

РОЗУМНІСТЬ ПРАВА¹

Р. АЛЕКСІ
*доктор юридичних наук,
професор публічного права і філософії права
(Університет Христіана Альбрехта,
м. Кіль, Німеччина)*



Для того щоб мати можливість сказати, що таке розумність права, треба знати, що означає «розумність» узагалі. Концепт розумності відповідає як на теоретичні питання, такі як суть проблеми, так і на практичні питання, такі як: що має бути зроблено і що є добрим. Питання про розумність права передусім стосується практичної розумності.

1. Розумність

1.1. Розумність і раціональність

Вираз «розумність» певним чином співвідноситься (що не так легко простежити) із виразом «раціональність». Іноді розумність і раціональність як категорії (або бути розумним чи раціональним) означає тотожність або більш-менш те саме, а іноді ці категорії є принципово різними. Георг Генріх фон Врігт наголошує на різниці. За словами Г. Г. фон Врігта, раціональність означає «цілеспрямованість», у той час як розумність, навпаки, є «ціннісною орієнтацією» [19, с. 173]. При визначенні раціональності як цілеспрямованості він посилається на веберівське поняття «*Zweckrationalität*» (цілераціональність) [19, с. 173], тобто цілеспрямована раціональність, наголошуючи в той же час, однак, що його концепт раціональності є «дещо ширшим» [19, с. 173]. За словами Г. Г. фон Врігта, «раціональність, коли вона протиставляється розумності, пов'язана передусім із формальною коректністю (правильністю) міркувань, ефективністю засобів для досягнення мети, підтвердження і випробування переконань» [19, с. 173]. Це

¹ Robert Alexy. The Reasonableness of the Law / Alexy Robert // G. Bongiovanni et al. (eds.), Reasonableness and Law, Law and Philosophy Library 86. – Springer Science+Business Media B.V., 2009. – pp. 3–15.

Переклад з англійської С. Погребняка і К. Мандрикової.

означає, що раціональність включає в себе три елементи: по-перше, логіку, по-друге, засоби/цілі міркування і по-третє, емпіричну істинність або надійність. З другого боку, розумність, як кажуть, «пов'язана з правильним способом життя, з тим, що є добрим чи поганим для людини» [19, с. 173]. Одним словом, можна сказати, що раціональність пов'язана з ефективністю, в той час як розумність пов'язана з правильністю і належністю.

Набагато докладніше відмінність між раціональним і розумним міститься у роботі Дж. Ролза. За словами Дж. Ролза, це розходження може бути простежене з погляду кантівського розмежування між гіпотетичним і категоричним імперативами [15, с. 48; 12, с. 82]. Завдяки цьому посиланню на Канта, ясно, що Ролз бачить вирішальним у розумності її моральну природу. Дж. Ролз висловлює це таким чином: «раціональним агентам лише не вистачає почуття справедливості» [15, с. 52]. Є, звичайно, важливі відмінності у концепціях раціонального і розумного Г. Г. фон Врігта і Дж. Ролза. У нашому контексті, однак, досить відзначити, що, здається, істотну різницю обидва мислителі бачать у тому, що розумність містить моральні елементи, а раціональність таких елементів не містить.

Співвідношення розумності, яка так визначається, і раціональності можна інтерпретувати у широкому і вузькому значеннях. Воно інтерпретується вузько, коли існування розумності пов'язується лише із правильністю або належністю, а не логічною коректністю, ефективністю та емпіричною істинністю або надійністю. Відповідно до цієї інтерпретації, суперечності, неефективність і хибні припущення про відповідні факти не впливатимуть на розумність тієї чи іншої особи. Г. Г. фон Врігт це спростовує. Він чітко дотримується широкого тлумачення співвідношення розумності та раціональності: «розумне, це, звичайно ж, також раціональне — але “суто раціональне” не завжди розумне» [19, с. 173]. Відповідно до цієї інтерпретації критерії раціональності утворюють підклас критеріїв розумності. Тільки розумність є всеосяжною і повною. Раціональність як така, як вважають Г. Г. фон Врігт і Дж. Ролз, є «суто раціональною» [15, с. 52]. Вона є неповною і не має завершеного вигляду. Такі вирази, як «інструментальна» або «технічна» раціональність, прагнуть описати її. Я сам схвалив такого роду відмінність між *раціональністю*, з одного боку, і *розумністю* — з другого [6, с. 144 і наступ.].

Існує, однак, й інше тлумачення концепту раціональності. Відповідно до цієї інтерпретації, розумність і раціональність є однаковими або принаймні більш-менш однаковими. Ця інтерпретація часто застосовується там, де прикметник «практична» додається до іменника «раціональність». «Практична раціональність» у такому випадку стосується всіх критеріїв, які практичний розум використовує для того, щоб визначити, чи є практичне судження коректним. Коли я уявляю правила і форми раціонального практичного дискурсу, як щось на кшталт «кодексу практичного розуму» [2, с. 188], у мене виникає розуміння раціональності як такої, що включає все, що входить до складу розумності. Таким чином, бути розумним і раціональним означає те саме. Різниця лише в тому, що концепт розумності привертає увагу у випадку більш конкретних особливостей практичної раціональності, аніж широкий концепт раціональності. У цьому відношенні концепти, що розглядаються, цілком можуть бути в особливому значенні різними, хоча загалом вони є еквівалентами. Різниця тут полягає, як ми побачимо, на наголосі на особливу форму аргументу, а саме, балансування.

З усього слідує, що вирази «розумність» і «раціональність» можуть бути взаємозамінними і не бути такими залежно від конкретного випадку. Важливо лише розуміти їх значення у кожному конкретному випадку їх застосування. Там, де є небезпека неправильного розуміння, слід кваліфікувати випадок. Якщо посилатись на Г. Г. фон Врігта і Дж. Ролза та їх «суто раціональність», то в такому випадку йдеться про «інструментальну» або «технічну раціональність». Якщо поняття раціональності включає в себе все, що належить до «розумності», то мова йде про «практичну раціональність». У світлі цих можливостей суто словесні застереження здаються зайвими.

1.2. Концепт, ідея і критерії

1.2.1. Нормативний концепт

Розумність є концептом, який використовується для оцінки дії, рішень, осіб, правил та інститутів, а також аргументів і суджень, і це є нормативним концептом. Оскільки розумність стосується суджень, то в такому випадку її функція є аналогічною концепту істини. Обидва концепти використовуються на метарівні, щоб оцінити правильність суджень, зроблених на рівні об'єкта. У випадку розумності, судження на рівні об'єктів є ціннісними судженнями і судженнями про зобов'язання. Оцінка ціннісних суджень і суджень про зобов'язання, такі як «Куріння у громадських приміщеннях є безвідповідальним» і «Парламент має прийняти рішення на скасування виборчого податку», щодо їх розумності або нерозумності нерозривно пов'язана з оцінкою дій, рішень, осіб, правил, інститутів та аргументів. Якщо, наприклад, ціннісне судження: «Куріння у громадських приміщеннях є безвідповідальним» розумне, то, за інших рівних умов, куріння в громадських кімнатах або рішення робити так буде також нерозумними, і те саме можна сказати й про осіб, які зазвичай так і роблять, або правило, яке дозволяє це або установи, які заохочують до цього, або аргументи на користь цього. Судження, здається, є центральним питанням розумності. Це посилює аналогію між істиною та розумністю.

1.2.2. Регулятивна ідея

Характеризуючи розумність як оціночний концепт, що охоплює, починаючи з метарівня, ціннісні судження і судження про зобов'язання, слід описати функції цього концепту, а не його зміст. Що стосується його змісту, слід розрізнити ідею і критерії розумності. Ідея розумності вимагає, по-перше, що усі фактори, які можуть мати важливе значення у відповіді на практичне питання, були враховані, а по-друге, щоб вони були зібрані у правильному відношенні один до одного для того, щоб обґрунтувати рішення, що дає відповідь. Ця ідея є дуже абстрактною і формальною, але вона вказує на те, як слід виявляти критерії розумності. З цього погляду розумність має характер регулятивної ідеї.

1.2.3. Критерій розмежування

Критерій розмежування викликаний самим концептом розумності. Перша група включає в себе, як уже зазначалося, критерії інструментальної раціональності, тобто вимоги логіки і послідовності, емпіричної істинності або надійності й ефективності чи засоби/цілі раціональності. Для того щоб отримати повний концепт раціональності, тобто і розумності, слід додати три види вимог: 1) ті, що стосуються узгодженості, 2) ті, що стосуються тлумачення і критики інтересів, і

3) ті, які виражають ідеї узагальнення або неупередженості. Єдиний спосіб залучення всіх цих вимог разом є розгляд цієї ідеї з точки зору правил і форм загального раціонального практичного дискурсу [2, с. 187–206]. Тут, однак, застосовується інша процедура. Я не буду намагатися описати складність розумності, що демонструє різноманітність правил і форм практичного дискурсу. Я швидше зосереджуся на формальній структурі, яка — більш точно, ніж будь-який інший критерій — виражає ідею розумності і може, таким чином, відбивати сутність розумності. Ця формальна структура є структурою балансування.

1.3. Балансування

Зв'язок між балансуванням і розумністю був з'ясований Н. Маккорміком у найбільш повчальному (показовому) вигляді. За словами Н. Маккорміка, причиною «використання вимоги розумності є наявність множинності оцінюючих факторів, які оцінюють проблему з фокусу загального інтересу» [14, с. 173]. Маккорміківська система «множинності факторів» або «множинності цінностей» [14, с. 167] складається з класу принаймні двох конкуруючих причин, які становлять несумісні відповіді на практичні питання. Ідея розумності вимагає, по-перше, щоб всі аргументи, які можуть мати місце, були враховані, і по-друге, щоб «баланс» був встановлений відповідно до їх «питомої ваги або значення» [14, с. 168] у певному контексті [14, с. 173]. Таким чином, балансування визначається як сутність розумності.

Пояснення ідеї розумності шляхом звернення до ідеї балансування породжує, однак, питання про те, чи не вийде так, що розумність буде визначатись за допомогою «нерозумності». Балансування було б, дійсно, нерозумним, якби було абсолютно суб'єктивним, розумність же передбачає об'єктивність принаймні до певної міри, тобто виключає повну суб'єктивність.

1.3.1. Структура балансування

Докір у суб'єктивності, який часто висувають у бік балансування, [11, с. 259], існує у двох версіях. Перша версія не вважає балансування питанням, вартим дискусії взагалі. Говорити про балансування — це не більше, ніж використовувати метафору, яка приховує факт справжнього рішення. Це заперечення, однак, може бути легко спростоване.

Н. Маккормік визнає, що «зважування» і «балансування» може виражати *занадто грубо* процеси вирішення питання, чи всі обставини, що враховані, (взяті до уваги фактори Р. А.) являють собою не просто хороші та доречні аргументи того, що було зроблено, але адекватні або достатні причини так робити, навіть за наявності виявлених несприятливих факторів [14, с. 186, курсив Р. А.].

Думка Н. Маккорміка про те, що «балансування» або «зважування» може описати процес «занадто грубо», дійсно, виправдана, але якщо описання обмежене тим, що існують чинники, цінності або причини, які «переважають» один одного, залежно від їх більшої або меншої ваги. Незважаючи на правильність цього твердження, видається можливим зробити «грубе» описання процесу балансування. Для цього слід визначити і систематизувати усі доречні тут чинники. Таким чином, формальна структура балансування може стати прозорою. Цього можливо досягти за допомогою формули:

$$I_i \times W_i \times R_i$$

$$W_{ij} = I_j \times W_j \times R_j,$$

яка визначає конкретну вагу принципу P_i стосовно зустрічного принципу P_j (W_{ij}) як частка від ділення, по-перше, добутку інтенсивності втручання P_i (I_i), абстрактної ваги P_i (W_i) та ступеня достовірності емпіричних припущень щодо того, що розглянута міра означає для нереалізації P_i (R_i), і по-друге, добуток відповідних цінностей стосовно P_j (I_j , W_j , R_j), пов'язаних із реалізацією P_j . Ця формула була наведена в інших роботах [7, с. 433–449; 8, с. 9–27] і немає сенсу тут повторюватися. Єдине, що важливо — якщо формальна структура балансування може бути представлена таким чином, то слід говорити про балансування як про зрозуміле, ідентифіковане питання, а не як про метафору чи грубість.

1.3.2. Розподіл ваги

Тепер доречно говорити про друге заперечення суб'єктивності балансування. Воно стоїть на тому, що балансування може, в принципі, бути описане за допомогою ясної схеми, але наполягає на тому, що необхідної умови для такого описання не вистачає. Формула зважування, наведена у вигляді арифметичної схеми, була б адекватним описом балансування тільки у тому випадку, якщо значення змінних було б подано за допомогою чисел. Але це неможливо з точки зору другого заперечення. Якщо цифри можуть бути замінені на змінні взагалі, то це свідчитиме про абсолютну суб'єктивність.

Справа про тютюн

Як влучно підкреслює Н. Маккормік, «аргументи не мають ваги подібно до матеріальних об'єктів» [14, с. 186]. Це не означає, однак, що неможливо оцінити цінність факторів, представлених змінними у формулі зважування, тобто інтенсивність втручання у принцип, абстрактну важливість принципу і надійність емпіричних припущень. Це може бути проілюстровано за допомогою рішення Федерального конституційного суду Німеччини, яке стосувалося застережень у сфері охорони здоров'я. Суд вважає обов'язком виробників тютюну розміщувати попередження про шкоду паління на своїй продукції; при цьому суд вважає це «незначним втручанням» у свободу вибору професії (рішення Федерального конституційного суду, *BVerfGE* том 95, 173, at 187). Утім повна заборона на всі види тютюнових виробів буде вважатися «серйозним» втручанням. Між такими незначним і серйозним випадками існує помірність у втручанні. Прикладом може служити заборона на сигаретні автомати разом з введенням обмежень на продаж тютюнових виробів у деяких магазинах. Слідуючи таким прикладам, можливо виробити діапазон втручання: «легке», «помірне» і «серйозне». Необхідно продемонструвати, що є можливим необґрунтований, так само як і обґрунтований розподіл ваги. Візьмемо, наприклад, людину, яка відносить, з одного боку, повну заборону на всі види тютюнових виробів до «легкого» втручання у свободу вибору професії для виробника тютюнових продуктів, в той час як та ж людина вважає, з другого боку, обов'язок розмістити застереження про шкоду здоров'ю «серйозним» втручанням. Не так легко сприйняти ці твердження серйозно.

Використання шкали зі ступенями «легке», «помірне» і «серйозне» втручання також можливе з точки зору конкуруючих причин. Федеральний конституційний суд вважає шкоду від куріння як «серйозну», тому що це призводить

до «смертельних захворювань» (*BVerfGE* 95, 173, в 184 f.), і оцінює, крім того, що емпіричне припущення, що куріння пов'язане із смертельною небезпекою через виникнення раку і судинних захворювань, відповідає сучасному стану медичних знань (*BVerfGE* 95, 173, at 184). Виходячи з цього, результат балансування, як зазначає Федеральний конституційний суд, дійсно «очевидний» (*BVerfGE* 95, 173, at 187). Захист населення від ризиків паління для здоров'я переважає втручання у свободу виробників обирати і займатись своєю професією.

Шкала

Тютюнова справа викликає багато питань. Два із них розглянуто нижче. Перше стосується триступеневої шкали «легке», «помірне» і «серйозне». Використання цієї шкали у тютюновій справі зовсім не означає, що триступенева шкала необхідна для балансування. Балансування можливе у тому випадку, коли є з чим порівняти, наприклад, у когось є два кроки, а питання загальної кількості кроків є відкритим. Якщо ж шкала відсутня взагалі, що має місце, наприклад, коли порівнювані ваги є однаковими, тоді балансування є неможливим. Триступенева шкала, однак, принагідна у багатьох випадках. Це пов'язане з тим, що практична аргументація може працювати тільки з відносно «сирими» шкалами [7, с. 445].

Сумірність і порівнянність

Питання про кількість заходів, а також питання про присвоєння номерів для них [7, с. 20–23] відносять до питання про те, як працює балансування. Набагато більш актуальним є питання, чи є це взагалі можливим визначати вагу інтенсивності втручання у такі принципи чи цінності, як свобода обирати і займатися професією та громадське здоров'я. Або — обрати приклад, коли окремі права протиставляються одне одному — свобода висловлювань і захист особистості [7, с. 12 і наступ.]. У разі зіткнення принципів такого роду не існує загальної одиниці виміру, як-от гроші, якою можна було б визначити сумірність. Утім відсутність загальної одиниці виміру не означає неможливості порівняння [9, с. 1]. Треба відзначити, що такі речі, як права або інтереси, прямо не сумірні. Несумірність, однак, не передбачає загальну одиницю виміру, вона вимагає тільки спільну точку порівняння. У моральній площині цією точкою є моральна точка, у правовій площині — правова точка. Ці точки зору базуються на питаннях про те, що з моральної чи юридичної точки зору є правильним.

1.4. Дискурс

Можна було б заперечити, що такі концепти, як моральна чи юридична точки зору, є настільки абстрактними, що вони не можуть служити як загальна точка порівняння. Абстрактність цих концептів, однак, не означає їх порожнечу. Моральну, так само як і юридичну, точку зору можна розвивати за процедури: морального і юридичного дискурсу. Моральний, так само як і юридичний, дискурси є процедурами, що визначаються набором правил і форм раціональної аргументації. Таким чином, розумність розподілу ваги має свою процедуру.

1.4.1. Обмін ролями

Нейл Маккормік також підтримує ідею процедури для цілей визначення ваги. Відповідно до Маккорміка, відповідь на питання «яка підстава такого

визначення» є, напевно, такою: «краще повернутись до “процедурного” аспекту міркування» [14, с. 186, 168]. Це, каже він, «вимагає чогось на зразок процедури неупередженого спостерігача Адама Сміта» [14, с. 186]. Відповідно тоді «міра ваги» може бути «віднайдена у співчуттях та чутливих реакціях учасників дискусії до почуттів осіб, які беруть участь у процесі, але після внесення застережень про неупередженість і адекватну інформацію» [14, с. 186]. «Неупереджений спостерігач», «ідеальний учасник дискусії» [14, с. 168], або «ідеальний спостерігач» [10, с. 321] є класичною процедурою з одним учасником [3, с. 96]. На відміну від цього, дискурсивна теорія виступає за процедуру, в якій кожна людина може мати можливість брати участь. Основним аргументом на користь цього є те, що дискурс про відносну вагу інтересів не повинен відбуватися без надання права голосу тим, хто є зацікавленим. «Надання голосу» означає не просто отримання інформації, а й участь в обговоренні. Інтерпретація інтересів без врахування самоінтерпретації зацікавленими особами означала б неврахування всіх факторів, а неврахуванням усіх говорило б про нерозумність дискурсу. На практиці монологічна процедура із залученням однієї людини і діалогічна процедура із залученням усіх осіб часто зводиться до майже того самого: дискурс не може фактично бути здійсненим, він може бути здійсненим лише віртуально, тобто у свідомості однієї людини. Більше того, вимоги щодо неупередженості частково перекриваються. Монологічний і діалогічний підходи обидва розглядають обмін ролями як найважливішу процедуру для досягнення неупередженості. А. Сміт говорить про це так: «У всіх таких випадках, коли може існувати деяка відповідність між настроями спостерігача і зацікавленою людиною, спостерігач повинен передусім щосили прагнути поставити себе в становище іншого, і сприйняти кожне маленьке лихо, яке ймовірно може виникнути у постраждалого. Він повинен сприйняти найдрібніші моменти життя особи, і прагнути досконалої уяви про зміну ситуації, в якій проявились його чуттєві реакції» [18, с. 21].

Дискурсивно-теоретична версія передбачає: кожен, хто висловлює нормативні судження, яке передбачає правило з певними наслідками для задоволення інтересів інших осіб, повинен бути в змозі сприйняти ці наслідки навіть у гіпотетичній ситуації, де він чи вона знаходиться в положенні цих осіб [2, с. 203].

Основна відмінність полягає в тому, що ця вимога, адресована кожній особі індивідуально, застосовується за допомогою дискурсивної теорії у вигляді процедури повного залучення, що спрямовано на досягнення неупередженості замість обміну ролями, надавши кожному як право на участь у дискурсі, так і свободу та рівність у дискурсі [2, с. 193].

1.4.2. Об'єктивність

З точки зору скептика, всього цього недостатньо для того, щоб досягти об'єктивності. Ні роль обміну як такого, ні залучення до дискурсу не виключає можливості того, що різні особи прийдуть до різних відповідей на практичні питання у процесі обговорення. Можна назвати це «запереченням щодо незгоди».

Розумні розбіжності або дискурсивна можливість

Заперечення щодо незгоди є вирішальним моментом. Для цілей дотримання дискурсу правила не можуть за допомогою будь-яких засобів гарантувати,

що згода буде досягнута у будь-якому разі. Це очевидно у випадку реальних дискурсів і справедливо стосовно ідеальних дискурсів [1, с. 50 і наступ.]. Але це не означає, що практичні міркування є справою суто суб'єктивною. Два моменти тут є вирішальними. Першим є те, що певні результати будуть суворо вимагатися або будуть категорично виключені з точки зору дискурсу. Такою є ситуація, наприклад, із введенням статусу рабства або відмовою від свободи слова. У цьому сенсі можна говорити про «дискурсивну неможливість» [2, с. 207]. Проте залишаються численні несумісні нормативні судження, які можуть бути виправдані без порушення правил дискурсу. Це є діапазон того, що є просто дискурсивно можливим. Але — і це друга точка зору — рішення, що потрапляють у клас дискурсивно можливих, можуть суперечити рішенням інших осіб, які також відносять до діапазону дискурсивно можливих. У той же час, ці несумісні судження можуть бути підкріплені аргументами, які є виправданими, не порушуючи жодних правил дискурсу. Бути підкріпленими аргументами таким чином, щоб не порушувати правила аргументації, свідчить, однак, про те, що рішення є розумним. Діапазон дискурсивної можливості з цієї причини збігається з діапазоном розумних розбіжностей [14, с. 163, 169].

Поєднання об'єктивного і суб'єктивного

Підкріпленість аргументами, які не порушують правила розуму, у цьому відношенні означає об'єктивність і «несуб'єктивність» — на відміну від випадку, коли рішення не підкріплено аргументами, які порушують правила розуму. У разі розумних розбіжностей, конкуруючі судження об'єктивні, оскільки вони сумісні з правилами дискурсу або правилами розуму, і суб'єктивні оскільки вони залежать від осіб, які беруть участь у дискурсі. Це показує, що об'єктивність і суб'єктивність можуть зливатися в одне ціле. Розумність складається з такого злиття. Таким чином, розумність, як вважає П. Рікер, уникає альтернативи між «доказовістю і довільністю» [17, с. 81; 16, с. 378].

2. Право

2.1. Необхідність права

Опис факту розумних розбіжностей являє собою опис проблеми. Якщо кожній людині було б дозволено не тільки *відстоювати свою думку*, а й *діяти* у всіх випадках розумних розбіжностей відповідно до, за Кантом, «власного судження» [13, с. 456], то залишається без відповіді суспільні питання, на які потрібно відповісти для того, щоб захистити права, запобігти насильству, забезпечити суспільний добробут тощо. Розумність особи як такої або дискурсу як такого недостатні для встановлення соціальної координації і співпраці. За цієї умови виникає необхідність права.

Цей крок від розуму до права можна пояснювати двома шляхами. Згідно з першою інтерпретацією перехід мислиться як заміна розумності авторитетною владою прийнятих юридичних рішень у парламенті, судах та інших установах. Поступ розуму на користь рішень, на щастя, не єдине, що можливо. Альтернативою такому заміщенню є інституціоналізація розуму [5, с. 23 і наступ.]. Інша інтерпретація передбачає посилення розуму шляхом його поєднання з формою права. Цей процес має діалектичну структуру. Розум вимагає права для того, щоб стати

реальним, і право потребує розуму для того, щоб бути легітимним. Таке злиття реального та ідеального є суть ідеї розумності права. Взаємозалежність права і розуму виявляється у двох вимірах права — це процедурні та сутнісні виміри.

2.2. Процедурний вимір

Н. Маккормік описує вимогу процесуальної розумності як вимогу «належної процедури», і він каже про забезпечення «дискурсивної і деліберативної якості у процесі пошуку остаточного рішення або відповіді» [14, с. 169]. Проблема процесуального виміру розумності права тут описана досить влучно, однак досить абстрактно. Опис не містить жодної інформації щодо вимог до оптимізації дискурсивної якості інституціоналізованих юридичних процедур. Вимога включає види процедур, і обставини, за яких вони повинні функціонувати, а також питання, що не можуть бути вирішені тут [5, с. 33–41]. У будь-якому випадку, критерії організації установ завжди однакові: підвищення ролі аргументу, з одного боку, і ефективність — з другого.

2.3. Сутнісний вимір

Теорія дискурсу є процедурною теорією. Якщо говорити про сутнісний вимір у межах теорії дискурсу, то виникає питання про те, що може бути сутнісного в орбіті теорії дискурсу. Сутнісне існує, і йдеться про те, що правила дискурсу віддзеркалюють ідеї свободи та рівності. За допомогою цих ідей дискурс стає нерозривно пов'язаним із правами людини. Дискурсивна теорія припускає права людини [4, с. 220–233]. Це означає, що право не може бути розумним у повному сенсі без врахування прав людини або у вигляді конституційних прав, або в будь-якій іншій формі, яка гарантує їх пріоритет.

Включення прав людини в позитивне право як норми, які зв'язують усі державні органи і мають пріоритет над всіма іншими нормами, принципово змінюють характер правової системи. Сила законодавства сутнісно обмежується: коли права людини цілком інституціоналізовані, як того вимагає розумність, ці обмеження контролюються за допомогою конституційного контролю. Більше того, конституційні права стосуються не тільки законодавства. Судочинство та адміністрування також повинні враховувати вимоги конституційних прав, коли вони застосовують та виконують право.

Розумне застосування конституційних прав вимагає аналізу пропорційності, який включає в себе балансування. Існування прав людини у правовій системі підкреслює і посилює роль балансування. Це не означає, що підкорення закону чи схожість справ втратили своєї важливості. Відмова від дотримання закону і дотримання прецедентів на користь необмеженої влади балансування була б нерозумною, бо це дало б поштовх незбалансованому нехтуванню принципами правової визначеності, демократичного парламентаризму, рівного ставлення. З іншого боку, незбалансованим буде виключення будь-якої можливості для балансування, особливо у складних випадках. Це означає, що в розумних правових системах балансування виникає не тільки на рівні об'єктів при застосуванні права, а й на метарівні, де вирішуються проблеми, пов'язані з належним методом застосування права. Тут з'являється феномен метабалансування.

Як вже зазначалося, балансування нерозривно пов'язане з можливістю розумних розбіжностей, і однією з основних причин введення права була проб-

лема розумної розбіжності. Ця проблема зараз знову виникає в тій точці, з якої вона, здавалосьь, зникла. Утім вона з'являється в іншій формі. Завдяки владному і інституціональному контексту права її нагальність знижується і перспективи її використання збільшуються. Було б нерозумно вимагати ні більшого, ні меншого. Це означає, що розумність права вимагає більшого простору для прояву розумних розбіжностей.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Alexy, R. 1988. Problems of Discourse Theory. *Critica* 20: 43–65.
2. Alexy, R. 1989. *A Theory of Legal Argumentation*. Trans. Ruth Adler und Neil MacCormick. Oxford: Clarendon. (1st ed. in German 1978.)
3. Alexy, R. 1995. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt-on-Main: Suhrkamp.
4. Alexy, R. 1996. Discourse Theory and Human Rights. *Ratio Juris* 9: 209–35.
5. Alexy, R. 1999. My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason. In *The Law in Philosophical Perspectives*. Ed. L.J. Wintgens, 23–45. Dordrecht: Kluwer.
6. Alexy, R. 2002. Ragionevolezza im Verfassungsrecht. *Acht Diskussionsbemerkungen*. In *La ragionevolezza nel diritto*. Ed. M. La Torre and A. Spadaro, 143–50. Torino: Giappichelli.
7. Alexy, R. 2003. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris* 16: 433–49.
8. Alexy, R. 2007. The Weight Formula. In *Studies in the Philosophy of Law*, vol. 3. Ed. J. Stelmach, B. BroZek, and W. Zaluski, 9–27. Krakow: Jagiellonian University Press.
9. Chang, R. 1997. Introduction. In *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed. R. Chang, 1–34. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
10. Firth, R. 1952. Ethical Absolutism and the Ideal Observer. *Philosophy and Phenomenological Research* 12: 317–45.
11. Habermas, J. 1996. *Between Facts and Norms*. Trans William Rehg. Cambridge: Polity. (1st ed. in German 1992.)
12. Kant, I. 1964. *Groundwork of the Metaphysic of Morals*. Trans. H.J. Paton. New York: Harper & Row. (1st. ed. in German 1785.)
13. Kant, I. 1996. The Metaphysics of Morals. In Id., *Practical Philosophy*. Ed. and trans. M.J. Gregor, 353–603. Cambridge: Cambridge University Press. (1st ed. in German 1797.)
14. MacCormick, N. 2005. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
15. Rawls, J. 1993. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
16. Ricoeur, P. 1994. Zu einer Hermeneutik des Rechts: Argumentation und Interpretation. *Deutsche Zeitschrift fur Philosophie* 42: 375–84.
17. Ricoeur, P. 1996. Interpretazione e/o argomentazione. *Ars interpretandi* 1: 77–93.
18. Smith, A. 1976. *The Theory of Moral Sentiments*. Ed. D.D. Raphael and A.L. Macfie. Oxford: Clarendon Press. (1st ed. 1759.)
19. Wright, G.H. von. 1993. Images of Science and Forms of Rationality. In Id., *The Tree of Knowledge and Other Essays*, 172–92. Leiden: Brill.

Алексі Р. Розумність права

Анотація. У статті Роберта Алексі подано його власне трактування розумності права. Воно розпочинається з розгляду питання щодо розмежування понять «раціональність» і «розумність». Автор визначає розумність як концепт, що використовується для оцінки дії, рішень, осіб, правил та інститутів, а також аргументів і суджень, і встановлює основні його вимоги. У статті демонструється зв'язок між

балансуванням і розумністю, а також розкривається структура балансування. Наприкінці статті Р. Алексі визначає зв'язок права та розуму: розум вимагає права для того, щоб стати реальним, і право потребує розуму для того, щоб бути легітимним.

Ключові слова: розумність, раціональність, балансування, розумні розбіжності, право.

Алекси Р. Разумность права

Аннотация. В статье Роберта Алекси представлена его собственная трактовка разумности права. Она начинается с рассмотрения вопроса о разграничении понятий «рациональность» и «разумность». Автор определяет разумность как концепт, который используется для оценки воздействия, решений, людей, правил и институтов, а также аргументов и суждений, и устанавливает основные его требования. В статье демонстрируется связь между балансированием и разумностью, а также раскрывается структура балансирования. В конце статьи Р. Алексі определяет связь права и разума: разум требует права для того, чтобы стать реальным, а право требует разума для того, чтобы быть легитимным.

Ключевые слова: разумность, рациональность, балансирование, разумные разногласия, право.

Alexy R. The Reasonableness of Law

Summary. The article shows the interpretation of reasonableness of law stated by Robert Alexy. Primarily the author makes the distinction between expression of rationality and reasonableness. He defines reasonableness as a concept used for the assessment of such matters as actions, decisions, and persons, rules and institutions, arguments and judgments, and establishes its basic requirements. The article shows the relationship between balancing and reasonableness. Besides it he also reveals the structure of balancing. At the end of article R. Alexy defines the connection between law and reason: reason requires law in order to become real, and law requires reason in order to be legitimate.

Key words: reasonableness, rationality, balancing, reasonable disagreement, law.