відміну від цього оператор необхідності « \square » у « $\square I$ », який представляє у тріаді необхідності всі форми непозитивізму,⁵⁶ відноситься як до класифікаційних, так і до кваліфікаційних зв'язків.

Претензія на правильність передбачає, що всі форми непозитивізму повинні дотримуватися тези про те, що в усіх випадках існує необхідний кваліфікаційний зв'язок між правом і мораллю. Це відрізняється від класифікаційного зв'язку. Непозитивізм може визначати наслідки моральних дефектів чи неправильності для юридичної чинності трьома різноманітними способами.⁵⁷ По-перше, це може виключити всі морально дефектні або неправильні норми з класу юридично чинних норм. Цю найрадикальнішу форму непозитивізму можна назвати «жорстким непозитивізмом» (*'exclusive non-positivism'*). Класична версія цієї точки зору виражається твердженням Августина про те, що «закон, який є несправедливим, не здається мені законом».⁵⁸ Нещодавнім прикладом є теза Бейлвелда і Браунсуорда (*Beyleveld's and Brownsword's*), «що аморальні

⁵⁵ Alexy, *The Argument from Injustice*, 26.

⁵⁶ На відміну від цього жорсткий позитивізм представлений у тріаді необхідності як « $\square\neg I$ », а м'який позитивізм – як « $\neg\square\neg I$ та $\neg\square I$ ».

⁵⁷ Alexy, "Law, Morality, and the Existence of Human Rights," 4–7.

⁵⁸ Augustinus, *De libero arbitrio*, ed. J. Brachtendorf (Paderbom: Ferdinand Schoningh, 2006), 86 (I, 11): 'Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit.'

норми не є юридично чинними».⁵⁹ Якщо використовується значення «V» (від лат. *valid*) для «є чинним», це можна виразити за допомогою квантора спільності « \square »:

$$\square x \rightarrow Vx$$

Друга версія позитивізму включає всі авторитетно встановлені та соціально дієві норми, незважаючи на їхні моральні вади в класі юридично чинних норм. Це можна назвати «надм'яким позитивізмом» (*'super-inclusive non-positivism'*). Що стосується результату класифікаційного зв'язку, надм'який позитивізм еквівалентний жорсткому позитивізму. Але суттєва різниця залишається щодо кваліфікаційного виміру.⁶⁰ Теза Аквінського про те, що тиранічний закон «не є законом як таким» (*'is not law simpliciter'*)⁶¹ або, як висловлюється Фінніс, «не є правом у центральному значенні терміна “право”», а лише правом «у другорядному значенні цього терміна», тобто є дефектним правом, напевно, позначає кваліфікаційний зв'язок.⁶² Іншу версію надм'якого позитивізму, яку можна пояснити за допомогою розмежування класифікуючих та кваліфікуючих зв'язків, можна знайти в поєднанні Кантом постулату «безумовного підпорядкування» (*'Unconditional submission'*) позитивного права з ідеєю необхідного підкорення позитивного права позитивному праву.⁶³ Надм'який позитивізм може бути виражений таким чином:

$$\square xVx$$

Третя версія позитивізму – це м'який позитивізм (*'inclusive non-positivism'*). М'який позитивізм не стверджує ні того, що моральні дефекти завжди підривають юридичну чинність, ні що вони ніколи цього не роблять. Свій найвизначніший вираз

⁵⁹ Beylveveld David and Roger Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 76 n. 17.

⁶⁰ Фінніс (Finnis, “Law as Fact,” 89) посилається на віднесення «надм'якості» також на перспективу спостерігача, а разом із цим і на позитивізм, і він критикує «конотацію надлишку» (*'connotation of excess'*). Ця критика була б виправданою, якби поняття надм'якого справді могло розумно застосовуватися до точки зору спостерігача. Однак це не так. Надм'якість існує лише на стороні позитивізму, і «конотація надлишку» походить від надмірно великої ваги, яку надм'який позитивізм приписує принципу правової визначеності, на відміну від надмірно низької ваги, що приписується принципу справедливості. Результатом цього є радикальна різниця між впливом дефектів на рівень кваліфікаційного і класифікаційного зв'язку. Немає сенсу говорити про «надм'який позитивізм», оскільки позитивізм включає в поняття права за визначенням (*per definitionem*) все позитивне право. Опис права спостерігачем не включає щойно згадане балансування.

⁶¹ Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* (Turin: Edizioni Paoline, 1962), 947 (I-II, q. 92, a. 1 ad 4): *'lex tyrannica [...] non est simpliciter lex.'*

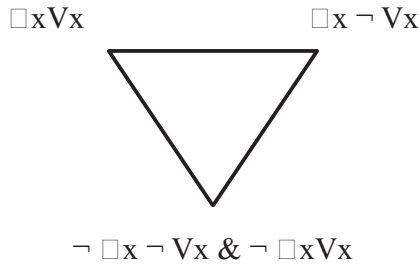
⁶² Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 364.

⁶³ Immanuel Kant, “The Metaphysics of Morals. Metaphysical First Principles of the Doctrine of Right” (first publ. 1797), in *Practical Philosophy*, trans. and ed. M. J. Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 506. Див.: Alexy, “On the Concept and the Nature of Law,” 288–90. Про можливий виняток із кантівського безумовного підпорядкування позитивному закону див.: Alexy, “The Dual Nature of Law,” 174 n. 10.

цей підхід знаходить у формулі Радбруха, яка в найбільш стислій формі виглядає таким чином: Крайня несправедливість не є правом (*Extreme injustice is no law*).⁶⁴ Відповідно до цієї формули моральні дефекти виключають юридичну чинність тоді і лише тоді, коли поріг крайньої несправедливості перетинається. Несправедливість, нижча за поріг, входить у поняття права як дефектного, але чинного закону. Це можна виразити наступним чином:

$$\neg \Box x \neg Vx \ \& \ \neg \Box x Vx$$

Усі три версії неопозитивізму представлені в тріаді необхідності « $\Box I$ ». Тепер їх можна об'єднати в другу тріаду, яка вважається експлікацією « $\Box I$ » в тріаді необхідності:



Цю тріаду можна назвати «кванторною» ('quantifier triad'). Три позиції як у кванторній тріаді, так і в тріаді необхідності стоять у взаємозв'язку протилежності, оскільки кожна виключає іншу, не виходячи з її заперечення. Із цим у наших руках знаходяться інструменти для визначення співвідношення між реальним та ідеальним виміром.

V. Співвідношення між реальним та ідеальним вимірами

Для того щоб визначити співвідношення між реальним та ідеальним вимірами права, слід відповісти на п'ять запитань. По-перше, чи існує найдальша межа права? По-друге, чи ґрунтується юридична аргументація виключно на авторитетних підставах (*authoritative reasons*) або вона також включає інші, неавторитетні підстави? По-третє, який існує зв'язок між правами людини та правовими системами? По-четверте, чи слід розуміти демократію виключно як процедуру прийняття рішень або також як форму дискурсу? По-п'яте, чи містять правові системи лише правила, що виражають реальне «належне» ('ought'), чи також принципи, що виражають ідеальне «належне»? На ці п'ять запитань слід відповісти такими п'ятьма тезами: на перше – формулою Радбруха; на друге – тезою особливого випадку (*special case thesis*); на третє – тезою про те, що конституційні права слід розуміти як спроби позитивізації прав людини;

⁶⁴ Gustav Radbruch, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law" (first publ. 1946), trans. V. Litschewski Paulson and S. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006): 7.

на четверте – деліберативною (*deliberative*) моделлю демократії; і на п'яте – теорією принципів.

Усі п'ять тез стосуються одного і того ж пункту: претензії на правильність. Тобто твердження про правильність є основною підставою всіх п'яти тез. Можливо уявити малюнок п'ятикутника, де біля кожного краю розташовані одна з тез та аргумент правильності, що, подібно сонцю, стоїть посеред них. Однак ця візуалізація – її можна назвати «п'ятикутником ідеального виміру» – може розглядатися лише як евристична модель системи інституціоналізації підстав, яка повинна бути розроблена за допомогою аргументів, що визначають зв'язок між реальним та ідеальним вимірами у п'яти напрямках.

1. Формула Радбруха

Перший напрям стосується ідеї найдалшої межі права. Найвідомішою версією тези про існування найдалшої зовнішньої межі є формула Радбруха. У найкоротшій формі, як уже зазначалося, вона виглядає таким чином:

Крайня несправедливість не є правом.⁶⁵

Формула Радбруха є вираженням правильності другого порядку. Правильність другого порядку відноситься як до реального, так і до ідеального виміру права. Основною проблемою реального виміру є правова визначеність, якої можна досягнути завдяки позитивності, тобто завдяки встановленню, примусовому виконанню та організації. На відміну від цього головним завданням ідеального виміру є змістова (*substantive*) справедливість. Таким чином, претензія на правильність із необхідністю пов'язує як принцип справедливості, так і принцип правової визначеності із правом.

Правильність другого порядку вимагає вирішення проблеми несправедливого права шляхом балансування. Співвідношення між принципами справедливості та правової визначеності, з одного боку, і формулою Радбруха – з іншого, визначається першим із двох законів, що містяться в теорії принципів, – законом конкуруючих принципів. Закон конкуруючих принципів говорить у його менш технічному формулюванні, що

обставини, за яких один принцип має перевагу над іншим, є умовами *правила*, яке має ті самі юридичні наслідки, що й пріоритетний принцип.⁶⁶

Формула Радбруха – це не що інше, як правило, про яке говорить цей закон. Умовами цього правила є обставини, за яких принцип справедливості має перевагу над принципом правової визначеності, а саме крайньої несправедливості. Його юридичні наслідки – це наслідки, яких вимагав би пріоритетний принцип, принцип справедливості, якби він брався окремо, а саме – відсутність юридичної чинності

⁶⁵ Alexy, "A Defence of Radbruch's Formula," 428.

⁶⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 54; новий акцент.

із самого початку. Картина змінюється нижче порогу крайньої несправедливості. За цих обставин принцип правової визначеності має перевагу над принципом справедливості. Виникає нове правило. У ньому зазначається, що несправедливість, нижча за поріг крайньої несправедливості, не виключає юридичної чинності.⁶⁷

Формула Радбруха репрезентує м'який позитивізм. Дві інші форми позитивізму також можна реконструювати у світлі закону конкуруючих принципів. Жорсткий позитивізм надає перевагу справедливості над правовою визначеністю за будь-яких обставин, а надм'який позитивізм надає перевагу правовій визначеності над справедливістю знову-таки за будь-яких обставин. Тобто ці обидва підходи встановлюють абстрактне або абсолютне відношення пріоритету на відміну від умовного відношення пріоритету, установленого м'яким позитивізмом.⁶⁸ Такі абстрактні або абсолютні відносини переваг, однак, висловлюють упередження на користь або ідеального, або реального виміру права, обидва з яких несумісні з правильністю другого порядку.⁶⁹ З цієї причини претензія права на правильність вимагає м'якого позитивізму, вираженого формулою Радбруха й обґрунтованого балансуванням.

Фінніс висловив два заперечення проти такого підходу до балансування. У першому зазначається, що

він плутає *Реальне* та *Належне*, щоб асимілювати (як це робить Алексі) реальний вимір з «принципом правової визначеності» в протиріччі з «принципом справедливості». Якщо один принцип протирічить іншому, вони знаходяться в одній площині або царині, що в термінології Алексі є «ідеальною».⁷⁰

Проблема тут впливає з терміна «асимілювати». Якби я ототожнював принцип правової визначеності з реальним виміром, Фінніс мав би рацію. Але я їх не ототожнюю. Реальний вимір складається із права як факту. На відміну від цього принцип правової визначеності є умовою, яка вимагає авторитетного встановлення та соціальної дієвості. Це означає, що реальний вимір є предметом принципу правової визначеності, який вимагає, як норма, якомога серйознішого ставлення до цього предмета. Принцип правової визначеності і принцип справедливості вимагають правильності другого порядку, і вони обидва – як принципи і як норми – засновуються на нормативному рівні. Таким чином, виключається плутанина «реального» і «належного».

Друге заперечення проти підходу до балансування, у якому стверджується, що

думка про те, що можна розумно порівняти такі несумірності, як «ідеальний» та «реальний / фактичний» «виміри», є помилковою.⁷¹

⁶⁷ Більше стосовно технічного аналізу див.: Robert Alexy, "Legal Certainty and Correctness," *Ratio Juris* 28 (2015): 445.

⁶⁸ Див. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 52–53.

⁶⁹ Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," 290.

⁷⁰ Finnis, "Law as Fact," 101.

⁷¹ Ibid, 108.

Тут зважування або балансування відбувається між принципом правової визначеності та принципом справедливості. Другий закон теорії принципів, закон балансування (*law of balancing*), показує, наскільки можливим є розумне балансування між цими двома принципами. Цей закон балансування звучить так:

Чим більший ступінь незадоволення чи шкоди одному принципу, тим більшим повинен бути ступінь задоволення іншого.⁷²

Згідно із законом балансування слід визначити, з одного боку, наскільки значним є незадоволення або втручання в принцип правової визначеності, а з іншого – наскільки велике значення має задоволення принципу справедливості. Прикладом є рішення стосовно банківського вкладу Генеральної комісії Федерального суду Німеччини із цивільних питань (*Master Panel of the German Federal Court of Justice for Civil Matters*). Це рішення стосується питання, чи втратила єврейська жінка, яка емігрувала, на підставі Розділу 3 Постанови № 11 від 25 листопада 1941 р. (*Section 3 of the Eleventh Ordinance, November 25, 1941*), виданої відповідно до Закону про громадянство Рейху (*Statute on Reich Citizenship*), свою претензію щодо цінних паперів, залишених у банківському депозиті німецького банку. Генеральна комісія оголосила Розділ 3 Постанови № 11, який передбачав передачу такого майна Рейху, «нікчемним із самого початку» (*'void from the outset'*)⁷³, і це може бути реконструйоване як раціональне балансування. Несправедливість була крайньою. Оскільки, згідно з формулою Радбруха, лише крайня несправедливість, а не кожен прояв несправедливості, призводить до втрати чинності, то втручання в принцип правової визначеності можна охарактеризувати як відносно незначне. На відміну від цього втручання в принцип справедливості було б дуже серйозним, якби єврейська жінка, депортована з причин «расового» характеру, не мала би можливості повернути своє майно. Тому закон балансу вимагає, щоби справа вирішувалася відповідно до правила: крайня несправедливість не є правом. Для того щоб заперечити раціональність балансування в цьому випадку, потрібно було б оскаржити класифікацію втручань у один із двох принципів, тобто класифікацію втручання в принцип справедливості як досить серйозне, і класифікацію з принципом юридичної визначеності як лише легкого чи середнього. Здається, неможливо буде заперечити це за допомогою раціональних аргументів. Це означає, що співмірність встановлюється раціональним дискурсом.⁷⁴

⁷² Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 102. Цей закон балансування можна розвинути далі за допомогою формули зважування (*weight formula*), але це уточнення не є необхідним у цьому контексті. Див.: Robert Alexy, "The Weight Formula," in *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, eds. J. Stelmach, B. Brozek, and W. Zaluski (Cracow: Jagiellonian University Press, 2007), 25.

⁷³ BGHZ 16 (1955), 350, at 354 (переклад англійською Роберта Алексі).

⁷⁴ Alexy, "The Weight Formula," 18.

Заперечення Фінніса проти, як він стверджує, плутанини з «реальним» і «належним», а також його заперечення щодо несумірності стосуються обґрунтування формули Радбруха шляхом балансування і в цьому сенсі є непрямими запереченнями. До цих непрямих заперечень він додає два заперечення, які стосуються безпосередньо формули Радбруха. Перше стосується практики, друге – теорії формули Радбруха. Заперечення практики класифікує формулу як «спрощену», «дещо зроблену на швидку руку» і не більше, ніж «емпіричне правило».⁷⁵ Формула «надто спрощує питання, пропонуючи занадто короткий шлях через ліс».⁷⁶ Контрмодель Фінніса виглядає таким чином:

Думаю, краще виходити з припущення, що моральні наслідки значної несправедливості при винесенні або запровадженні передбачуваних і внутрішньосистемних (intrasystematically) чинних правових норм повинні бути оцінені з урахуванням усіх міркувань справедливості, що впливають на ситуацію, за якої питання про застосування норми (теперішньої чи минулої) постає до розгляду.⁷⁷

Вражає те, що Фінніс посилається тут на «значну несправедливість», а не на «крайню несправедливість», як це зазначено у формулі Радбруха, і що він ставить питання не про юридичні наслідки, а про «моральні наслідки».⁷⁸ Але ця теза не буде розглядатися тут детально. На даний момент єдине цікаве питання полягає в тому, чи слід віддавати перевагу методу «урахування всіх обставин» (*all-things-considered*) Фінніса над методом «все або нічого» формули Радбруха.⁷⁹

Фінніс намагається проілюструвати необґрунтованість моделі «все або нічого», розглядаючи випадок, якому я, дійсно, віддав «почесне місце» в «*Аргументі несправедливості*».⁸⁰ Це рішення Федерального конституційного суду Німеччини (*German Federal Constitutional Court*) 1968 р. про громадянство. Постанова № 11 (*The Eleventh Ordinance*) від 25 листопада 1941 р., видана відповідно до Закону про громадянство Рейху (*Statute on Reich Citizenship*), позбавила євреїв-емігрантів не лише, як у вищезазначеній справі про банківські вклади, майна, а також громадянства на расовій основі. Федеральний конституційний суд повинен був вирішити, чи позбувся, згідно із цією директивою, німецького громадянства адвокат єврейської національності, який емігрував до Голландії незадовго до початку Другої світової війни. У 1942 р. його депортували з Амстердама, і оскільки його місцеперебування було невідомим, його вважали мертвим, виключаючи можливість відновлення німецького громадянства

⁷⁵ Finnis, "Law as Fact," 106, 107, 109.

⁷⁶ Ibid, 87.

⁷⁷ Ibid, 107.

⁷⁸ Стосовно останнього див.: Alexy, "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis," 109–10.

⁷⁹ Ibid, 108.

⁸⁰ Alexy, *The Argument from Injustice*, 5–7.

відповідно до ст. 116, абз. 2, післявоєнної Конституції Федеративної Республіки Німеччина (*art. 116, para. 2 of the post-war Constitution of the Federal Republic of Germany*). Суд дійшов висновку, що юрист ніколи не втрачав свого німецького громадянства, аргументуючи це тим, що «конфлікт» Постанови № 11 «зі справедливістю досяг такої нестерпної міри, що Постанова повинна вважатися нікчемною, тобто нечинною із самого початку».⁸¹ Суд також додає: «Більше того, Постанова не набула юридичної чинності, незважаючи на те, що її дотримувалися впродовж кількох років».⁸²

Аргумент Фінніса про те, що все це є «спрощеним», ґрунтується на ст. 116, абз. 2, Основного закону Німеччини (*art. 116, para. 2 German Basic Law*) від 23 травня 1949 р., згідно з яким:

Колишні громадяни Німеччини, які між 30 січня 1933 р. і 8 травня 1945 р. були позбавлені громадянства за політичними, расовими чи релігійними ознаками, та їх нащадки повертають статус громадянина Німеччини за заявою. Вони вважатимуться такими, що не були позбавлені німецького громадянства, якщо вони визначили своє постійне місце проживання в Німеччині після 8 травня 1945 р. і не висловили протилежний намір.

Фінніс має рацію, стверджуючи, що існує можливість інтерпретації ст. 116, абз. 2, як заперечення формули Радбруха.⁸³ У першому реченні мова йде про *повернення* (*regranting*) німецького громадянства. Повернути можна лише те, що раніше забрали. Друге речення не говорить про те, що вони не були позбавлені німецького громадянства, як стверджує Федеральний конституційний суд. Там лише зазначено, що вони *вважатимуться* такими, що не були позбавлені цього права. Але ця можлива інтерпретація має два слабкі місця. По-перше, існують інші можливі інтерпретації. Аргументація Суду, що міститься на п'яти сторінках, говорить про те, що наміри розробників Конституції мали дві сторони.⁸⁴ З одного боку, вони із самого початку хотіли визнати Постанову № 11 нікчемною. У випадку банківських депозитів це не було проблемою. Інша ситуація виникла у випадку з громадянством. Не всі єврейські емігранти після нацистського режиму бажали, щоби їх вважали німцями. Суд кілька разів наголошує на тому, що їхню волю потрібно поважати, тобто що німецьке громадянство не може бути нав'язане їм проти їхньої волі.⁸⁵ Це, однак, не означає, що Постанову № 11 слід розглядати як юридично чинну. Це лише означає, що її слід вважати такою, ніби вона була юридично чинною. Це парадигмальний випадок юридичної фікції.

⁸¹ BVerfGE 23 (1968): 98, 106; Англійська цитата в Alexy, *The Argument from Injustice*, 6.

⁸² BVerfGE 23 (1968): 98, 106; Alexy, *The Argument from Injustice*, 6, переклад змінено: «юридична чинність» ('*legally valid*') замість діючого ('*efficacious*'), тому що чинний (нім. '*wirksam*') тут відноситься не до соціальної дієвості (*social efficacy*, нім. *soziale Wirksamkeit*), а до юридичної чинності (*legal validity*, нім. *rechtliche Wirksamkeit*).

⁸³ Finnis, "Law as Fact," 106.

⁸⁴ BVerfGE 23, 98 (108–112).

⁸⁵ BVerfGE 23, 98 (107, 108, 110, 111).

І ця фікція виправдовується правами людини зацікавлених осіб. На першому кроці їхні права людини вимагають нікчемності Постанови. На другому кроці їхні права людини вимагають фікції чинності для всіх тих, хто не хоче наслідків, пов'язаних із нікчемністю. У результаті це може мати певну схожість із загальноновизнаною методом Фінніса. Однак, виходячи із систематичних причин, це зовсім інакше. Формула Радбруха залишається основою, яку неможливо замінити набором підстав, що є актуальним відповідно до загальноновизнаного підходу. Цей підхід є повністю відкритим герменевтичним принципом (*open hermeneutical maxim*), який може лише доповнювати формулу Радбруха в контексті її застосування, але не може її замінити.

Це негайно призводить до теоретичного чи філософського заперечення Фінніса проти формули Радбруха. Фінніс наполягає на тому, що формула Радбруха та разом із нею м'який позитивізм не є «істиною про природу або сутність права».⁸⁶ «Це не є істиною стосовно права, істиною філософії права (теорії права).»⁸⁷ Моєю відповіддю є те, що це є істиною стосовно природи та сутності права, а разом із цим і істиною філософії права. У розділі «Концептуальний аналіз і концептуальні необхідності» вище я зазначав, що аналіз поняття права, поняття, що належить до різновиду соціальних, вимагає поєднання аналітичних і нормативних аргументів. Нормативні аргументи стосуються природи та сутності, а отже, і поняття права⁸⁸, коли вони посилаються на ті нормативно необхідні вимоги, які необхідно пов'язані з правом. Претензія на правильність, необхідно пов'язана з правом як понятійною проблемою, необхідно пов'язує нормативні вимоги правової визначеності та справедливості з правом, і ці дві вимоги разом включають формулу Радбруха в поняття та природу права.⁸⁹ А питання про поняття та природу права є головним питанням правової філософії.⁹⁰

2. Теза особливого випадку

Другим напрямом, у якому пов'язується реальний та ідеальний виміри права, є юридична аргументація. Цей зв'язок виражається тезою особливого випадку (*special case thesis*). Ця теза стверджує, що юридична аргументація або юридичний дискурс є особливим випадком загальної практичної аргументації або дискурсу.⁹¹ Загальнопрактичний дискурс – це неінституціалізований дискурс про практичні питання. Як загальнопрактичний дискурс, він включає всі види неофіційних

⁸⁶ Finnis, "Law as Fact," 108.

⁸⁷ Ibid, 107.

⁸⁸ Про співвідношення понять природи і сутності та поняття концепту див.: Alexy, "On the Concept and the Nature of Law," 290–92.

⁸⁹ Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law," 12.

⁹⁰ Robert Alexy, "The Nature of Legal Philosophy," in *Philosophy of Law. Critical Concepts in Philosophy*, ed. B. H. Bix (London and New York: Routledge, vol. I, 2006), 23–25.

⁹¹ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (first publ. 1978), trans. R. Adler and N. MacCormick (Oxford: Clarendon Press, 1989), 211–20.

практичних аргументів: моральні аргументи щодо справедливості та прав, а також етичні аргументи щодо індивідуальної та колективної ідентичності та прагматичні аргументи, що виражають раціональність цілей. Моральні аргументи мають пріоритет, оскільки вони представляють універсальну точку зору. Однак це не означає, що їх зміст не може залежати від інших аргументів.⁹² Юридичний дискурс – особливий випадок загальнопрактичного дискурсу, оскільки він прихильний до закону, прецеденту та юридичної догматики. Ці прихильності представляють реальний вимір юридичного дискурсу чи аргументації. Ідеальний вимір включає загальну практичну аргументацію.

Тут неможливо навести детально описане відношення між реальним та ідеальним у юридичній аргументації. Для цього потрібна відповідь на запитання: «що потрібно вважати раціональним виправданням у рамках діючого правового порядку?»⁹³ Однак на це можна було б відповісти лише за допомогою теорії правових міркувань або аргументації.⁹⁴ Нас цікавлять лише два моменти. Перший полягає в тому, що претензія на правильність, висунута в юридичній аргументації, є претензією на правильність другого порядку. Це означає, що це стосується справедливості, а також правової визначеності. Другий момент полягає в тому, що теза особливого випадку в жодному разі не представляє, як побоюється Габермас, загального дозволу «пересуватися в необмеженому просторі підстав» (*‘to move in the unrestricted space of reasons’*) загальнопрактичного дискурсу.⁹⁵ Навпаки, він включає пріоритет *prima facie* авторитетних підстав (*authoritative reasons*). Цей пріоритет *prima facie* знаходить своє вираження серед іншого в такому правилі юридичного дискурсу:

Аргументи, що виражають зв'язок із фактичними словами закону або волею історичного законодавця, мають перевагу над іншими аргументами, якщо тільки раціональні підстави не можуть бути наведені для надання переваги іншим аргументам.⁹⁶

Структура цього правила значно відрізняється від структури формули Радбруха, але його функція однакова. Обидва ці правила служать для визначення співвідношення між реальним та ідеальним вимірами права.

3. Права людини

Третій напрям, у якому відношення між реальним та ідеальним вимірами має вирішальне значення, – це сфера прав людини та конституційних прав. Права людини характеризуються п'ятьма властивостями. По-перше, вони моральні; по-друге,

⁹² Robert Alexy, “The Special Case Thesis,” *Ratio Juris* 12 (1999): 378–79.

⁹³ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, 220.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Jürgen Habermas, “A Short Reply,” *Ratio Juris* 12 (1999): 447.

⁹⁶ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, 248.

універсальні; по-третє, фундаментальні; по-четверте, абстрактні і, по-п'яте, мають пріоритет над усіма іншими нормами щодо їх моральної чинності.⁹⁷ Тут нас цікавить лише перша із цих п'яти властивостей: моральний характер прав людини.

Моральний характер прав людини полягає в тому, що вони, як моральні права, мають тільки моральну чинність. Це означає, що права людини як такі належать виключно до ідеального виміру права. Право є морально чинним, якщо воно може бути виправданим. Права існують як норми загалом, якщо вони є чинними.⁹⁸ Таким чином, існування прав людини залежить від їх виправданості і ні від чого іншого. В інших публікаціях я намагався показати, що права людини є виправданими і, отже, вони існують.⁹⁹ Тут це зробити неможливо. У цьому контексті єдиним питанням, яке слід вирішити, є співвідношення між правами людини і конституційними правами.

Конституційні права є частиною позитивного права, а саме позитивного права на рівні конституції.¹⁰⁰ Як такі вони належать до реального виміру права. Співвідношення між конституційними правами та правами людини належало б до відносин між реальним та ідеальним вимірами права, якби існував необхідний зв'язок між правами людини і конституційними правами.

Ключем до цього необхідного зв'язку є поняття правильності. Конституції, як і право загалом, із необхідністю висувають претензію на правильність. Це одна сторона аргументу. Інша сторона полягає в тому, що права людини, оскільки їх існування полягає в їх виправданості, необхідно пов'язані з поняттям правильності, адже те, що виправдано, є правильним. Цей момент та пріоритет прав людини вимагають позитивації прав людини на конституційному рівні. Із цієї причини конституційні права можуть розглядатися як спроби перетворення прав людини як ідеальних прав на позитивне право, тобто на реальні права. Ідеальний вимір продовжує існувати після перетворення на реальний вимір. І це має далекосяжні наслідки для тлумачення конституційних прав та їх ролі в правовій системі. Однак я не заглиблюватимусь в це тут.

4. Демократія

Демократію одночасно можна сприймати як процедуру прийняття рішень і як процедуру аргументації. Прийняття рішень способом, що відповідає принципу більшості, є реальною стороною демократії. Аргументація як публічний дискурс із необхідністю пов'язана з претензією на змістову правильність. З цієї причини це

⁹⁷ Alexy, "Law, Morality, and the Existence of Human Rights," 10–12.

⁹⁸ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, 2nd ed. (first publ. 1960), trans. M. Knight (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967), 10.

⁹⁹ Robert Alexy, "The Existence of Human Rights," *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, supplement 136 (2013): 13–18.

¹⁰⁰ Включення прав до конституцій – це лише один із способів перетворити їх у позитивне право. Міжнародні та наднаціональні угоди, конвенції чи хартії – це додаткові можливості.

ідеальна сторона демократії. Єдиною можливістю реалізації правильності другого порядку в політичному житті, особливо в публічній законотворчій діяльності, є інституціоналізація демократії, яка об'єднує обидві сторони. Назва цієї єдності – «деліберативна демократія».

5. Теорія принципів

Правила і принципи відіграють важливу роль у застосуванні права. Правила виражають остаточне, або реальне, «належне», принципи – *prima facie*, або ідеальне, «належне». Принципи правової системи, узяті разом, становлять те, що можна назвати «світом ідеального належного» (*'world of the ideal Ought'*).¹⁰¹ Теорія принципів намагається на цій основі розробити теорію пропорційності, яка пов'язує балансування з правильністю. Це знову ж таки тут неможливо детально описати. У нашому контексті нас цікавить лише те, що теорія принципів завершує систему з п'яти напрямів ідеального виміру права.

© Р. Алексі, 2020

Bibliography

- Alexy, Robert. "A Defence of Radbruch's Formula." In *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8th ed., edited by M. D. A. Freeman, 426–43. London: Sweet & Maxwell and Thomson Reuters, 2008.
- Alexy, Robert. "An Answer to Joseph Raz." In *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, edited by George Pavlakos, 37–55. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- Alexy, Robert. "Between Positivism and Non-Positivism? The Third Reply to Eugenio Bulygin." In *Neutrality and Theory of Law*, eds. J. Ferrer Beltran, J. J. Moreso, and D. M. Papayannis, 225–38. Dordrecht: Springer, 2013.
- Alexy, Robert. "Bulygin's Kritik des Richtigkeitsarguments." In *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourron and Eugenio Bulygin*, edited by E. Garzon Valdes, W. Krawietz, G. H. von Wright, and R. Zimmerling, 235–50. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
- Alexy, Robert. "Giustizia come Correttezza." *Region Pratica* 9 (1997): 103–13.
- Alexy, Robert. "Law and Correctness." *Current Legal Problems* 51 (1998): 205–21.
- Alexy, Robert. "Law, Morality, and the Existence of Human Rights." *Ratio Juris* 25 (2012): 2–14.
- Alexy, Robert. "Legal Certainty and Correctness." *Ratio Juris* 28 (2015): 441–51.
- Alexy, Robert. "On the Concept and the Nature of Law." *Ratio Juris* 21 (2008): 281–99.
- Alexy, Robert. "On the Thesis of a Necessary Connection Between Law and Morality: Bulygin's Critique." *Ratio Juris* 13 (2000): 138–47.
- Alexy, Robert. "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis." *The American Journal of Jurisprudence* 58 (2013): 97–110.
- Alexy, Robert. "The Dual Nature of Law." *Ratio Juris* 23 (2010): 167–82.
- Alexy, Robert. "The Existence of Human Rights." *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, supplement 136 (2013c): 9–18.

¹⁰¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 82.

- Alexy, Robert. "The Nature of Arguments about the Nature of Law." In *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, edited by L. H. Meyer, S. L. Paulson, and T. W. Pogge, 3–16. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Alexy, Robert. "The Nature of Legal Philosophy." In *Philosophy of Law. Critical Concepts in Philosophy*, edited by B. H. Bix, 21–32. London and New York: Routledge, vol. I, 2006.
- Alexy, Robert. "The Special Case Thesis." *Ratio Juris* 12 (1999): 374–84.
- Alexy, Robert. "The Weight Formula." In *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, edited by J. Stelmach, B. Brozek, and W. Zaluski, 9–27. Cracow: Jagiellonian University Press, 2007.
- Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights* (first publ. 1985). Translated by J. Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Alexy, Robert. *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (first publ. 1978). Translated by R. Adler and N. MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Alexy, Robert. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (first pub. 1992). Translated by S. L. Paulson and B. Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- Aquinas, Thomas. *Summa Theologiae*. Turin: Edizioni Paoline, 1962.
- Augustinus. *De libero arbitrio*. Edited by J. Brachtendorf. Paderborn: Ferdinand Schoningh, 2006.
- Austin, John Langshaw. "A Plea for Excuses." In *Philosophical Papers*, 2nd ed., 174–205. Oxford: Oxford University Press, 1970.
- Beyleveld, David and Roger Brownsword. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Bulygin, Eugenio. "Alexy Between Positivism and Non-positivism." In *Neutrality and Theory of Law*, edited by J. Ferrer Beltran, J. J. Moreso, and D. M. Papayannis, 49–59. Dordrecht: Springer, 2013.
- Bulygin, Eugenio. "Alexy und das Richtigkeitsargument." In *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*. Edited by A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright, and D. Wyduckel, 19–24. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
- Bulygin, Eugenio. "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality." *Ratio Juris* 13 (2000): 133–37.
- Coleman, Jules. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Finnis, John. "Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"." *The American Journal of Jurisprudence* 59 (2014): 85–109.
- Finnis, John. "Reflections and Responses." In *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*, edited by John Keown and Robert P. George, 459–584. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Habermas, Jürgen. "A Short Reply." *Ratio Juris* 12 (1999): 445–53.
- Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 2012.

- Kant, Immanuel. "The Metaphysics of Morals. Metaphysical First Principles of the Doctrine of Right" (first publ. 1797). In *Practical Philosophy*. Translated and edited by M. J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Kant, Immanuel. *Critique of Pure Reason*. Translated by W. S. Pluhar and P. Kitcher. Indianapolis: Hackett Publishing, 1996.
- Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*, 2nd ed. (first publ. 1960). Translated by M. Knight. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967.
- Radbruch, Gustav. "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law" (first publ. 1946). Translated by B. Litschewski Paulson and S. Paulson. *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006): 1–11.
- Raz, Joseph. "About Morality and the Nature of Law." *The American Journal of Jurisprudence* 48 (2003): 1–15.
- Raz, Joseph. "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism." In *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, edited by George Pavlakos, 17–35. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Роберт Алексі. Ідеальний вимір права

Анотація. Основною темою статті є ідеальний вимір права. Автор доводить тезу про дуальну природу права, яка стверджує, що право з необхідністю включає як реальний, чи фактичний, вимір, так й ідеальний, чи критичний, вимір, а також демонструє, як ідеальний вимір (що стосується насамперед моральної правильності) передбачає істину непозитивізму. Ключові положення концепції, що представлена в статті, обґрунтовуються в полеміці з іншим відомим представником непозитивізму – Джоном Фіннісом.

Особлива увага приділяється визначенню зв'язку між реальним та ідеальним вимірами права, що передбачає відповідь на п'ять запитань. По-перше, чи існує найдальша межа права? По-друге, юридична аргументація ґрунтується виключно на авторитетних (владних) підставах чи вона також включає інші, невіддані підстави? По-третє, який зв'язок існує між правами людини та правовими системами? По-четверте, чи слід розуміти демократію виключно як процедуру прийняття рішень або також як форму дискурсу? По-п'яте, чи містять правові системи лише правила, що виражають реальне «належне», чи також принципи, що виражають ідеальне «належне»? На ці п'ять запитань пропонуються відповіді такими п'ятьма тезами: на перше – формулою Радбруха; на друге – тезою особливого випадку; на третє – тезою про те, що конституційні права слід розуміти як спроби позитивізації прав людини; на четверте – деліберативною моделлю демократії, і на п'яте – теорією принципів. Усі п'ять тез стосуються одного і того самого пункту: претензії на правильність.

Ключові слова: природа права; ідеальний вимір; реальний вимір; непозитивізм; формула Радбруха; претензія на правильність.

Роберт Алекси. Идеальное измерение права

Аннотация. Основная тема статьи – идеальное измерение права. Автор отстаивает тезис о дуальной природе, который утверждает, что право с необходимостью включает в себя как реальное, или фактическое, измерение, так и идеальное, или критическое, измерение, и демонстрирует, как идеальное измерение (которое относится в первую очередь к моральной

правильности) подразумевает истинность непозитивизма. Ключевые положения концепции, представленной в статье, обосновываются в полемике с другим известным представителем непозитивизма – Джоном Финнисом.

Особое внимание уделяется определению связи между реальным и идеальным измерениями права, что предусматривает ответы на пять вопросов. Во-первых, существует ли самая дальняя граница права? Во-вторых, юридическая аргументация основывается исключительно на авторитетных (властных) основаниях или она также включает другие, невластные основания? В-третьих, какая связь существует между правами человека и правовыми системами? В-четвертых, следует ли понимать демократию исключительно как процедуру принятия решений или также как форму дискурса? В-пятых, содержат правовые системы только правила, которые выражают реальное «должное», или также принципы, выражающие идеальное «должное»? На эти пять вопросов предлагаются ответы такими пятью тезисами: на первый – формулой Радбруха; на второй – тезисом особого случая; на третий – тезисом о том, что конституционные права следует понимать как попытки позитивации прав человека; на четвертый – делиберативной моделью демократии, и на пятый – теорией принципов. Все пять тезисов ведут к одному и тому же пункту: претензии на правильность.

Ключевые слова: природа права; идеальное измерение; реальное измерение; непозитивизм; формула Радбруха; притязание на правильность.

Robert Alexy. The Ideal Dimension of Law

Abstract. The main theme of the article is ideal dimension of law. Author argue for a dual nature thesis – which contends that law necessarily comprises both a real or factual dimension and an ideal or critical dimension – and demonstrates how the ideal dimension (which refers primarily to moral correctness) implies the truth of non-positivism. The key provisions of the conception represented in article are substantiated in a polemic with other well-known representative of non-positivism – John Finnis.

Particular attention is paid to determine relation between the real and ideal dimensions of law, which involves answering five questions. First, is there an outermost border of law? Second, is legal argumentation based exclusively on authoritative reasons or does it also include non-authoritative reasons? Third, what is the relation between human rights and legal systems? Forth, is democracy to be understood exclusively as a decision procedure or also as a form of discourse? Fifth, do legal system comprise only rules expressing a real “ought” or also principles expressing an “ideal ought”? These five questions are answered by the following five theses: the first with the Radbruch formula; he second with the special case thesis; the third with the thesis that constitutional rights are to be understood as attempts to positivize human rights; the fourth with the deliberative model of democracy; and the fifth with principles theory. All five theses turn on the same point: the claim to correctness.

Keywords: nature of law; ideal dimension; real dimension; non-positivism; the Radbruch formula; the claim to correctness.

Одержано/Received 14.12.2020