

# ЧОМУ ІНДИВІДУАЛЬНА СВОБОДА ТА АВТОНОМІЯ ПРАВА ІСНУЮТЬ І ЗНИКАЮТЬ РАЗОМ<sup>1</sup>

**Б. МЕЛКЕВІК**  
*доктор права,  
професор юридичного факультету  
(Університет Лаваль, Квебек, Канада)*

---



**А. МЕЛКЕВІК**  
*науковий співробітник  
(Університет «Квінз», Кінгстон, Канада)*

---



## Два види автономії – автономія права та індивідуальна автономія

У філософії права триває постійна дискусія щодо автономії права, тобто про те, до якої міри право можна відрізнити від інших феноменів. Усі домінуючі на сьогодні підходи розуміють право як таке, що виконує певну інструментальну функцію. Відтак справедливість і дієвість є, мабуть, поняттями, що найчастіше співвідносяться із правом. Наприклад, прийнято говорити, що право повинно слідувати певному розумінню розподільної справедливості – ця точка зору характерна для таких філософів, як Дж. Ролз і Р. Дворкін. Натомість інші акцентують увагу на дієвості права, як-от наприклад «Право та економіка», серед найвідоміших представників якого – судді Ф. Істербрук і Р. Познер. У цій статті обґрунтовується принципово відмінне розуміння права: автори пояснюють, чому насправді право має бути автономним. Проте питання полягає не в тому, є право дійсно автономним чи ні, – це, вочевидь, не так, оскільки воно занадто часто виявляється іграшкою для правотворців. Справжнє питання – у тому, чи хочемо ми як індивіди бути автономними. І тут відповідь, вочевидь, є позитив-

<sup>1</sup> Переклад з англійської Н. Сатохіної і С. Максимова.

© Б. Мелкевік, А. Мелкевік, 2016

ною; індивідуальна свобода є універсальною цінністю, і, відповідно, у цій статті стверджується, що право також має бути автономним. Як ми покажемо далі, існує паралель між індивідуальною автономією та автономією права – ці два види автономії існують або зникають разом.

Ми слідуємо римській традиції, зокрема Цицерону, розглядаючи право як вихідний пункт для розуміння належної поведінки людини: «Отож вельми вчені мужі визнали за потрібне виходити з поняття закону». Слідом за Цицероном ми схильні вважати, що ці найосвіченіші люди мали рацію, позаяк право дійсно є найвищим розумом, «який приписує, що слід робити, і забороняє протилежне» («Про закони», 1.18). Звісно, ніхто не заперечує, що законність є умовою дієвості, і що вона також веде до справедливості, яка, врешті-решт, є важливою для добробуту людства. І все ж щось неодмінно піде не так, якщо ми будемо розуміти право суто інструментально. Можливо, автономію права можна краще зрозуміти в контексті дискусії про розумність правової поведінки. Право є практичним мистецтвом, яке часто заплямовується, щойно ми починаємо мати на меті позаправові цілі, а ці плями, на жаль, залишають відбиток і на наших індивідуальних свободах.

Поняття права, ясна річ, є достатньо невизначеним. Тому давайте почнемо з того, що скажемо декілька слів про це поняття. Правові питання є практичними – йдеться про вирішення конфліктів, як у залі суду, так і поза нею. Авторитетні джерела, за допомогою яких зазвичай вирішуються ці конфлікти, також називаються правом. Але, врешті-решт, йдеться завжди про людей, що мають врегулювати конфлікти. Інакше кажучи, право є механізмом взаємодії, а тому наше розуміння права багато в чому зумовлене нашими уявленнями про належні шляхи вирішення конфліктів. Як пояснив К. Томлінз, «смісл і характер, які ми приписуємо праву, обов'язково відрізнятимуться залежно від відносин, що ми визначаємо як значущі, інших, яких ми визнаємо, і способу, у який ми характеризуємо їх» [1, 46]. Правова теорія, яка обґрунтовується у цій статті, виходить із того, що конфлікти якнайкраще вирішуються самими людьми, а не суддями чи правотворцями.

Ми проілюструємо нашу тезу про автономію права, по-перше, пояснивши на двох історичних прикладах (римського права і права вікінгів), чому ми повинні прагнути автономії права, а по-друге, обґрунтувавши пріоритет права юристів над правом правотворців. Мета цієї статті достатньо проста – ми хочемо показати, що індивідуальна автономія та автономія права є взаємодоповнюючими поняттями, тобто одне не може по-справжньому існувати без іншого.

### **Чому ми хочемо, щоб право було автономним?**

Розпочнемо з питання про те, чому ми хочемо, щоб право було автономним. Найпростіша відповідь полягає у тому, що ми як індивіди також хочемо бути автономними. Інакше кажучи, для того, щоб бути автономними, ми повинні спершу переконатися, що право також є до певної міри автономним. Це, зі свого боку, приводить нас до іншого питання – чому індивідуальна автономія та автономія права йдуть пліч-о-пліч?

Розглянемо таку гіпотетичну ситуацію. Ви купуєте будинок для своєї сім'ї у хорошому районі. Звичайно, ви хочете безпеки від різноманітних загроз, тоб-

то ви не хочете, щоб ваш щойно придбаний новий телевізор вкрали, щоб вашу доньку пограбували і щоб новообраний уряд запровадив правила, які змушували б вас знести ваш гараж, оскільки вашому сусіду – міністру – не подобається, що ваш гараж стоїть занадто близько до його власності. Простіше кажучи, ваша автономія й автономія вашої сім'ї не повинні бути ігровим майданчиком для різноманітних зовнішніх сил. Ви будете не лише протистояти цим незаконним силам, а й, можливо, втратите довіру до легітимної влади. Навіть в умовах демократії більшість не повинна мати свободу робити з правом все, що хоче. Усі ми високо цінуємо нашу безпеку, включаючи щось на кшталт «правової безпеки», і ця безпека може опинитися під загрозою, якщо правотворці використовують право для досягнення своїх особистих цілей або інших цілей, які не є вашими.

Таким чином, автономія права не є абстрактною проблемою, цікавою тільки небагатьом філософам права, суддям та юристам. Це радше питання, яке стосується кожного. Ми стверджуємо, що у випадку, коли право є інструментом досягнення цілей декількох правотворців, свобода і безпека людей одразу опиняються під загрозою. Загальна проблема автономії права може бути найкраще проілюстрована декількома історичними прикладами. Спершу звернемося до Законів Дванадцяти таблиць, написаних близько 450 р. до н. е., які були покладені в основу римського права і які, завдяки визначенню деяких особистих прав та правових процедур, стали справжньою декларацією свободи римських громадян. Сьомий закон першої таблиці є особливо важливим. Він говорить: «Якщо сторони спору не приходять до угоди, нехай вони до полудня зйдуться для позову на форумі або на коміціумі. Хай присутні обидві сторони по черзі захищають свою справу» (Закони Дванадцяти таблиць, I.7).

Громадяни Риму мали право укладати мирну угоду самостійно. Право у цьому випадку підпорядковувалося автономії громадян. Вони могли апелювати до права, покликаного захищати їхні інтереси. Таким чином, важливо, що самі люди володіли правом, створювали та використовували його й отримували вигоду від нього. Право не використовували для того, щоб управляти, керувати або, як сьогодні, мати владу над людьми. Право радше було способом встановлення миру, вирішення проблем і забезпечення впорядкованих відносин між індивідами. Зважаючи на те, що римляни використовували право самостійно для примирення, не маючи обов'язку постати перед претором, можна сказати, що це право належним чином поважало автономію римлян. Інакше кажучи, право належало їм, оскільки не мало інших цілей, крім їхніх власних. Відповідно, римляни були, по суті, власниками права. Крім того, Т. Лівій, відомий римський історик, колись описав створення Законів Дванадцяти таблиць так: «Нехай кожен сам обміркує кожну статтю, потім разом обговорять і, насамкінець, узагальнять, що у якій статті зайве, а чого бракує» («Історія Риму від заснування міста», 3.34).

Закони Дванадцяти таблиць не лише встановлювали право римлян самостійно вирішувати проблеми, а й були створені римлянами. Розглянемо тепер другий подібний приклад, цього разу з епохи вікінгів. Середньовічні скандинави часто зображуються як жорстокі звірі. Проте це не відповідає дійсності, хоча їхні набіги й справді були кровопролитними. Так, герой «Саги про Егіля», Егіль Скаллагрімссон, одного разу говорить: «Повертаймося до ферми і вчинимо, як личить воїнам: в'ємо усіх, кого схопимо, і заберемо усе цінне, що зможемо» («Сага про Егіля», 58.30). Проте це лише один бік життя вікінгів, і, звісно, не

найважливіший. Ми часто забуваємо, що вікінги мали, можливо, найдетальнішу систему приватного права з усіх, які коли-небудь були створені [2].

Зокрема, «Сага про Ньяля» являє собою видатну судову сагу, більшість подій у якій відбуваються на тінгу. Вона зображує спільноту вільних людей, що не підкорюються нікому, крім права, яке вони добровільно визнали. Коли Ньялю пропонують покласти край спорам із ворогами за допомогою сили, він відповідає так: «Нічого доброго не вийде, якщо в країні не будуть дотримуватись закони. <...> По-моєму, було б добре нам, хавдінгам, зібратися і поговорити» («Сага про Ньяля», 97).

Таким чином, вікінги розуміли право як простий шлях до згоди. Вони вирішували разом, судили разом і так само жили та помирали. Вважаємо, це правильний підхід до розуміння права загалом. Право не повинно бути лише інструментом досягнення сумнівних (або навіть гідних) цілей. Врешті-решт, якщо право не є автономним, воно завжди використовується для того, щоб контролювати людей і в такий спосіб змушувати їх діяти і мислити так, як того хочуть творці права. Це, звісно, не те, до чого повинні прагнути вільні люди. Як римське право, так і право вікінгів, були, мабуть, демократичнішими за більшість, якщо не всі, так звані сучасні демократії, завдяки тому, що вони засвоїли один простий урок: якщо народ повинен бути вільним, і якщо індивіди мають розглядатись як автономні істоти, то право також повинно бути автономним, не обмеженим різноманітними зовнішніми силами.

### Право правотворців і право юристів

Тепер звернемося до більш дискусійних питань. Як вже було зазначено, проблема полягає у тому, що право сьогодні вочевидь не є автономним. Ми стверджуємо, що правотворці, такі як політики, державні службовці і судді, становлять найбільшу небезпеку для автономії людей. Якщо індивідуальна автономія має бути захищена, влада цих творців права з необхідністю має бути обмежена, можливо, істотно. Гадаємо, це найкраще може бути реалізовано завдяки сильним юристам і процедурним обмеженням, які змушували б суддів і правотворців підпорядковуватися автономії права.

Візьмемо, зокрема, суддів, які нині мають величезну владу. Існуючі приписи, спрямовані на обмеження цієї влади, не можуть бути дієвими сьогодні, і насправді дуже часто не спрацьовують. З огляду на це, важливо знати, що стародавні закони визнавали потенційну небезпечність судді, і як вони попереджали будь-яку протиправну поведінку останнього. Нагадаємо, що у Римі посаду судді не могли посісти професійні юристи, а лише «чесні громадяни Риму». Подібним чином у Середні віки існував широко відомий припис щодо «права на суд рівних» (*per iudicium parium suorum*), який усував професійних юристів із судового процесу.

Як видається, ці прості, але дієві, стародавні норми значно більше пасують сучасності, ніж більшість новітніх правових теорій. Вони узгоджуються з основною ідеєю цієї статті, яка полягає в тому, що самі люди мають бути господарями права. Для того щоб стати такими господарями, люди в жодному разі не повинні передавати свої повноваження суддям, навіть якщо передбачається, що ці судді будуть тлумачити право, зважаючи на пріоритети спільноти, як пропо-

нує Р. Дворкін у своїй знаменитій теорії права як цілісності. Якщо право має становити справжню «цілісність» із спільнотою, найкраще буде, якщо люди самі володітимуть цим правом.

Ми повинні категорично відкинути класичну модель ототожнення «судді» з «правом», як-от у суді Соломона, де суддя зображується як уособлення мудрості та справедливості («Третя книга царів», 3:16-28). Цицерон, наприклад, одного разу сказав, що «магістрат є правом, що промовляє, а право – магістратом, що мовчить» («Про закони», 3.2). Ми не погоджуємося з цим, схилившись радше до відомої думки Ш.-Л. Монтеск'є про те, що суддя є «не більше, ніж вуста, якими промовляє закон» («Про дух законів», 11.6). Право насправді належить людям, і, відповідно, саме вони мають визначати, що є правом.

Ми надаємо перевагу розумінню права з точки зору діючих юристів, як у «Сазі про Ньяля». Л. Фуллер колись зауважив, наскільки дивним є той факт, що філософія права практично повністю ігнорує діяльність юристів, зосереджуючись радше на традиційних для юриспруденції темах: створене державою право, судовий процес, тлумачення законів, взаємодія «державного права» і звичаїв [3, 476]. На нашу думку, таке ігнорування діяльності юристів не виправдано обмежує потенціал сучасної філософії права. І справді, такий акцент на створеному державою праві ігнорує право як практичне мистецтво, спрямоване на вирішення конфліктів. Ніколи не слід недооцінювати здатність людей вирішувати конфлікти самостійно, особливо за допомогою досвідчених юристів, що, як правило, не потребують втручання правотворців.

50 років тому, розповідаючи про проблему економічної злочинності у СРСР, що набула такого розмаху, який виправдовував застосування смертної кари, Г. Берман писав: «Юристи, мабуть, краще за всіх усвідомлюють цілісність права, універсальність правових норм – інакше кажучи, загрозу, яку становить для законності загалом будь-яке окреме її порушення» [4, 315]. Гадаємо, той самий аргумент може бути наведений щодо автономії права: саме юристи краще за всіх усвідомлюють цю автономію. Щойно ми починаємо розуміти право у суто інструментальному сенсі, незалежно від того, наскільки шляхетними є наші цілі, наша індивідуальна автономія невдовзі опиняється під загрозою, і юристи стануть першими, кому доведеться мати справу з наслідками будь-яких зловживань.

Відтак філософії права слід значно уважніше поставитись до діяльності юристів, оскільки саме з ними пов'язані наші надії на те, що судді і законодавці будуть примушені підпорядковуватися автономії права. Нехай люди доходять згоди самостійно. Л. Фуллер казав, що якщо ми хочемо зрозуміти «зусилля, які докладаються для створення й утвердження системи управління поведінкою людей за допомогою права», ми повинні поставити себе на місце суддів і правотворців [5, 106]. Звісно, корисно досліджувати проблеми, з якими стикаються творці права, проте, мабуть, набагато корисніше розглянути точку зору юристів, яким, врешті-решт, доведеться мати справу з цим правом.

### Три уроки щодо автономії права

На завершення, пропонуємо такі три уроки.

По-перше, ви є і повинні бути разом з іншими «господарями» права.

По-друге, право повинно надавати вам можливість вирішити проблеми, з якими ви стикаєтеся.

По-третє, ви повинні бути здатними знайти підставу для прийняття рішення у межах права. А для того, щоб це було можливим, право, звичайно, не може бути цілком відокремленим від вашої власної автономії.

Найважливішим уроком є перший: ми всі володіємо правом, й оскільки ми всі є автономними істотами, право також має бути автономним. Хоча такий висновок може здатися простим, насправді ця простота тільки підсилює його: це є справжнім ідеалом вільних людей – жити за власними правилами.

### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Tomlins C. How Autonomous Is Law? / C. Tomlins // Annu. Rev. Law Soc. Sci. – 2007. – Vol. 3.*
2. *Friedman D. The Machinery of Freedom: Guide to a Radical Capitalism / D. Friedman. – Open Court Publishing Company, 1989. – Ch. 44.*
3. *Fuller L. American Legal Philosophy at Mid-Century: A Review of Edwin W. Patterson's «Jurisprudence, Men and Ideas of the Law» / L. Fuller // Journal of Legal Education. – 1954. – Vol. 6. – № 4.*
4. *Berman H. The Struggle of Soviet Jurists Against a Return to Stalinist Terror / H. Berman // Slavic Review. – 1963. – Vol. 22.*
5. *Fuller L. The Morality of Law / L. Fuller. – New Haven : Yale University Press, 1969.*

### REFERENCES

1. Tomlins C. How Autonomous Is Law? *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, 2007, vol. 3.
2. Friedman D. The Machinery of Freedom: Guide to a Radical Capitalism. Open Court Publishing Company, 1989, ch. 44.
3. Fuller L. American Legal Philosophy at Mid-Century: A Review of Edwin W. Patterson's «Jurisprudence, Men and Ideas of the Law», *Journal of Legal Education*, 1954, vol. 6, no. 4.
4. Berman H. The Struggle of Soviet Jurists against a Return to Stalinist Terror. *Slavic Review*, 1963, vol. 22.
5. Fuller L. The Morality of Law, New Haven: Yale University Press, 1969.

---

### **Мелкевік Б., Мелкевік А. Чому індивідуальна свобода та автономія права існують і зникають разом**

**Анотація.** У статті право розглядається як практичне мистецтво, яке повинно бути автономним для того, щоб найкращим чином виконувати своє головне завдання – вирішення конфліктів як у залі суду, так і поза нею. На сьогодні домінуючими є підходи, згідно з якими право відіграє роль певного інструмента, зазвичай пов'язаного з цінностями справедливості та дієвості. Проте ми неминуче щось втрачаємо, якщо розглядаємо право тільки в подібному інструментальному сенсі. Щойно ми починаємо розуміти його суто в такому значенні (незалежно від шляхетності поставлених цілей), наша індивідуальна автономія невдовзі опиняється під загрозою. Між автономією індивідів та автономією права дійсно є паралель – ці два види автономії існують і зникають разом. Індивіди не можуть бути по-справжньому вільними, коли право є майданчиком для дії зовнішніх сил, навіть якщо цими силами є правотворці, обрані відповідно до демократичної процедури. Таким чином, ставиться під сумнів класична модель ототожнення волі правотворця із правом, або переконання у тому, що правотворці виступають від імені спільноти. Необхідно, щоб люди самі були господарями права. Цього можна



досягнути за допомогою сильних юристів і наявності процесуальних обмежень, що дають змогу юристам примусити суддів і правотворців загалом підкоритися автономії права.

**Ключові слова:** автономія права, ісландське право, індивідуальна свобода, право суддів і право юристів, римське право, вирішення конфліктів.

**Мелкевик Б., Мелкевик А. Почему свобода индивида и автономия права существуют и исчезают вместе**

**Аннотация.** В данной статье право рассматривается в качестве искусства, применяемого на практике, которое должно быть автономным для того, чтобы наилучшим образом выполнять свою главную задачу – разрешать конфликты как в зале суда, так и за его пределами. На сегодняшний день преобладающими являются точки зрения, согласно которым право играет роль определенного инструмента, которая обычно связывается с ценностями справедливости и ответственности. Тем не менее мы неизбежно что-то упускаем, если рассматриваем право только в подобном инструментальном качестве. Стоит нам начать понимать право строго в инструментальном смысле (независимо от благородности преследуемых целей), как автономия, присущая нам как индивидам, вскоре будет поставлена под угрозу. Между автономией индивидов и автономией права и в самом деле есть параллель – эти два вида автономии существуют и исчезают одновременно. Индивиды не могут быть по-настоящему свободными, если право является площадкой для действия внешних сил, даже если этими силами являются правотворцы, избранные в соответствии с демократической процедурой. Таким образом, оспаривается классическая модель, приравнивающая волю правотворцев к праву, или полагающая, что правотворцы выступают от имени сообщества. Необходимо, чтобы люди сами были хозяевами права. Этого можно достичь при помощи сильных юристов и наличия процессуальных ограничений, позволяющих этим юристам сделать так, чтобы судьи и правотворцы в целом покорились автономии права.

**Ключевые слова:** автономия права, исландское право, индивидуальная свобода, право судей и право юристов, римское право, разрешение конфликтов.

**Melkevik B., Melkevik A. Why Individual Freedom and the Autonomy of Law Stand or Fall Together**

**Summary.** This paper considers law as a practical art that should be autonomous so to better fulfill the law's primary goal, which is about the settlement of conflicts, be it inside or outside a courtroom. The dominant views, today, all understand law as fulfilling a certain instrumental role, normally linked to the values of justice or efficacy. Yet something will inevitably be amiss, we argue, if the law is understood only in instrumental terms. Once we begin to understand the law purely in instrumental terms, notwithstanding how noble are the objectives pursued, it is then our autonomy as individuals that will soon be compromised. There is indeed a parallel between individual autonomy and the autonomy of law – these two kinds of autonomy stand or fall together. Individuals cannot truly be free if the law is a playfield for heteronymous forces, even if these forces are democratically elected lawgivers. We therefore oppose the classical model equating lawgivers with the law, or saying that lawgivers speak for their communities. It is imperative that the people themselves own the law. This, we think, can be best realized with strong lawyers and with procedural constraints, permitting lawyers to force judges and the offices of the lawgivers in general to bend under the autonomy of law.

**Key words:** autonomy of law, Icelandic law, individual freedom, judge, lawyer's law, Roman law, settlement of conflicts.