

## РИТОРИЧНИЙ ПІДХІД ДО ПРАВОВОГО АРГУМЕНТУВАННЯ Й ПРАВОВОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ

### Вступні зауваги

**П**ідходи до розуміння й дослідження правової аргументації є предметом досліджень зарубіжних і вітчизняних науковців. Риторичний підхід – один із трьох визнаних підходів до дослідження правової аргументації поряд із логічним й діалектичним.<sup>1</sup> Актуальність дослідження таких підходів, зокрема й риторичного, зумовлена тим, що вони сприятимуть покращенню правового аргументування у різних юридичних сферах, що є нагальною потребою в Україні, насамперед у правозастосовчій практиці. Питанням підходів до правової аргументації присвячені праці зарубіжних та вітчизняних дослідників, зокрема, Ф. Ван Емюрена, Е. Фетеріс, Є. Стельмаха, Б. Брожека, В. Титова, О. Юркевич, М. Козюбри, О. Щербини, В. Кістяника.<sup>2</sup> Проте риторичний підхід все ж залишається недооціненим у вітчизняній юридичній практиці як такий, що не сприяє визначеності правозастосовчої практики. Проте, з нашого погляду, саме риторичний підхід до правового аргументування сприятиме вдосконаленню такої практики, насамперед у частині збагачення засобів правового аргументування. Окремо наголосимо, що топічний підхід як різновид риторичного, а також правова аргументація у правозастосовуванні є самостійним аспектом дослідження правової аргументації, що перебувають поза межами цієї статті.

\* Тамара Іванівна Дудаш, кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та філософії права, Львівський національний університет імені Івана Франка.

Tamara Dudash, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Department of Theory and Philosophy of Law, Ivan Franko National University of Lviv.

e-mail: [tamara.dudash@lnu.edu.ua](mailto:tamara.dudash@lnu.edu.ua)

ORCID ID: 0000-0002-4424-052X

<sup>1</sup> Див. детальніше про підходи до правової аргументації: Тамара Дудаш, “Основні методологічні підходи до розуміння й дослідження правового аргументування й правової аргументації,” *Вроцлавсько-Львівський юридичний збірник* 8 (2017): 103–23.

<sup>2</sup> Див., наприклад, Володимир Титов, “Основні західні теорії юридичної аргументації,” *Філософія права і загальна теорія права* 1–2 (2014): 193–201; Олена Юркевич та інші, *Юридична аргументація: Логічні дослідження*, за заг. ред. проф. Олени Юркевич (Харків: Вид. Іванченко І. С., 2012); Олена Щербина, *Логіка та юридична аргументація* (Київ: Вид.-полігр. центр «Київ. ун-т», 2013); Микола Козюбра, “Теорія юридичної аргументації,” у *Загальна теорія права*, за заг. ред. Миколи Козюбри (Київ: Ваїте, 2015), 264–85; Володимир Кістяник, “Правова аргументація: сучасні підходи до її розуміння в зарубіжних дослідженнях,” *Наукові записки НАУКМА*, том 129 *Юридичні науки* (2012): 20–22.

Риторичний підхід до дослідження аргументації об'єднує бачення такої аргументації тих вчених, які вибудовують теоретичну модель аргументації на основі антропологічної концепції раціональності (якщо відштовхуватися від термінології Ф. Ван Ємюрена та співавторів підручника з теорії аргументації).<sup>3</sup> Нагадаємо, що суть цієї концепції раціональності полягає в тому, що у ній аргументацію вважають прийнятною тоді, коли її вважають раціональною члени певної комунікативної спільноти. Риторична теоретична модель аргументування виявляє ті властивості аргументувального дискурсу, котрі відіграють вирішальну роль у переконуванні аудиторії у прийнятності певної точки зору і залежать від контексту аргументування.

Мета цієї статті полягає у виявленні ознак риторичного підходу до правової аргументації шляхом аналізу основних праць представників цього підходу, зокрема, С. Тулміна, Х. Перельмана, Л. Ольбрехт-Тітеки, К. Сандерса, Г. Грейвера, Г. Гогмана, Е. Боденгеймера, С. Фосс, Ф. Мутза, на предмет застосованої теоретичної моделі аргументування та реконструкції аргументації, що вони пропонують. Крім цього, розмежувавши правове аргументування як процес і правову аргументацію як результат,<sup>4</sup> спробуємо визначити поняття правового аргументування та правової аргументації крізь призму цього підходу.

## I. Риторичний підхід до правової аргументації: загальна характеристика

До появи праць С. Тулміна та Х. Перельмана риторичний підхід до аргументації вважали нераціональним і не сумісним з ідеями раціональної дискусії. Його раціональність було зреабілітовано після появи праць зазначених філософів. Як вказав Ф. Ван Ємюрен, у 80–90-х рр. XX ст. такі вчені, як Д. Вензель, О. Ребоуль наголошували на тому, що риторика за значимістю поступається лише діалектиці, пропонували спиратися на риторику у поєднанні з логікою та діалектикою. Діалектика як мистецтво ведення дискусії є частиною риторики, оскільки забезпечує останню інтелектуальним апаратом.<sup>5</sup> Згодом поняття дискурсу стало невід'ємною частиною побудови риторичної теоретичної моделі аргументування – майданчиком для переконування аудиторії риторичними засобами аргументації.

<sup>3</sup> Frans van Eemeren et al., *Handbook of Argumentation Theory* (Dordrecht: Springer Science+Business Media, 2014), 10.

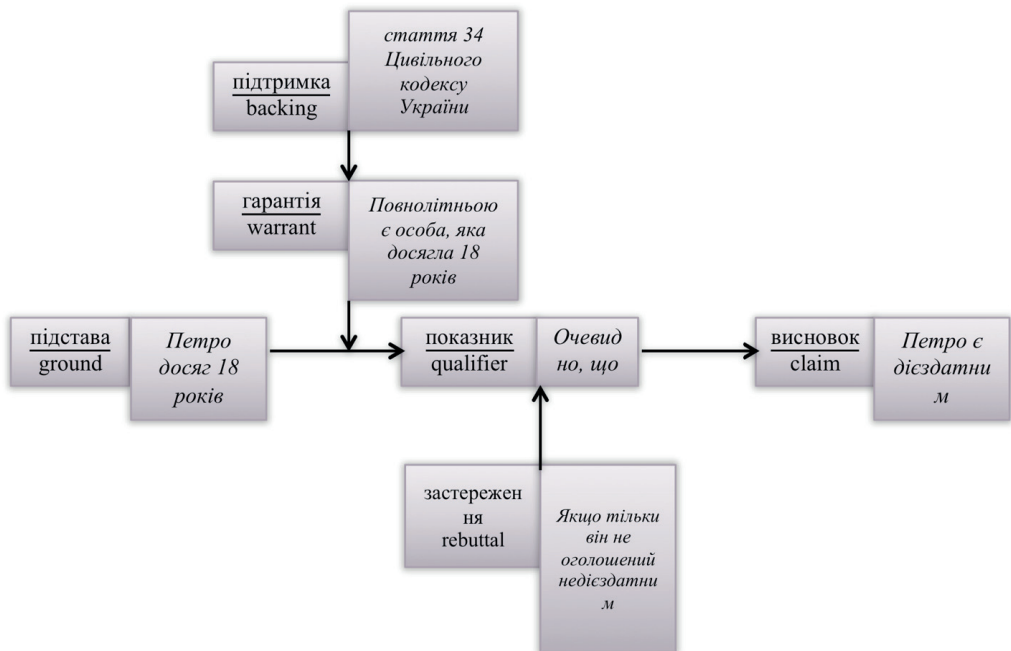
<sup>4</sup> Як доводилося зазначати (Дудаш, "Основні методологічні підходи," 104), українська мова дозволяє на термінологічному рівні розмежувати процес (аргументування) і результат аргументації (власне аргументацію). В англійській же мові найчастіше вживають один термін «*argumentation*» для позначення обидвох, що спричинило необхідність розмежування «контексту виявлення» й «контексту обґрунтування» у аргументації. Визначення правового аргументування й аргументації залежить від обраного підходу до їх розуміння і може постати за результатами дослідження правової аргументації крізь призму певного підходу, зокрема й риторичного.

<sup>5</sup> Франс ван Емюрен, "Современное состояние теории аргументации," в *Важнейшие концепции теории аргументации*, пер. с англ. В. Ю. Голубева, С. А. Чахоян, К. В. Гуджовой, науч. ред. А. И. Мигунов (Санкт-Петербург: Филологический факультет СПбГУ, 2006), 21.

Як зазначав американський дослідник риторичного підходу до правової аргументації К. Сандерс, цінністю теорій аргументування Х. Перельмана та С. Тулміна є те, що у них аргумент досліджено не як такий, що створює норми, а такий, що описує норми. Він особливо наголошував на тому, що праці зазначених вчених були поверненням до ідей Аристотеля, який вважав, що більшість справжніх аргументів були практичними за своєю суттю і їхнє місце є поза жорсткими системами логічного й математичного доведення.<sup>6</sup> Розглянемо зміст відповідних концепцій правового аргументування.

Теорія аргументації С. Тулміна розвиває загальну аргументацію, але має за основу процес аргументування, що його здійснюють у праві. У праці «Використання аргументу» 1958 р. С. Тулмін поставив під сумнів прийнятність дедуктивного аргументування у практичній аргументувальній діяльності, надав своє бачення того, як потрібно будувати аргумент і структурні частини аргументу. З його погляду, процедура аргументування є незмінною для аргументувальної діяльності у будь-якій сфері. А вже матеріальні критерії оцінювання аргументації залежать від тієї сфери, у якій його здійснюють.

С. Тулмін запропонував схему аргументування з шести складників – трьох основних та трьох додаткових:



<sup>6</sup> Kurt M. Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, vol. 3 (2006): 166–67.

Першим і основним складником схеми побудови аргументу є твердження (*claim*) – дослівно – теза, яку висловлюють і будуть аргументувати. Проте, як зазначає С. Фосс, у моделі С. Тулміна – це *висновок аргументу*, який аргументувач прагне переконливо обґрунтувати, або «кінцева точка подорожі». Цей складник надає відповідь на питання «Куди ми рухаємося?»<sup>7</sup>

Другим складником схеми побудови аргументу є підстави (*grounds*) – це факти чи інша інформація, на якій ґрунтується аргумент. С. Фосс вважає, що цей складник надає відповідь на питання «Що ми маємо продовжувати?»<sup>8</sup> Цей складник С. Тулмін ще називає «дані» (*data*).<sup>9</sup>

Третім складником аргументу є гарантія (*warrant*) – це норма або принцип, що підтверджує факти, але стосується питань права. Як зазначає С. Фосс, цей складник аргументу авторизує наш перехід від підстав (*grounds*) до висновку (*claim*); він дозволяє оцінити, чи «подорож» від підстав до висновку є легітимною. Він відповідає на питання «Як ми переконливо обґрунтуємо перехід від підстав до висновку?»<sup>10</sup> Водночас Р. Алексі вважає, що цей складник аргументу слід на будь-якому рівні розуміти як засновок.<sup>11</sup>

Інші складники аргументу є додатковими або вторинними.

Підтримка (*backing*) – це джерело гарантії (*warrant*), що підтверджує її прийнятність. Як зазначає К. Сандерс, цей складник забезпечує довіру до гарантії і може бути наданий тоді, коли аудиторія не бажає беззаперечно прийняти гарантію.<sup>12</sup>

Показник модальності (*modal qualifier* або *qualifier*) використовують тоді, коли треба уточнити, якою мірою гарантію (*warrant*) можна застосувати до цього висновку. Як вважає К. Сандерс, показник модальності вказує на ступінь сили або достовірності, яким володіє висновок (*claim*); він перетворює аргумент з абсолютного у правдоподібний.<sup>13</sup>

Застереження (*rebuttal*) – це певні умови чи винятки з загального правила, за наявності яких висновок (*claim*) є недійсним; цей складник заздалегідь враховує заперечення, які можуть висловити проти аргументу для спростування висновку (*claim*).<sup>14</sup>

З огляду на те, що основними складниками моделі аргументування С. Тулміна є факти (*data, ground*), гарантія (*warrant*) й висновок (*claim*), її ще називають модель «факти-гарантія-висновок». Критерієм доладності (*soundness*) аргументування у ній слугує її переконливість для будь-якої розумної людини.

<sup>7</sup> Sonja K. Foss et al., *Contemporary Perspectives on Rhetoric* (Illinois: Prospect Heights, 1985), 118.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Stephen Toulmin, *Uses of Argument* (Cambridge: University Press, 2003), 89–100.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. R. Adler and N. MacCormick (Oxford: Clarendon Press, 1989), 92.

<sup>12</sup> Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 169.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid.

У праці 1978 р. «Вступ до обґрунтування» С. Тулмін зі співавторами сформулювали критичні питання, які відображають послідовність кроків з аргументування, що отримали назву «аргументувальний тест Тулміна».

- На яких фактах (*data*) ґрунтується висновок (*claim*)?
- Як Ви переконливо обґрунтовуєте (*justify*) крок від цих фактів до твердження?
- Чи справді надійний цей крок?
- Наскільки сильним є Ваш висновок?
- Що може зробити цей аргумент неприйнятним?<sup>15</sup>

Оцінювання ролі теоретичної моделі аргументування С. Тулміна є неоднозначним. Е. Фетеріс зазначає, що ця модель має обмежене застосування до правового аргументування з огляду на те, що вона дозволяє аналізувати лише прості справи, а для складних справ є непридатною, бо не враховує необхідності тлумачення норми та кваліфікації фактів у складних справах.<sup>16</sup> Ці ж застереження, до речі, часто висловлюють і до логічного підходу до правової аргументації.

Натомість, з погляду К. Сандерса, модель С. Тулміна є гнучкішою порівняно з силлогістичною моделлю аргументування, оскільки, визнаючи показники модальності (*modal qualifiers*), вона враховує місце правдоподібності й непевності у судовому обґрунтуванні й процесі ухвалення рішень. Крім того, ефективний аргумент повинен містити елемент застереження (*rebuttal*); адже суд очікує, що юрист робитиме спроби спростувати контраргументи. К. Сандерс особливо наголошує на тому, що модель С. Тулміна придатна не для оцінювання аргументів, а лише для їхнього створення. Якщо її використовувати для оцінювання аргументації, на результат оцінювання можуть вплинути неточності тлумачення, зокрема, відмінності між фактами та нормами зникнуть, якщо норма є експліцитною, а факти прихованими.<sup>17</sup>

Незважаючи на критику концепції С. Тулміна з боку Е. Фетеріс, Ф. Ван Емюрена,<sup>18</sup> вважаємо, що вона має евристичний потенціал як теоретична модель правового аргументування хоча б з огляду на те, що вона розширює і деталізує поняття правової кваліфікації (привносить у нього показник модальності, застереження й підтвердження як невід'ємні елементи, пов'язані з переходом від фактів і правила до висновку).

Нова риторика Х. Перельмана. Ще однією стрижневою риторичною концепцією правової аргументації є нова риторика Х. Перельмана. Правник за фахом Х. Перельман розробив як загальну модель аргументування, відмінну від логічної, так і модель правового аргументування, яке відштовхувалося від його бачення аргументування загального. Його модель аргументування, так само як і модель С. Тулміна, ґрунтується на антропологічній концепції раціональності, в якій критерієм

<sup>15</sup> Stephen Toulmin et al., *An Introduction to Reasoning* (New York: Macmillan, 1984), 38, 46, 62, 86.

<sup>16</sup> Eveline Feteris, *Foundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions* (Dordrecht: Springer, 1999), 47.

<sup>17</sup> Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 172.

<sup>18</sup> Eemeren et al., *Handbook of Argumentation*, 243.

доладності (*soundness*) аргументації є її переконливість – переконливість саме для аудиторії (єдність тих, на кого мовець хотів би вплинути своєю аргументацією<sup>19</sup>), до якої звертається аргументувач. Крім того, як і С. Тулмін, Х. Перельман вважає, що формальна логіка чи демонстрація не придатні для оцінювання щоденних аргументів, котрі ґрунтуються на оцінних судженнях, оскільки оголошує такі аргументи нераціональними. Х. Перельман не лише наголошує на функції переконувального обґрунтування аргументу, як і С. Тулмін, але й перевершує останнього у тому сенсі, що вважає, що ні абсолютна істинність, ні правильність не притаманні для практичного аргументування.<sup>20</sup> Апелювання до розуму є зверненням до схвалення аудиторії; доладний аргумент є ефективним аргументом.

Як зазначає К. Сандерс, теза Х. Перельмана про те, що щоденне аргументування відбувається неформально, а не відповідно до логічних форм та теорем, особливо добре пасує до правового аргументування. Юридичні твердження не можна довести формально чи емпірично. Натомість їх має оголосити обґрунтованими спеціально уповноважений суб'єкт; юрист повинен домогтися схвалення позиції його клієнта з боку аудиторії. Другою точкою дотику теорії Х. Перельмана й правового аргументування К. Сандерс вважає той факт, що двозначності в останньому ніколи не можна цілком уникнути через мову, яку постійно використовують і яка завжди відкрита для множинних тлумачень.<sup>21</sup>

Важливим моментом у теоретичній моделі Х. Перельмана є і те, що переконування не можна досягнути формально-логічним доказуванням у складних справах. Адже аргументувач змушений зважувати цінності для того, щоб обрати те чи інше тлумачення норми, яку він застосовує, тлумачить чи реалізовує. А тоді він має переконати правову аудиторію у тому, що обране тлумачення є найбільш справедливим та юридично правильним. Х. Перельман наголошує, що аргументувач має показати, що вибір, який він зробив, та цінності, які він використав для виправдання свого рішення, не ґрунтуються на суб'єктивному виборі. Він має продемонструвати, що вибір є обґрунтованим та може бути виправданим як інтерсуб'єктивно прийнятний, тобто що прийняте рішення не є свавільним.<sup>22</sup>

Наголосимо, що Х. Перельман не відкидав формальну логіку як таку. Як він сам зазначав, у «Трактаті з аргументації» він і пані Л. Ольбрехт-Тітека «запропонували неформальну логіку як теорію аргументації, яка *доповнює* (курсив наш. – Т. Д.) теорію демонстрації, що є предметом формальної логіки».<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Chaim Perelman and Lucie Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, trans. John Wilkinson and Purcell Weaver (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1969), 19.

<sup>20</sup> Sławomira Wronkowska and Zygmunt Ziemiński, *Zarys teorii prawa* (Poznań: Ars boni et aequi, 2001), 77.

<sup>21</sup> Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 173.

<sup>22</sup> Feteris, *Foundamentals of Legal Argumentation*, 52.

<sup>23</sup> Chaim Perelman, "Justice and Justification," trans. S. Rubin, *Natural Law Forum* 10, no. 1 (1965): 4.

Як зазначив Е. Боденгеймер, для Х. Перельмана аргументація, підтримана фактами, була легітимним доповненням до формальної логіки, інша за своїм характером, але така, що все ж залишається у межах *ratio*. Х. Перельман вважав, що не лише описові твердження, але й оцінні судження є належним предметом для раціональної дискусії. Він не погоджувався з поглядом логіків-позитивістів, що оцінні судження залежать лише від ірраціонального вибору, який ґрунтується на особистому інтересі, пристрастях, упередженнях чи міфі.<sup>24</sup>

Теоретична модель аргументування Х. Перельмана охоплює і аргументувальну техніку, що “працює” в межах дискурсу. Для переконливого (ефективного) аргументування Х. Перельман пропонує відштовхуватися від **аналізу аудиторії та вихідних точок**. Аудиторію він вирізняв універсальну та окрему (яка включала спеціалізовану, елітну, окремого співрозмовника та самого себе).<sup>25</sup> Правова аудиторія згідно з Х. Перельманом може бути трьох типів: 1) сторони спору, 2) фахівці-юристи, 3) громадськість; а усі три вони разом становлять уявну аудиторію, яка є наріжним каменем розумності (*the touchstone of reasonableness*) для судді.<sup>26</sup> Якщо поняття вихідної точки (позиції) у тому чи іншому формулюванні є наскрізним для усіх підходів до правового аргументування (логічного, риторичного й діалогічного), то поняття правової аудиторії є специфічним саме для риторичного підходу.

Аргументи повинні ґрунтуватися на вихідних точках, які приймає або вважає обґрунтованими аудиторія, бо сприйняття аудиторії є мірою переконливості. Такі вихідні точки Х. Перельман поділяє на *реальні та бажані*. Факти, аксіоми та презумпції є реальними вихідними точками, а цінності, ієрархії цінностей та лінії аргументу (*loci*) є бажаними. Факти набувають статусу фактів лише тоді, коли їх визнає такими аудиторія. Істинами Х. Перельман вважає ширші принципи, теорії чи концепції, сформовані пов’язаними між собою фактами. Презумпції набувають такого статусу, якщо вони не спростовані. Вихідні точки, що їх Х. Перельман вважає бажаними, охоплюють *абстрактні цінності* (як-от: правда, віра чи справедливість); *ієрархії цінностей*, у якій певна цінність поставлена вище, ніж інша (наприклад, свобода понад лояльність, справедливість понад корисність, чесність понад доброзичливість); та *loci* або підстави для класифікування аргументів, які ще називають лініями аргументів.<sup>27</sup> Чи не найбільше питань виникає щодо *loci*, які трактують по-різному дослідники правового аргументування.

К. Сандерс, посилаючись на працю Х. Перельмана та Л. Ольбрехт-Тітеки, зазначає, що *loci* зокрема охоплюють поняття кількості, якості, порядку, причини, сутності,

<sup>24</sup> Edgar Bodenheimer, “Perelman’s Contribution to Legal Methodology,” *Northern Kentucky Law Review* 391, vol. 12 (1985): 403.

<sup>25</sup> Chaim Perelman, *The Realm of Rhetoric*, trans. William Kluback (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1982), 30.

<sup>26</sup> Chaim Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, tłum. T. Pajor (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1984), 124.

<sup>27</sup> Perelman and Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric*, 75.

автономії. *Loci* аргументу схоже на аристотелівський топ як місце зберігання для аргументів. Воно так само є загальним *loci communes* – характерним для всіх сфер, і спеціальним *loci specifici* – для певних наук.<sup>28</sup> Щодо юридичних *loci* Х. Перельман конкретизував, що загальні принципи права становлять лише права, тоді як найбільш загальні твердження, що є принципами вихідних точок для неспецифічної рефлексії, виконують роль, аналогічну до аксіом у формальній системі.<sup>29</sup>

Е. Фетеріс вважає *loci* Х. Перельмана «вподобаннями конкретної аудиторії, які мають гранично загальну природу та можуть бути використані для переконливого обґрунтування цінностей та ієрархій цінностей».<sup>30</sup> Водночас, описуючи модель правового аргументування Х. Перельмана, вона зазначає, що «*loci* відіграють роль вихідних точок у праві. Для отримання схвалення правової аудиторії (максимально широко – правової спільноти. – Т. Д.) використовують загальноприйняті правові цінності, які можна вважати *loci*»,<sup>31</sup> якими можуть слугувати загальні принципи права.<sup>32</sup>

Згідно з позицією Є. Стельмаха та Б. Брожека, роль *loci* у правовій аргументації виконують загальні правові принципи, як-от: *pacta sunt servanda, clara sunt interpretanda* (зрозуміле не потребує тлумачення) чи *nemo iudex idoneus in propria causa* (ніхто не може бути суддею у своїй власній справі) та ін. Незважаючи на те, що Х. Перельман вирізняв загальні *loci* та спеціальні *loci*, вони наголошують, що у різних ситуаціях одні і ті самі топи можуть бути як загальними, так і спеціальними. Тому лише місце та час уживання дозволяють встановлювати, в якій ролі – загального чи спеціального *loci* вжито той чи інший принцип.<sup>33</sup> Відштовхуючись від прийнятих принципів, аргументувач намагається отримати схвалення аудиторії щодо конкретної, але суперечливої точки зору. Для цього важливо, щоб він пояснив, чому норма права має бути витлумачена саме у такий спосіб. А для цього, своєю чергою, аргументувач використовує такі аргументи, які використовують у тлумаченні норм права, а саме: *argumentum a contrario* (аргумент від супротивного), *argumentum a simili* (аргумент щодо подібності), аргумент за аналогією, *argumentum a fortiori* (аргумент з досвіду), *argumentum a completudine* (аргумент з цілісності), *argumentum a coherentia* (аргумент з узгодженості), психологічний аргумент, історичний аргумент, апагогічний аргумент, телеологічний аргумент, *argumentum ab exemplo* (аргумент з прикладу), системний аргумент). Як наголошують Є. Стельмах та Б. Брожек, дуже важливу роль на шляху від «спільних місць» (*loci*) до переконаності аудиторії відіграють риторичні фігури: посилення, повтори, вживання очевидно непрямого мовлення, візуалізація і, насамкінець, перетворення часів для посилення впливу аргументації.<sup>34</sup> Зазначені автори

<sup>28</sup> Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 174.

<sup>29</sup> Perelman, *Logika prawnicza*, 161.

<sup>30</sup> Feteris, *Foundamentals of Legal Argumentation*, 50.

<sup>31</sup> *Ibid*, 53.

<sup>32</sup> *Ibid*.

<sup>33</sup> Jersy Stelmach and Bartosz Brożek, *Methods of Legal Reasoning* (Dordrecht: Springer, 2010), 134.

<sup>34</sup> *Ibid*, 133–34.



дуже вдало виокремили *засоби риторичного підходу* до правового аргументування. Окремо наголосимо, що набір таких засобів є специфічним саме для цього підходу і лише частково перетинається з засобами аргументування діалектичного й логічного підходів.

Отже, незважаючи на те, що зміст *loci* тлумачать по різному, тим самим доповнюючи автора, для цілей побудови риторичної теоретичної моделі правової аргументації оптимально і найбільш практично погодитися з тими авторами, що розглядають їх як «спільне місце» – правові цінності, принципи та інші оцінні поняття, які імпліцитно чи експліцитно слугують вихідними точками правового аргументування риторичними засобами.

Поняття «*вихідна точка*» є аналогом засновків у логічному підході. Як зазначив К. Сандерс, для юриста вихідною точкою є питання фактів або права. *Вихідна точка реального виду* пов'язана з фактом чи презумпцією і допомагає зрозуміти часом тонку різницю між юридично значущим фактом та юридичною презумпцією. *Вихідна точка бажаного виду* стосується способу організації цінностей залежно від порядку їхньої важливості. Х. Перельман зазначав про абстрактні та конкретні, гомогенні та гетерогенні ієрархії. У гомогенних ієрархіях порівнюють подібні цінності, такі як поміркованість та суворість, що робить визначальним вимірювання ступеня та інтенсивності таких цінностей. У гетерогенних ієрархіях різні цінності вступають у конфлікт, наприклад, чесність може конфліктувати з добротою, доброта з істиною тощо. Найчастіше у правовому аргументуванні використання ієрархій та обговорення місця цінностей у них пов'язані з політичними аргументами (чесна конкуренція проти вільної конкуренції, покладання ризиків на продавця проти покладання ризиків на покупця).<sup>35</sup>

На цій стадії аргументування має бути ідентифіковано те, що Е. Фетеріс назвала *standpoint*, а К. Сандерс назвав *claim*. Це висновок або теза, у прийнятності якої будуть переконувати аудиторію на наступних стадіях аргументування. При цьому К. Сандерс наголошує, що перельманівське поняття «*вихідних точок*» допомагає юристу виявити тезу – питання факту та права, яке обговорюють. «*Вихідні точки*» пропонують широку схему для виокремлення того, щодо чого є згода, від того, що не погоджено, а також для виокремлення типів аргументу.<sup>36</sup>

Отже, на першій стадії риторичної теоретичної моделі правового аргументування оцінюють правову аудиторію, виявляють вихідні точки (засновки) й тезу (висновок), що здатні переконати таку аудиторію.

Наступним кроком у аргументуванні після аналізу аудиторії та встановлення вихідних точок є ***систематичне розвивання тези шляхом обміну інформацією*** [*liaison*]. Поняття обміну інформацією характеризують створенням асоціації та дисоціації

<sup>35</sup> Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 174.

<sup>36</sup> Ibid.

засновків. Х. Перельман наголошував, що ці дві техніки взаємно доповнюють одна одну і працюють одночасно.

Під асоціюванням Х. Перельман розумів аргументувальні схеми, які спрямовані на поєднання роз'єднаних елементів та встановлення єдності між ними з метою організування або ж оцінювання таких елементів позитивно чи негативно через посередництво самих цих елементів. Для створення асоціації використовують три техніки: 1) квазілогічний аргумент; 2) аргумент, ґрунтований на структурі дійсності; 3) аргумент, ґрунтований на встановленні структури дійсності. Перша техніка для створення асоціації – квазілогічний аргумент – запозичена з логічних та математичних зв'язків – суперечностей, тотожностей, об'єднань частина-ціле – які не є формальними демонстраціями. Квазілогічні аргументи створюють після формально-логічних операцій, але без презумування внутрішньої правильності. Друга техніка – аргумент, ґрунтований на структурі дійсності, – охоплює асоціації слідування та сумісності. Асоціації слідування відсилають до аргументів причини та наслідку, або антецеденту та консеквенту, тоді як асоціації сумісності відсилають до створення зв'язку між особою та дією або між дією та сутністю. Наприклад, аргументи авторитету є аргументами співіснування, які встановлюють зв'язок між особою та дією. Третя техніка асоціації – аргумент, ґрунтований на встановленні структури дійсності, – має два види: 1) аргументи з прикладу, ілюстрації та створення моделі та 2) аргументи за аналогією та метафору.<sup>37</sup> Аргументи за асоціюванням створюють зв'язки слідування та сумісності між вихідною точкою та засновком.

Х. Перельман вважав, що техніка *дисоціації* пропонує механізм для розуміння й усунення суперечностей між поняттями дійсності. Техніка дисоціації прагне навести мости між ідеями. Зазвичай аргументи за дисоціюванням поділяють поняття на дві частини для усунення несумісності. Як зазначив Б. Гарсен, застосовування дисоціювання призводить до формулювання нового визначення поняття або ж до його конкретизації. За допомогою цього прийому можна істотно підвищити ступінь переконливості аргументації.<sup>38</sup>

К. Сандерс вважає, що дисоціацію найчастіше використовують у аргументах, пов'язаних з тлумаченням закону, коли дослівний текст закону, ймовірно, суперечить його законодавчій меті.<sup>39</sup> З погляду Х. Перельмана, зусилля для усунення невідповідностей докладають на кожному рівні юридичної діяльності – і законодавець, і теоретик права, і суддя. Коли суддя розглядає юридичну антиномію у справі, що він розглядає, він не може ігнорувати одну з двох норм за рахунок іншої. Він повинен переконливо обґрунтувати свій спосіб дії, обмежуючи сферу застосовування кожної норми через її тлумачення, що відновлює когерентність юридичної системи. Він

<sup>37</sup> Perelman and Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric*, 193–95.

<sup>38</sup> Барт Гарсен, “Схеми аргументації,” в *Важнейшие концепции теории аргументации*, 104.

<sup>39</sup> Saunders, “Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument,” 176.

запропонує відмінності з метою узгодження того, що без таких відмінностей було б неузгоджуваним.<sup>40</sup>

Отже, аргументувальні техніки, що їх використовують для обміну інформацією, є аргументувальними схемами, тобто засобами риторичного підходу. Вони органічно вплетені в теоретичну модель правової аргументації Х. Перельмана і спрямовані на переконання правової аудиторії у праводоподібності позиції аргументувача.

Наступним кроком у аргументуванні після обміну інформацією є **проявленість** (*presence*). Переконаливо обґрунтовуючи висновок, аргументувач повинен надати значущості засновкам та зв'язкам, що містяться в аргументі. Обираючи виокремлення або наголошення певних характеристик у аргументі, привертає увагу аудиторії до цих характеристик і, таким чином, надає їм проявленість, що запобігає їхньому ігноруванню. Проявленість діє безпосередньо на чутливість аудиторії через відібрання того, що включати, а що не включати у аргумент. Проявленість має і негативний вимір: ненаголошування на інформації також можна використати стратегічно.<sup>41</sup> У контексті права проявленість можна знайти у формах доказів, вміщених у свідчення у судовому засіданні та у викладенні фактів у короткому викладі справи.<sup>42</sup>

Вважаємо, що цей складник теоретичної моделі правової аргументації Х. Перельмана є специфічним саме для риторичного підходу і пов'язаний із застосуванням риторичних прийомів та оцінюванням оптимальних доступних можливостей переконати правову аудиторію як додатку до застосування аргументувальних схем. Загалом же концепцію Х. Перельмана можна вважати придатною для дослідження правової аргументації теоретичною моделлю аргументування, спрямованою на побудову аргументів з метою переконання правової аудиторії у правовому дискурсі. Крім того, сам Х. Перельман уважав свою концепцію аргументації такою, що забезпечує взаємодію між правовим позитивізмом та доктриною природного права. З погляду К. Кукурика, концепція Х. Перельмана не передбачає системи природного права, але відхиляє позитивістський погляд на право як такий, що обмежує себе до регуляторів і норм, які встановлені людьми як суверенним органом.<sup>43</sup>

*Інші концепції правового аргументування.* Г. Гогман застосував положення класичної риторичної теорії до сучасної правової аргументації, запропонувавши своє бачення рівнів аргументації. Він вважає сутнісною ознакою правової аргументації, так як і його попередники, необхідність переконати аудиторію в аргументувальній ситуації.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Perelman and Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric*, 414–15.

<sup>41</sup> Perelman, *The Realm of Rhetoric*, 35.

<sup>42</sup> Див. детальніше: Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 177–78.

<sup>43</sup> Krzysztof Kukuryk, "Nowa retoryka prawnicza Chaima Perelmana," in Z. Władek, J. Stelmasiak, G. Gogłoz, K. Kukuryk, ed., *Księga życia i twórczości. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Romanowi A. Tokarczykowi*, tom V Prawo (Lublin, 2013), 173.

<sup>44</sup> Hanns Hohmann, "The Dynamics of Stasis: Classical Rhetorical Theory and Modern Legal Argumentation," *The American Journal of Jurisprudence* 1, vol. 34 (1989): 171–97.

Ф. Мутз працює на межі риторики і герменевтики, досліджуючи питання права. Він поєднав герменевтичну філософію Г. Гадамера та риторику філософії Х. Перельмана для оцінювання юридичної практики на предмет дотримання принципу справедливості. Від Г. Гадамера він запозичив метафору герменевтичного розуміння як спілкування (онтологію), але оцінив останнє як активну риторику практику (методологію). Він дійшов висновку, що справедливість є риторику-герменевтичною цілісністю, а не набором приписів.<sup>45</sup> Зазначена праця написана у формі есе, а його тези є гранично абстрактними і не дозволяють вичленувати риторику теоретичну модель аргументування. Проте вони містять елементи антропологічної концепції раціональності на філософському рівні дослідження правової аргументації.

Ще одним науковцем, що працює у межах риторику підходу до правового аргументування, є Г. Грейвер. Він запропонував бачення прецедентного права як прикладної риторики, яку розумів як спосіб, у який отримують підтримку точки зору через аргумент.<sup>46</sup> При цьому риторика не заміщує логіку й емпіричне знання у тих ситуаціях, коли вони надають відповіді на певні запитання. Проте зазвичай останні не надають відповіді на запитання, які ставлять правники стосовно того, що ж відбулося у конкретній справі, як різні ситуації слід кваліфікувати та розсудити відповідно до правових норм і як можна отримати підтримку такого погляду на певні обставини. Риторика уможливає отримання підтримки тих тверджень, правильність яких не можна продемонструвати через логічні висновки та надійні докази. Йдеться, насамперед, про твердження стосовно цінностей та норм.<sup>47</sup> Те, чи лінія аргументування буде переконливою, залежить від таких трьох факторів: 1) наскільки аргументувачу можна довіряти; 2) як це узгоджене з доказами й іншими аргументами і 3) як докази й такі аргументи впливають на реципієнта. Тому Г. Грейвер доходить висновку, що є три основні питання для того, хто хоче вирішити юридичні питання: 1) яка лінія аргументування є найбільш переконливою (*логос*); 2) як здаватися таким, хто викликає довіру (*етос*) та 3) чого необхідно досягти певним людям, до яких звертаються у конкретній справі (*патос*).<sup>48</sup> Він окремо розглянув кожне з цих питань.

Стосовно переконливості лінії аргументування (*логосу*) Г. Грейвер пропонує розвивати ще чотири питання, три з яких класичні риторикуні, а четверте додав Квінтіліан. Перше – чи щось існує? – стосується фактів та оцінювання доказів. Друге – що це? – стосується того, які правові норми можна застосувати, умов застосування цих правових норм й актуальної кваліфікації. Третє – яка його суть? – стосується юридичних наслідків: чи порушення призводить до сплати компенсації, чи спроба правильно владнати питання призводить до юридичної недійсності тощо. Четверте

<sup>45</sup> Francis J. Mootz, *Law, Hermeneutics and Rhetoric* (New York: Routledge, 2016), xv-xvii.

<sup>46</sup> Hans Petter Graver, "Sense and Sensibility – Classic Rhetoric as a Model for Modern Legal Thinking," *Scandinavian Studies in Law*, vol. 53 (2008): 234.

<sup>47</sup> *Ibid*, 235.

<sup>48</sup> *Ibid*, 236.

питання стосується виправдання застосування норм у справі. Його можна розглядати як суто технічне питання, що стосується умов звернення до суду та юрисдикції суду, а також через нього порушувати питання, чи є виправдання тому, що певні норми не взяли до уваги у конкретній справі.<sup>49</sup> Отже, логос більше стосується доказового аргументування.

Щодо етосу Г. Грейвер наголошує на тому, що йдеться про засоби здобуття авторитету й довіри у реципієнтів аргументування. Правники розвивають довіру до їхніх бачень, вибудовуючи довіру до права загалом, запозичуючи таку довіру до права, коли вони будують аргументи та здобувають особистий авторитет чи етос. Основним засобом здобуття довіри та авторитету у правовому аргументуванні вчений уважає мову й стиль викладу: вибір слів і термінів, вживання латинізмів, сталих юридичних словосполук, синонімів створюють враження освіченості й юридичної обізнаності аргументувача. Такий самий вплив має складання судових рішень від третьої особи (наприклад, «суд уважає»), за винятком написання окремих думок суддів; використання конструкцій «звідси випливає», «можна дійти висновку» тощо. Останнє створює враження, що судді роблять логічний висновок, але насправді вони самі формулюють великий (норму) і малий (факти) засновки та зважують інтереси. Ще одним засобом надання авторитетності аргументам є використання посилань, що часто зовсім не має за мету вказати на джерело тієї чи іншої інформації. Крім того, правнича мова має низку метафор, які допомагають аргументувачам посилити враження об'єктивності і послабити суб'єктивний елемент у юридичному аргументуванні. Звернення до «джерел права», а також «зважування інтересів», які привели до остаточного висновку, надають об'єктивних властивостей аргументам.<sup>50</sup>

Стосовно патосу правової риторики, тобто співчуття до аргументувача, Г. Грейвер наголошує на тому, що людей легко переконати тоді, коли вони хочуть бути переконані, і на це часто впливають нераціональні фактори, зокрема й потреби та інтереси. Важливо не ґрунтувати аргументи на усіх типах поглядів, а лише на тих, які поділяє обрана група людей. Можна змінити деякі з них, але не всі водночас. Важче переконати у чомусь, що суперечить фундаментальним поглядам, ніж у тому, що суперечить периферійним.<sup>51</sup>

Отже, концепція правової аргументації Г. Грейвера містить риторичну теоретичну модель правового аргументування і риторичний стандарт раціональності – переконливість аргументації. Її елементи, зокрема мовні індикатори правової аргументації, дозволяють реконструювати аргументи.

Апологетом риторичного підходу до правового аргументування став і Н. Мак-Кормік. У праці 2005 р. «Риторика та верховенство права» [*Rhetoric and the Rule of Law*]

<sup>49</sup> Hans Petter Graver, "Sense and Sensibility – Classic Rhetoric as a Model for Modern Legal Thinking," *Scandinavian Studies in Law*, vol. 53 (2008): 237.

<sup>50</sup> Ibid, 241.

<sup>51</sup> Ibid, 243–44.

він частково переглянув свої погляди, висловлені у праці «Правове обґрунтування і правова теорія» [Legal Reasoning and Legal Regal Theory] 1978 р., і вважає, що всі питання критеріїв пояснення і форм належного правового аргументування повинні розглядатися у контексті основоположних цінностей, які ми привносимо у правовий порядок. Аргументування щодо правозастосовування у світлі таких цінностей є таким, що переконує, а не демонстративним. Деякі аргументи справді є кращими за інші, хоча суддя з досвідом завжди знайде правильне рішення. У таких випадках все одно треба ухвалювати остаточні, хоч і не ідеальні рішення. Для цього можна використовувати такий спосіб вирішення тих справ, які необхідно вирішити в інтересах справедливості та порядку, як голосування більшістю. Це все робить внесок у верховенство права.<sup>52</sup>

Н. Мак-Кормік як теоретик правової аргументації вибудовує теоретичну модель останньої на основі поєднання різних підходів до правової аргументації, проте домінує у ній підхід логічний. Він вважає правову риторику надбудовою над правовою логікою. Якщо правовий силогізм вважати таким, що проявляє межі правового аргументування, яке включає і правозастосовування, то є лише обмежені випадки, коли потрібно вдатися до в принципі не дедуктивного, а риторичного аргументування для їхнього розв'язання. Він наводить чотири такі випадки, використовуючи спрощену формулу «якщо оперативні факти (далі – ОФ), то нормативний висновок (далі – НВ)».

1) Наявність жодного ОФ, заявленого у обвинувальному акті чи у процесі обміну змагальними документами, не було доведено відповідно до стандартів доказування – «проблема доказування».

2) Те, що було заявлено, незалежно від того, чи було це доведено, не було належним чином схарактеризовано як випадок ОФ у розумінні чинного права – «проблема кваліфікації». Йдеться про ті випадки, коли до ОФ включають оцінне судження чи оцінне поняття-стандарт на кшталт «розумний», «добросовісний», «справедливий» та подібні.

3) Справа залежить від прочитання визнаного правила «якщо ОФ, то НВ» відповідно до певного витлумачування ОФ чи НВ, чи обох – «проблема тлумачення».

4) задоволення позову чи обвинувачення залежить від тлумачення джерела права, яке генерує норму «якщо ОФ, то НВ» так, що твердження про кримінальну винність чи про цивільну відповідальність є підставними, враховуючи ймовірні або навіть доведені факти; але відповідна норма не впливає належним чином з джерела права як його розумна конкретизація чи висновок з нього. Цей випадок умовно названо «проблема релевантності».<sup>53</sup>

На кожен із зазначених вище випадків Н. Мак-Кормік наводить приклади справ, вирішення яких потребувало відходу від дедуктивного аргументування, тобто

<sup>52</sup> Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* (New York: Oxford University Press, 2010), 1–2.

<sup>53</sup> MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, 43.

доведення. При цьому він назвав такі справи «складними», визначивши їх як такі, «у яких виникла проблема тлумачення права, де є сильні аргументи для кожного з конкурентних розумінь чи тлумачень права, наведені сторонами або від імені сторін».<sup>54</sup> «Легкими» ж він назвав справи, які «ніхто ще не зробив проблемними або у конкретній справі, або ж у більш теоретичному юридичному контексті... але це не означає, що їх не зможуть зробити проблемними у майбутньому».<sup>55</sup>

Стосовно логіки та риторики у правовому аргументуванні Н. Мак-Кормік наголосив на помилковості твердження, що правове аргументування має логічний та риторичний складники. Навпаки, звернення до правового силогізму є необхідною частиною риторики правового обґрунтування, з огляду на те, що повага до верховенства права вимагає поваги до норм права. І коли справа виявилася легкою, то її належне обґрунтування, навіть якщо воно представлено неформально, є дедуктивним по суті.<sup>56</sup>

Отже, як бачимо, Н. Мак-Кормік, хоча і включає риторичний підхід до своєї теоретичної моделі правового аргументування, проте останній слугує у його концепції як доповнення до логічного та діалогічного.

Окремо торкнемося питання *реконструкції правової аргументації* крізь призму риторичного підходу. З погляду М. Аньеса Ван Різа риторична реконструкція аргументації не є дослідженою. Основний акцент зроблено на описі елементів, що становлять об'єкт реконструкції, а не на тому, як враховувати контекст. Взагалі не порушені питання про те, яким чином ці елементи можна виявити, які основні елементи можна використати для реконструювання аргументації, які стратегії можна застосовувати для цього.<sup>57</sup>

М. Аньес Ван Різ вважає, що в межах риторичного підходу запропоновано такі різновиди аналізу аргументування залежно від риторичної концепції: неаристотелівський (виокремлюють частини мовлення, тексти за жанрами, методами й прийомами переконування), типологічний (риторичні засоби співвідносять з типами ситуацій), метафоричний (визначають основні метафори, що є в основі аргументування), наративний (виявляють елементи структури розповіді) та ін.<sup>58</sup> Вважаємо, що для реконструкції правової аргументації крізь призму риторичного підходу придатний лише перший – неаристотелівський, що працює з поняттями Аристотеля та його послідовників. До нього можна віднести і концепцію Г. Грейвера. На неаристотелівську реконструкцію аргументування може претендувати, вважаємо, і теоретична модель С. Тулміна. К. Сандерс наголосив, що її можна використати для встановлення складників досудового опрацювання справи: визначення очікуваного

<sup>54</sup> MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, 50.

<sup>55</sup> *Ibid*, 52.

<sup>56</sup> *Ibid*, 54.

<sup>57</sup> Аньес Ван Реес М., “Интерпретация и реконструкция аргументации,” в *Важнейшие концепции теории аргументации*, 224.

<sup>58</sup> Там само, 223.

результату, збирання фактів й генерування відповідної юридичної позиції (теорії). По-друге, саме теоретична модель С. Тулміна допомагає зрозуміти, що цей процес є зворотно організованим: використовуючи юридичні засоби чи бажаний результат справи, юрист працює у зворотному напрямі й доходить до відповідної правової позиції (теорії), яка ґрунтується на фактах, що мають юридичне значення.<sup>59</sup> Отже, реконструкція правової аргументації у риторичному підході спрямована на те, щоб виявити елементи, які впливають на переконання аудиторії.

## II. Проблемні питання застосування риторичного підходу до правового аргументування

Як було зазначено, представники теорії правової аргументації, зокрема, Е. Фетеріс, Ф. Ван Ємюрен, піддають критиці окремі риторичні концепції правової аргументації. Проте Г. Грейвер узагальнив і навів такі застереження до правової риторики, які простежено у літературі, а також свої міркування щодо них.

По-перше, *риторика не визнає нормативності права* – не визнає, що застосування позитивного права полягає у виявленні того, що буде актуальним для певного життєвого випадку правом, а важливо те, чи певне рішення узгоджене чи суперечить чинним правовим нормам, а не те, чи хтось у цьому переконаний. Для того, щоб зробити щось правильне, треба знати, що є правильним. Правовий метод має надавати такі знання. Проблема такого бачення, на думку Г. Грейвера, полягає у тому, що нема загальновизнаного методу виявлення того, що є правильним, крім посилань на оцінні поняття на кшталт «правового розсуду» чи «правової інтуїції». Коли ми наводимо підстави для рішення чи точки зору без достатнього критерію розмежування правильного і неправильного, це не означає, що щось є правильним або неправильним. Це лише означає, що є ступінь імовірності того, що це правильно або неправильно, залежно від того, як ми це сприйняли саме у певний момент. Риторика завжди пов'язана з переконанням через аргументування та дискутування. Факт того, що наші точки зору не є вирішальними, а їх постійно слід перевіряти через дискусію та нове переконання, є особливо важливим у сфері права, де дискусії проводять без стійкого базису, але їхні результати імплементують силою закону.<sup>60</sup>

По-друге, *риторика не визнає наукового підходу до права*. Правовий метод є науковим методом, а риторика розвиває техніки для здобуття схвалення. Оскільки такі техніки містять нерациональні складники, на кшталт апелювання до авторитету, достовірності та емоцій, метою має бути витіснити їх з юридичної практики, а не розвивати. Г. Грейвер наголошує на тому, що аргумент у правовій доктрині і спеціальний юридичний аргумент передбачають «проникнення» в основоположні цінності, які є опорою права і на які спрямований аргумент. Проте від правової доктрини очікують, що пов'язані

<sup>59</sup> Saunders, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument," 170.

<sup>60</sup> Graver, "Sense and Sensibility," 247–48, 250.



з цінностями засновки розвиватимуть у більш цілісний, глибинний та комплексний спосіб, ніж у випадку спеціального правового аргументу. Юриспруденція не стає менш науковою у разі застосовування риторичного підходу. Пошук, розвивання та представлення аргументу певного рішення є риторичною практикою. Єдиним застереженням проти риторики у правозастосовуванні у цьому аспекті може бути те, що вирішальним для рішення може бути не лише раціональний аргумент, але безпідставна довіра, ірраціональні емоції та схвалення. Тут можна відповісти, що це не риторика привносить такі аспекти у правовий процес формування рішень. Риторика апелює до того, що і так вже є насправді. Тому саме правова наука повинна це описувати, а правозастосовувач – втілювати на практиці.<sup>61</sup>

По-третє, *риторика не визнає раціональності права*. Це відбувається тому, що вона привносить все ті ж ірраціональні складники в аргументування. Згідно з риторичним підходом основним засобом переконання є доладні (*sound*) аргументи. Риторика стосується того, як розвивати належну лінію аргументування. Це не дуже відрізняється від традиційного правового методу. Найбільша відмінність полягає у тому, що правова риторика йде понад докази та аргументи і переконана у тому, що мова, послідовність і формулювання аргументів, вживання звернень і метафор можуть вплинути на те, чи твердження буде прийняте. Це не применшує раціональність у праві, а допомагає її аргументувати. Увага до таких питань може допомогти їх детальніше вивчити.<sup>62</sup>

По-четверте, *риторика підриває передбачуваність права*. Риторика має справу і з такими засобами переконання, як дебатування того, що офіційно не підлягає дебатуванню, пошук аргументів не застосовувати писане чи неписане правило чи відмову прийняти справжнє знання у сфері права, що підриває юридичну визначеність. Тому риторика «розчищує дорогу» для свавілля. Відповідаючи на це застереження, Г. Грейвер зазначив, що твердження про право часто не можуть бути правильними чи неправильними. Натомість важливо, чи твердження отримало наше схвалення як твердження про право. Правильність тверджень про право не залежить від того, чи вони відповідають нормі або методу, а перебуває у соціальному аспекті, тобто залежить від того, чи воно переконає нас або інших. Застосовуючи риторичну як метод, ми бачимо право як щось, що можна створити або перетворити у соціальній взаємодії. Риторика показує доступні у кожному випадку засоби переконання та як їх використати. Більшість не є абсолютним критерієм правильності, а таким критерієм у ситуації соціальної взаємодії є відсутність когось, хто бачить можливість дебатувати й отримувати схвалення позиції, відмінної від позиції більшості.<sup>63</sup>

Підсумовуючи, Г. Грейвер зазначив, що риторика не зменшує, а збільшує юридичну визначеність з двох причин. Відкрите визнання й описування того, що сприяє надійності

<sup>61</sup> Graver, "Sense and Sensibility," 251.

<sup>62</sup> Ibid, 252.

<sup>63</sup> Ibid, 253.

та прихильності до аргументів, полегшує передбачення того, у яких напрямках правозастосувачі можуть дозволити переконати себе у різних ситуаціях.<sup>64</sup>

По-п'яте, *риторика не пропонує нічого нового у правовому методі*. Стосовно цього застереження Г. Грейвер висловлює низку аргументів, які викладемо коротко. Риторика пропонує альтернативний погляд на ядро правового методу – як аргументувати правову точку зору. Вона переносить наголос з пошуку «домінівного права» на отримання схвалення від інших – судді, особи, яка приймає екзамен; це є практичною ціллю, яку будь-хто може поставити й проаналізувати. Риторичний підхід ґрунтується на аргументі тією мірою, щоб можна було зосередитися на тому, що важливо, тобто які висновки правильні, а які неправильні у логічному слідуванні, які докази можна використати на свою користь та які аргументи є переконливими або непереконливими. Правова риторика пропонує значно кращу можливість аналізувати оцінювання права, що його надав правозастосувач, ніж це впливає з розмитого поняття «міркування справедливості». Це зумовлено тим, що вона допомагає структурувати аргументи, зокрема і завдяки доктрині топів, включаючи загальні вимоги логіки та загальніше сформульовані емпіричні твердження. Доктрина «міркувань справедливості» може бути доповнена риторичною доктриною топіки.<sup>65</sup>

Отже, незважаючи на критичні зауваження, риторичний підхід до правового аргументування пропонує власні теоретичні моделі, які дозволяють урізноманітнити інструментарій правового аргументування, з тим, щоб зробити правову аргументацію більш ефективною (переконливою).

### **Замість висновків: ознаки риторичного підходу до розуміння й дослідження правового аргументування та правової аргументації**

Риторичний підхід більш придатний для дослідження правової аргументації в «контексті виявлення», а не в «контексті обґрунтування». З огляду на це, риторичний підхід (на відміну від логічного) «має справу» насамперед з правовим аргументуванням як процесом, а меншою мірою з правовою аргументацією як результатом цього процесу.

Про риторичний підхід до правового аргументування й правової аргументації йдеться за наявності таких ознак: 1) на філософському рівні автор відштовхується від антропологічної концепції раціональності, що спричиняє прийняття стандарту раціональності, в якому критерієм доладності правової аргументації є її переконливість для правової аудиторії (максимально широко – правової спільноти); 2) риторичні теоретичні моделі правового аргументування, що їх розробляють представники риторичного підходу, є ідеальними моделями правового аргументування і а) враховують контекст останнього, б) стосуються, насамперед, побудови аргументів таким чином, щоб вони були переконливими, в) розглядають такі аргументи в інтерсуб'єктивній

<sup>64</sup> Graver, "Sense and Sensibility," 254–55.

<sup>65</sup> Ibid, 256.

аргументувальній діяльності як дискурсу; 3) на емпіричному рівні дослідження правової аргументації крізь призму риторичного підходу йдеться не стільки про реконструкцію реальних аргументів, скільки про описування елементів, що здатні переконати у процесі аргументувального дискурсу. Тобто немає чіткого розмежування емпіричного рівня досліджень на аналітичний та практичний компоненти, а емпіричний рівень зведений до дискриптивного.

Риторичний підхід у чистому виді не трапляється – на рівні теоретичної моделі чи на рівні реконструювання аргументів привносять елементи підходу логічного (через демонстраційно-дедуктивну модель вирішення так званих «легких справ» [Х. Перельман та його послідовники]) та/чи діалогічного (через поняття дискурсу [Н. Мак-Кормік, Г. Грейдер] та через критичні запитання [С. Тулмін]).

Риторичний підхід до правового аргументування є засобом «вплітання» природного права у право позитивне. Адже риторичне аргументування привносить у позитивне право позамовні фактори, тим самим розширюючи горизонт його розуміння чи то з боку правозастосувача, правотлумача, чи то праводійснювача, що виступають аргументувачами. Риторичні теоретичні моделі правового аргументування враховують передрозуміння правової авдиторії, що дозволяє ефективніше її переконувати. Якщо в логічному підході в аргументуванні домінує силогізм, то у риторичному він не лише втратив домінуючу роль, але й поступився потребам, інтересам, емоціям аргументувача й авдиторії, а також їхній взаємодії. Тому до риторики у праві завжди було багато запитань з боку позитивізму. Водночас жоден представник риторичного підходу до правового аргументування не відкидає цілком дедукційну логіку як таку, а пропонує інструменти для згладжування її слабких сторін.

Аналіз риторичних теоретичних моделей правового аргументування й особливостей реконструювання аргументації згідно з риторичним підходом дозволив запропонувати варіанти відповідей на питання онтологічного характеру, а саме щодо розуміння поняття правового аргументування й правової аргументації згідно з цим підходом. Згідно з риторичним підходом *правове аргументування* – це спосіб впливу на правову авдиторію шляхом застосування комунікаційних та взаємодійних засобів, переконливість яких залежить від контексту аргументувальної ситуації, у якій здійснюють аргументувальний дискурс щодо юридично значущих питань. *Правова аргументація* – це результат такого впливу, втілений у системі аргументів, побудованих з метою переконання правової авдиторії у процесі аргументувального дискурсу в підставності точки зору щодо певних юридично значущих питань.

© Т. Дудаш, 2020

## Bibliography

Alexy, Robert. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Translated by R. Adler and N. MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989.

- Bodenheimer, Edgar. "Perelman's Contribution to Legal Methodology." *Northern Kentucky Law Review* 391, vol. 12 (1985): 391–417.
- Dudash, Tamara. "Overview of Methodological Approaches to Understanding and Research of Legal Argumentation." *Wroclaw-Lviv Law Studies* 8 (2017): 103–23 (in Ukrainian).
- Feteris, Eveline. *Foundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht: Springer, 1999.
- Foss, Sonja et al. *Contemporary Perspectives on Rhetoric*. Illinois: Prospect Heights, 1985.
- Garsen, Bart. "Argumentation Schemes." In *Crucial Concepts in Atgumentation Theory*. Translated by V. Golubyeva, S. Chachoyan, K. Gudkova, edited by A. Migunov, 99–122. Saint-Petersburg, 2006 (in Russian).
- Graver, Hans Petter. "Sense and Sensibility – Classic Rhetoric as a Model for Modern Legal Thinking." *Scandinavian Studies in Law*, vol. 53 (2008): 231–58.
- Hohmann, Hanns. "The Dynamics of Stasis: Classical Rhetorical Theory and Modern Legal Argumentation." *The American Journal of Jurisprudence* 1, vol. 34 (1989): 171–97.
- Kistyanyk, Volodymyr. "Legal Argumentation: Modern Approaches to its Understanding in Foreign Studies." *Naukovi zapysky NAUKMA*, vol. 129 (2012): 20–22 (in Ukrainian).
- Koziubra, Mykola. "Теорія юридичної аргументації." In *General Theory of Law*, edited by Mykola Koziubra, 264–85. Kyiv: Vaite, 2015 (in Ukrainian).
- Kukuryk, Krzysztof. "Nowa retoryka prawnicza Chaima Perelmana." In *Księga życia i twórczości. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Romanowi A. Tokarczykowi*, edited by Z. Władek, J. Stelmasiak, G. Gogłoza, K. Kukuryk, tom V Prawo, 172–92. Lublin, 2013 (in Polish).
- MacCormick, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Mootz, Francis J. *Law, Hermeneutics and Rhetoric*. New York: Routledge, 2016.
- Perelman, Chaim, and Lucie Olbrechts-Tyteca. *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*. Translated by John Wilkinson and Purcell Weaver. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1969.
- Perelman, Chaim. "Justice and Justification." Translated by S. Rubin. *Natural Law Forum* 10, no. 1 (1965): 1–20.
- Perelman, Chaim. *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, tłum. T. Pajor. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1984 (in Polish).
- Perelman, Chaim. *The Realm of Rhetoric*. Translated by William Kluback. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1982.
- Saunders, Kurt. "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument." *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, vol. 3 (2006): 166–78.
- Sherbyna, Olena. *Logic and Legal Argumentation*. Kyiv: Kyiv. un-t, 2013 (in Ukrainian).
- Stelmach, Jerzy, and Bartosz Brożek. *Methods of Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 2010.
- Toulmin, Stephen et al. *An Introduction to Reasoning*. New York: Macmillan, 1984.
- Toulmin, Stephen. *Uses of Argument*. Cambridge: University Press, 2003.

- Tytov, Volodymyr. "Basic Western Theories of Legal Argumentation." *Filosofiya prava i zagal'na teoriya prava* 1-2 (2014): 193–201 (in Ukrainian).
- Van Eemeren, Frans et al. *Handbook of Argumentation Theory*. Dordrecht: Springer Science+Business Media, 2014.
- Van Eemeren, Frans. "The State of the Art in Argumentation Theory." In *Crucial Concepts in Argumentation Theory*. Translated by V. Golubyeva, S. Chachoyan, K. Gudkova, edited by A. Migunov, 14–34. Saint-Petersburg, 2006 (in Russian).
- Van Rees, Agnes M. "Argument Interpretation and Reconstruction." In *Crucial Concepts in Argumentation Theory*. Translated by V. Golubyeva, S. Chachoyan, K. Gudkova, edited by A. Migunov, 198–238. Saint-Petersburg, 2006 (in Russian).
- Wronkowska, Sławomira, and Zygmunt Ziemiński. *Zarys teorii prawa*. Poznań: Ars boni et aequi, 2001 (in Polish).
- Yurkevych, Olena, ed. *Legal Argumentation: Logical Research*. Kharkiv: Vyd. Ivanchenko I. S., 2012 (in Ukrainian).

**Тамара Дудаш. Риторичний підхід до правового аргументування й правової аргументації**

**Анотація.** Метою статті є виявлення риторичної теоретичної моделі правового аргументування та особливостей реконструкції аргументів, що його пропонує цей підхід. З'ясовано, що риторичний підхід стосується насамперед правового аргументування як процесу, а меншою мірою правової аргументації як результату цього процесу. Сформульовано ознаки риторичного підходу до правового аргументування. З'ясовано, що риторичний підхід до правового аргументування є засобом «вплітання» природного права у право позитивне. Адаже риторичне аргументування привносить у позитивне право позамовні фактори, тим самим розширюючи горизонт його розуміння. Запропоновано визначення понять правового аргументування й правової аргументації згідно з риторичним підходом.

**Ключові слова:** риторичний підхід; правове аргументування; правова аргументація; риторична теоретична модель правового аргументування; антропологічна концепція раціональності.

**Тамара Дудаш. Риторический подход к правовому аргументированию и правовой аргументации**

**Аннотация.** Цель статьи – выявить риторическую теоретическую модель правового аргументирования и особенности реконструкции аргументов в данном подходе. Установлено, что риторический подход касается, прежде всего, аргументирования как процесса и в меньшей степени правовой аргументации как результата этого процесса. Сформулированы признаки риторического подхода к правовому аргументированию. Артикулировано, что риторический подход является средством «вплетения» естественного права в позитивное право, поскольку риторическое аргументирование привносит в него внеязыковые факторы, тем самым расширяя горизонт его понимания. Предложены определения понятий правового аргументирования и правовой аргументации в соответствии с данным подходом.

**Ключевые слова:** риторический подход; правовое аргументирование; правова аргументация; риторическая теоретическая модель правового аргументирования; антропологическая концепция рациональности.

**Tamara Dudash. Rhetorical Approach to Legal Arguing and Legal Argumentation**

**Abstract.** The article is devoted to legal argumentation, namely to its research by rhetorical approach. The aim of the article is to determine characteristic features of rhetorical approach to legal argumentation.

Rhetorical approach to the research of legal argumentation should include philosophical, theoretical, empirical components. Philosophical component of legal argumentation research consists in the anthropological conception of rationality i.e. the philosophical axiomatic idea about rationality of legal argumentation if in is acknowledged by the members of legal community. Rhetorical theoretical model of legal argumentation ensures persuasion of legal audience via legal argumentation. Rhetorical approach deals with legal argumentation mainly in the “context of discovery”, i.e. with legal arguing. Rhetorical approach to legal arguing implies specific standard of soundness of the argumentation – persuasion standard. Empirical component of legal argumentation includes description of arguments and persuasive techniques. Rhetorical approach insures interaction between natural law and positive law.

Rhetorical approach to legal argumentation lets us assume some ontological issues concerning legal argumentation. Legal argumentation is considered as the mode of impact on the audience via application of communicative and interactional means which persuasive force depends on the context of argumentative legal discourse. Legal argumentation is the result of such impact embodied in the system of arguments to persuade the legal audience in the arguability of the standpoint.

**Keywords:** legal argumentation; legal arguing; rhetorical approach; rhetorical conception of rationality; rhetorical theoretical model of argumentation.

Одержано/Received 01.05.2020